Studien zum Zivilrecht 53

André Reinelt

Soziale Inklusion

Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln
Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 53

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

André Reinelt

Soziale Inklusion

Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2023

1. Auflage 2023

© André Reinelt

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0684-7
ISBN (ePDF): 978-3-7489-4210-8

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748942108

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertationsschrift angenommen. Dieser Text berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Juni 2023. In § 10 der Arbeit mussten hinsichtlich der Kommunikation im digitalen Raum geringfügige Änderungen vorgenommen werden, da nunmehr der *Digital Services Act* und der *Digital Markets Act* von der Europäischen Union verabschiedet worden sind.

Nach meinem Selbstverständnis handelt es sich bei der Wissenschaft in allen Fachdisziplinen um ein kollektives Unterfangen. Das antiquierte Bild einer einzelnen Wissenschaftler*in, die sich für mehrere Jahre in eine einsame Höhle zurückzieht und am Ende mit einer möglichen Erkenntnis zurückkehrt, trifft auf das moderne Wissenschaftssystem schon lange nicht mehr zu. Wissenschaft lebt vom Diskurs und vom Austausch mit anderen Wissenschaftler*innen, was insbesondere auf die Rechtswissenschaft mit ihrem Fokus auf Argumentationslinien zutrifft. Ich möchte daher allen Personen danken, ohne die dieses Buch in seiner konkreten Form und mit seinem Inhalt nicht möglich gewesen wäre.

Mein Dank gilt hier zunächst meinem Doktorvater *Michael Grünberger*, der mir die Freiräume gelassen hat, genau die Arbeit zu schreiben, die ich gerne schreiben wollte. Diese Arbeit wäre ohne den fachlichen Austausch mit ihm sowie ohne sein Verständnis für menschliche Problemsituationen nicht möglich gewesen. Dankbar bin ich für die Zeit, die ich an seinem Lehrstuhl arbeiten durfte. Die Gespräche mit allen Lehrstuhlmitarbeitenden, insbesondere mit *Petra Dötsch*, sowie das jährliche Doktorandenseminar haben mich persönlich wie fachlich sehr bereichert. Weiterhin möchte ich *Dan Wielsch* danken, der nicht nur die Erstellung des Zweitgutachtens übernommen hat, sondern dessen Veröffentlichungen mein wissenschaftliches Denken maßgeblich mitgeprägt haben.

Danken möchte ich darüber hinaus auch all meinen Freunden und Freundinnen, die mich während der Promotionszeit menschlich wie fachlich begleitet, unterstützt und bereichert haben: *Kim Bartle, Lena Bitz, Philipp Bongartz, Jonas Ehrhardt, Johannes Herb, Steffanie Krome, Jan Laurin Müller, Katharina Schellenberg, Martin Sommer, Katharina Wunner*

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und viele weitere, die ich hier leider nicht alle nennen kann. Ohne die vielen Gespräche und Diskussionen mit euch, hätte diese Arbeit nicht die konkrete Gestalt, die sie nunmehr hat. Auch wäre ich ohne euch nicht der Mensch, der ich heute bin. Vielen Dank! Bedanken möchte ich mich besonders bei *Keven Krüger*, der mir eine Woche vor Abgabe des Manuskriptes seine Wohnung für ein „Diss-Bootcamp" bereitgestellt hat und mit mir gemeinsam an den letzten sprachlichen Formulierungen gefeilt hat – das war eine richtig schöne und produktive Zeit! Ein letzter Dank hinsichtlich des Inhalts der Arbeit gebührt *Georg Kamphausen* und der Soziolog*innen-Community, die sich in Bayreuth um ihn herum gebildet hat: Mit ihnen war es mir eine große Freude, mir das soziologische Denken (zumindest in Grundzügen) zu erschließen.

Zuletzt danke ich dem Nomos Verlag, namentlich Katharina König und Johannes Rux, für die Veröffentlichung dieses Textes. Darüber hinaus danke ich der Ius Vivum Studienstiftung sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für eine Förderung dieser Arbeit durch ein Druckkostenstipendium – ohne diese finanzielle Unterstützung wäre eine hybride Publikation nicht möglich gewesen.

Braunschweig, Juni 2023 André Reinelt

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung 17

I. Kontextualisierung 17
1. Der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ... 17
2. ... und andere Fälle der Gesellschaft 20
a. Fraport und Bierdosenflashmob 21
b. Facebook 22
c. Erwachsenenhotel und Blindenführhund 23
d. Wellnesshotel und Therme 25
II. Forschungsfragen, Erkenntnisinteresse und Forschungsstand 26
III. Methodik: Soziologische Jurisprudenz 30
1. Grundinstitutionen des Privatrechts 32
2. Transversalität, Responsivität und Eigennormativität 33
3. Methodologische Forderungen 35
a. Rechtstheorie 36
b. Sozialtheorie 39
c. Rechtsdogmatik 41
d. Kasuistik 43
IV. Gang der Untersuchung 45

Erster Teil: Transversalität I – Inklusion 49

§ 2 Stadionverbot und Vertragsrecht 49

I. Vertragliche Dimension des Stadionverbots 49
1. Das Hausrecht als Ausgangspunkt 50
a. Ausprägungen des Hausrechts 51
b. Beschränkungen des Hausrechts 52
2. Vertragliche Überprägung des Hausrechts bei kommerzieller Nutzung 55
3. Grenzen der AGB-Kontrolle 62
II. Der Vertrag als Institut und Institution 65
1. Die institutionelle Perspektive auf den Vertrag 66

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Vertrag als (Rechts-)Institut 69
3. Institutionelle Konzeptionen 71
a. Normative Verbindlichkeit der sozialen Realität 72
b. Institutionalistischer Rechtspositivismus 75
c. Legal Institutionalism 78
d. Verknüpfung mit Ansätzen moderner soziologischer Jurisprudenz 79
III. Institution und Funktion 81
1. Verknüpfung zwischen Institution und Funktion 81
2. Institutionenmissbrauch als Inspiration 85
IV. Historische Kontingenz der Vertragsfunktionen 87
1. Bedeutung und Grenzen eines Narrativs 88
2. Status- und Zweckkontrakte 90
3. Status – Kontrakt – Rolle 91
V. Soziale Multifunktionalität des Vertrages in sozial differenzierten Gesellschaften 94
1. Funktionale Differenzierung und ihre Bedeutung für den Vertrag 94
2. Multifunktionalität als Folge von Multilateralität 98
VI. Zwischenergebnis 105

§ 3 Vertragsfunktionen in der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft 106

I. Folgen der Multilateralität des Vertrages 107
1. Funktionen des Vertrages und des Vertragsrechts 107
2. Unterkomplexität der Dichotomie von individuellen und überindividuellen Funktionen 109
II. Selbstbestimmungsfunktion 110
1. Formelles Verständnis von Selbstbestimmung 111
2. Materielles Verständnis von Selbstbestimmung 114
a. Tatsächliche Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung 114
b. Die Grenzen des Materialisierungsbegriffs 116
c. Grenzen der Topoi „strukturelle Unterlegenheit“ und „strukturelles Ungleichgewicht“ 118
d. Selbstbestimmungsfunktion als Ausgangspunkt, nicht als Endpunkt 123

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Gerechtigkeitsfunktion 127
1. Iustitia commutativa 129
2. Prozedurale Vertragsgerechtigkeit 132
3. Iustitia distributiva 135
a. Inhalt und Kontextabhängigkeit 136
b. Konkretisierungsansätze und ihre Probleme 139
IV. Ökonomische Funktionen des Vertrages 143
1. Effizienzfunktion 143
2. Vertrag und Markt 146
3. Perspektive auf den Stadionverbotsfall 149
4. Grenzen des Wettbewerbsrechts 149
a. Grenzen des Monopolbegriffs 150
b. Wettbewerbsrecht und Leistungsrollenträger im Sport 152
V. Ordnungs- bzw. Infrastrukturfunktion und Kooperationsfunktion 154
1. Der Vertrag als Teil der Privatrechtsgesellschaft 154
2. Kooperationsfunktion im Wirtschaftssystem 158
3. Ordnung durch Konfliktlösung 161
VI. Regulierungsfunktion 162
VII. Zwischenergebnis 164

§ 4 Inklusionsfunktion des Vertrages 165

I. Blind spots der Vertragstheorie – crucial contracts 167
1. Life Time Contracts 168
2. Crucial companies 170
3. Die Suche nach crucial contracts 170
II. Die soziale Funktion des Vertrages (Ludwig Raiser) 172
1. Individuelle und kollektive Privatrechtsakteure 172
2. Auffächerung der Vertragsfunktionen 174
III. Systemtheoretische Überprägung – Inklusion 178
1. Inklusion und funktionale Differenzierung 179
2. Formen der Inklusion in Funktionssysteme 180
a. Leistungs- und Publikumsrolle als grundsätzliche Form der Inklusion 180
b. Vertrag als Form der Inklusion 182
3. Abgrenzung zu anderen Topoi 186
a. Traditioneller Inklusionsbegriff im Recht 186

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Integrationsbegriff 187
IV. Inklusion als bisheriger Topos in der Privatrechtswissenschaft 189
1. Inklusion und Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht 189
a. Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht 189
b. Inklusive Immaterialgüterrechte 191
2. Inklusion und Nichtdiskriminierungsrecht 194
a. Soziale Inklusion als Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts 194
b. Soziale Inklusion durch Zugang zum Vertrag 197
c. Nichtdiskriminierungsrecht und politische Inklusion 199
d. Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts 201
V. Die Inklusionsfunktion als (eine) soziale Funktion in der modernen Gesellschaft 206
1. Inklusionsfunktion als generalisiertes Konzept 206
2. Inklusionsfunktion als re-spezifiziertes Analyseraster 207
3. Inklusionsfunktion als typologisch-deskriptiver Begriff 209
4. Inklusionsfunktion im Stadionverbotsfall 210
VI. Zwischenergebnis 211

Zweiter Teil: Transversalität II – Exklusion als Form sozialer Macht 213

§ 5 Macht- und Exklusionspanorama 213

I. Verhältnis von Macht und Recht 214
II. Klassifizierungen von Macht 217
1. Rezeption einzelner soziologischer Machttheorien im Recht 217
2. Idealtypen von Machtphänomenen 219
III. Macht und ihre Bezüge zum Vertragsrecht 221
IV. Weitere Fälle von privater Macht 224
1. Soziale Gewalten und soziale Macht als Grundrechtstopoi 224
2. Verbands- und Organisationsmacht 227
a. Verbändediskussion der 70er Jahre 227
b. Macht durch Organisationen 228
3. Intermediäre Gewalten als Topos der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten 231

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Jüngster Rekurs auf Macht 234
a. Standardisierungen als Normsetzungsmacht 234
b. Macht und Technik: Digitale Plattformen als Infrastruktur 236
V. Von Macht zur Exklusion 239
VI. Zwischenergebnis 242

§ 6 Stadionverbote als Exklusionskonflikt 243

I. Kommerzialisierung des Fußballs 245
II. Sportzuschauer, Fußballfans und Ultras 249
1. Fußballfans als Sportzuschauer 249
2. Sportzuschauer als Fußballfans 252
a. Ausdifferenzierung der Fußballfankultur 253
b. Ultras als aktive Fans 255
3. Ultras als partizipierendes Publikum 258
III. Stadionverbote als soziale Arena 260
1. Hinführung: Interventionen gegenüber Fußballfans 260
2. Deutungskonflikt um die Stadionverbote 263
a. Stadionverbote als präventives Sicherheitsinstrument 264
b. Stadionverbote als sanktionierendes Exklusionsinstrument 264
aa. Exkludierende Wirkung von Stadionverboten 265
bb. Stadionverbote als Sanktion 268
cc. Stadionverbote auf Verdacht und Unschuldsvermutung 270
c. Stadionverbote als Inklusions- und Hegemonie-Spiel 273
IV. Zwischenergebnis 274

§ 7 Soziale Ordnung durch private Akteure 275

I. Private Ordnung als soziale Ordnung 276
1. Ausgangspunkt: Pluralität von normativen Ordnungssystemen 276
2. Phänomenologie privater Ordnungen 277
3. Private Regelsetzung als Teil privater Ordnungen 282
4. Private Ordnung als Teil sozialer Ordnung 286
5. Zunahme privater Ordnungen in der funktional differenzierten Gesellschaft 289

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Die Stadionverbotsrichtlinien als private Ordnung durch den DFB 290
1. Autonomie und Hierarchie im deutschen Fußballsport 290
a. Lex sportiva als private Ordnung 290
b. Stellung und Aufbau des DFB 292
2. Institutionelle Verfestigung von Stadionverboten durch private Ordnung 293
a. Prävention und Sicherheit als Thema privater Ordnung im Fußballsportsystem 293
b. Stadionverbotsrichtlinien als private Regelsetzung 294
c. Durchsetzungsmechanismen 295
3. Exklusion als regelmäßige Sanktion in privaten Ordnungen 297
4. Private Ordnung als modal-strukturbezogene Machtausübung und Herrschaft 298
III. Legitimation privater Ordnungen und gesellschaftlicher Konstitutionalismus 303
1. Legitimationsbedürftigkeit privater Ordnungen 304
2. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus 307
3. Legitimationskonzepte – Grenzen der Zustimmung und Prozeduralisierung 309
IV. Zwischenergebnis 314

Dritter Teil: Responsivität und Eigennormativität – Rekonstruktion und rechtsdogmatisches Panorama 315

§ 8 Allgemeiner Kontrahierungszwang 315

I. Allgemeiner Kontrahierungszwang und besondere Kontrahierungszwänge 316
II. Funktion und Struktur 318
1. Problemstellung 318
2. Monopol- bzw. Marktmachtstellung 320
3. Versorgungsleistung 321
4. Abhängigkeit bzw. Angewiesenheit 322
5. Gleichheitsrechtliche Rekonstruktion 325
a. Vertragsverweigerung als Ungleichbehandlung 325
b. Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr 326
c. Kritik 327

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Der Kontrahierungszwang in der modernen Gesellschaft 330
1. Flexibilisierungstendenz 330
2. Kontextualisierungstendenz 332
3. Ausdifferenzierungstendenz: Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch 336
a. Funktion 338
b. Struktur 339
IV. Rechtsfolge 343
1. Vertragsschluss als „Alles-oder-Nichts"-Rechtsfolge 343
2. Kontrahierungszwang in multipolaren Rechtsbeziehungen 345
3. Prozeduralisierung beim verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch 347
V. Zwischenergebnis 350

§ 9 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG 352

I. Verfassungs- und grundrechtstheoretische sowie grundrechtsdogmatische Vorannahmen 353
1. Privatrechtswirkung statt (un)mittelbare Drittwirkung 353
a. Anwendungskonstruktionen 356
b. Verantwortungskonstruktionen 359
c. Zurechnung 362
2. Grundrechtsfunktionen und -dimensionen 363
3. Konstitutionalisierung 369
a. Erkenntnisvorrang und Letztentscheidungskompetenz 369
b. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote 372
c. Institutionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts 374
d. Responsivität als Leitfaden der Konstitutionalisierung 376
4. Kollektive Dimension der Grundrechte 377
II. Abwehrdimension 380
III. Schutzpflichtendimension 381
1. Fehlendes Schutzgut aufgrund modaler Struktur 381
2. Nichtanwendungs- bzw. Vorrangmodell 383
IV. Teilhabedimension 386
1. Teilhabedimension der Grundrechte 386

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Teilhabedimension im Vertikalverhältnis 388
3. Teilhabedimension im Privatrecht 391
a. Generalisierung und Re-Spezifizierung der Numerus-Clausus-Rechtsprechung 393
b. Wertungsebene 394
(1.) Abhängigkeiten in der funktional differenzierten Gesellschaft 395
(2.) Der allgemeine Gleichheitssatz als privatrechtliches Teilhaberecht 400
(3.) Schwächen der etablierten Systemtheorie der Grundrechte 401
(4.) Teilhaberechte und Menschenrechtspakte 403
V. Dogmatische Re-Konstruktion der Horizontalwirkung 405
1. Verhältnismäßigkeits- bzw. Abwägungsmodell 406
a. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung als Grundstruktur 407
b. Abweichende Konstruktionen 408
c. Der Gleichheitssatz als Methodennorm 412
d. Verbleibende Optionen 413
2. Tatbestandsmodell 415
a. Inhalt 415
b. Schwäche 1: Grobmaschigkeit 416
c. Schwäche 2: Aufrechterhaltung des status quo 417
d. Schwäche 3: Notwendigkeit von Abstufungen 418
3. Rechtfertigungsmodell 418
a. Inhalt 418
b. Problem 1: Kerngehalt der Vertragsfreiheit 420
c. Problem 2: Überkonstitutionalisierung 421
d. Problem 3: Fehlende Abstufungskriterien 423
4. Weitgehende Annäherung der beiden Modelle 424
5. Soziale Inklusion als der die Rechtfertigung auslösende Tatbestand 426
a. Gesellschaftliche Teilhabe als soziale Inklusion 427
b. Problematisch: Öffnung für den Publikumsverkehr 429
c. Zu begrenzend: Soziale Macht 431
VI. Organisations- und Verfahrensdimension von Art. 3 Abs. 1 GG 434
1. Kein Rekurs auf das Verwaltungsprivatrecht 435

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Organisations- und Verfahrensdimension im Vertikalverhältnis 436
3. Privatrechtswirkung der Organisations- und Verfahrensdimension 437
a. Prozeduralisierung und gesellschaftlicher Konstitutionalismus 438
b. Aufwertung privater Akteur*innen und Staatsähnlichkeit 442
c. Verfahren als Grenze der Privatrechtswirkung und Einschränkung legislativer Spielräume 444
d. Verfahrensvorgaben auch im allgemeinen Privatrecht 445
VII. Zwischenergebnis 447

§ 10 Anwendungs- und Abgrenzungsfälle 448

I. Kommunikation im analogen Raum 449
1. Öffentlicher Raum ohne Vertragsdimension 450
2. Intersystemkonflikt in Form eines Raumnutzungskonfliktes 452
3. Öffentlicher Raum als Grundrechtsvoraussetzung der Versammlungsfreiheit 453
II. Kommunikation im digitalen Raum 457
1. Inklusionsfunktion des Plattformnutzungsvertrages 460
2. Private Ordnung auf der Plattform 463
3. Prozeduralisierung als Konstitutionalisierung 466
III. Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme 479

§ 11 Zusammenfassung 489

Literaturverzeichnis 505

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

§ 1 Einleitung

I. Kontextualisierung

1. Der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts …

Der Stadionverbotsbeschluss[1] des Bundesverfassungsgerichts vor fünf Jahren war ein disruptiver Einschnitt in die etablierte Privatrechts- und Grundrechtsdogmatik: Erstmals wurde vom Verfassungsgericht Art. 3 Abs. 1 GG – der allgemeine Gleichheitssatz – im Privatrecht aktiviert, um darüber einen sozialen Konflikt, der an das Recht herangetragen worden ist, zu mediatisieren und zu lösen. Was war passiert?[2] Im März 2006 traten in der Duisburger MSV-Arena der MSV Duisburg und der 1. FC Bayern München zu einem Spiel der Ersten Fußballbundesliga aufeinander. Der Beschwerdeführer ist Fußballfan und sowohl Mitglied von Bayern München als auch der Ultragruppe der Münchener Schickeria. Er besaß eine Dauerkarte für Spiele des FC Bayern München. Der damals Sechszehnjährige besuchte das zuvor genannte Fußballspiel. Nach dem Spiel traf die etwa 80 Personen umfassende Ultragruppe der Münchener Schickeria auf Fans des MSV Duisburg in Folge dessen es zu verbalen und körperlichen Auseinandersetzungen kam; mindestens eine Person wurde verletzt und ein Auto beschädigt.

Die Polizei stellte die Personalien von etwa 50 Personen fest und leitete gegen einige von ihnen, unter anderem auch gegen den Beschwerdeführer, ein Ermittlungsverfahren wegen Landfriedensbruchs, § 125 StGB, ein. Bewiesen werden konnte zwar, dass sich der Ultra in der Gruppe der etwa 80 anderen Ultras der Münchener Schickeria befand, aus der heraus es zu den Auseinandersetzungen kam. Nicht geklärt werden konnte, inwieweit er aktiv am Geschehen beteiligt war. Die Polizei informierte im April 2006 den MSV Duisburg über die Einleitung des Ermittlungsverfahrens und regte an, ein bundesweites Stadionverbot auszusprechen. Nur eine Woche später sprach der MSV Duisburg ohne eigene Nachprüfungen dann ein zweijähriges bundesweites Stadionverbot aufgrund der Stadionverbotsrichtlinien des

1 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*.
2 Zum Sachverhalt BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 1 – 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

DFB aus. Damit konnte der Ultra für diese Zeit an keinen Spielen des DFB bzw. der DFL teilnehmen, wurde also von allen Spielen der Ersten Bundesliga bis hinunter zu den Regionalligen sowie von Spielen des DFB-Pokals und von Länderspielen ausgeschlossen. Der FC Bayern München schloss den Ultra aus dem Verein aus und kündigte seine Dauerkarte. Im Oktober 2006 wurde das Verfahren gegen ihn nach § 153 Abs. 1 StPO eingestellt. Der MSV Duisburg entschied auf Anfrage des Fans, dass das festgesetzte Stadionverbot dennoch aufrecht erhalten bleibt – ohne ihn anzuhören.

Mit der finanziellen Hilfe von Faninitiativen klagte sich der Fußballfan im ordentlichen Rechtsweg bis zum BGH. Im Kern entschied der BGH im Jahr 2009, dass das Stadionverbot als Hausverbot rechtmäßig sei.[3] Zwar unterliege die freie, privatautonome Ausübung des Hausrechts Einschränkungen, insbesondere dahingehend, dass einzelne Zuschauer eines Stadions nicht willkürlich ausgeschlossen werden dürfen. Ein Sachgrund bestehe aber darin, dass dieser Fußballfan Teil einer gewaltbereiten Ultragruppe sei und die bloße Anwesenheit am Ort der Auseinandersetzung für seine Gefährlichkeit spreche.[4]

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stimmte im Ergebnis – fast 9 Jahre später (!)[5] – der Entscheidung des BGH zu: Der Ultra durfte ausgeschlossen werden. Bemerkenswert ist aber weniger – insbesondere, wenn man die lange Verfahrensdauer berücksichtigt und dass die Stadionverbotsrichtlinien, auf denen das bundesweite Stadionverbot beruht, mittlerweile geändert worden sind[6] – das Ergebnis, sondern vielmehr (1.) die Maßstabsbildung in Bezug auf die Privatrechtswirkung von Grundrechten, (2.) die grundrechtliche Mediatisierung des Konfliktes über Art. 3 Abs. 1 GG sowie (3.) die prozeduralen Rechtsfolgen.

Zunächst knüpft der Senat an die bekannte Formel seit *Lüth*[7] an, dass Grundrechte im Privatrecht lediglich mittelbare Drittwirkung entfalten.[8] Anschließend nimmt er Bezug auf die Maßstabsbildung der Entscheidun-

3 BGH, Urt. v. 30.10.2009 – V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 12.
4 BGH, Urt. v. 30.10.2009 – V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 23.
5 Schon dies signalisiert, dass es sich hierbei um eine Grundsatzentscheidung handelt, worauf auch *Grünberger*, VerfBlog vom 02.05.2018 und *Michl*, JZ 2018, 910 (911) zurecht hinweisen.
6 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 58.
7 BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958].
8 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen *Handelsvertreter*[9], *Bürgschaft*[10], *Fraport*[11] und – wenn auch nicht zitiert – *Bierdosenflashmob*[12], wonach die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung, also mit anderen Worten ihre Einwirkungsintensität, insbesondere von der „Unausweichlichkeit von Situationen, [dem] Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, [der] *gesellschaftliche[n] Bedeutung von bestimmten Leistungen* oder [der] *soziale[n] Mächtigkeit* einer Seite" abhänge.[13] Während sich die Topoi der Unausweichlichkeit und der strukturellen Ungleichgewichtslage bereits in diesen zitierten Entscheidungen finden lassen, werden die Topoi der gesellschaftlichen Bedeutung von Leistungen sowie die soziale Macht einer Privatrechtsakteurin als neue Kategorien eingeführt. Dies legt die Vermutung nahe, dass nach Ansicht des Senats dieser Fall durch diese beiden Aspekte zu beschreiben ist.

In einem zweiten Schritt führt diese intensive Grundrechtseinwirkung dazu, dass gegen das auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zurückzuführende Hausrecht gerade nicht Art. 2 Abs. 1 GG – wie z.B. im Bürgschaftsfall[14] – gegenübergestellt wird.[15] Stattdessen wird erstmals[16] auf die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes abgestellt, der im Privatrecht nur[17] in „spezifischen Konstellationen" anzuwenden sei. Eine solche liege hier vor, weil (1.) aufgrund des Hausrechts eine einseitige Entscheidungsmacht des Veranstalters besteht, (2.) diese Veranstaltung dem allgemeinen Publikumsverkehr ohne Ansehen der Person geöffnet worden ist sowie (3.) diese Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.[18] Man kann an dieser Stelle die im Maßstäbeteil etablierten Topoi wiederfinden: Die soziale Mächtigkeit einerseits kann auf die einseitige Entscheidungsmacht, über

9 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990, 1 BvR 26/84 – *Handelsvertreter*, Rn. 47 f.
10 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044/89 – *Bürgschaft*, Rn. 59.
11 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59.
12 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 5 – 7.
13 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33 [Hervorhebungen hinzugefügt]; den Bezug zu diesen Entscheidungen sieht auch *Muckel*, VVdStRL 79 (2020), 245 (275).
14 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044/89 – *Bürgschaft*, Rn. 52 – 62, wobei hier auf der anderen Seite nicht Art. 14 GG, sondern ebenfalls Art. 2 Abs. 1 GG stand.
15 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 37 f.
16 *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (543).
17 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 40 stellt ausdrücklich fest, dass „Art. 3 Abs. 1 GG kein objektives Verfassungsprinzip [enthalte], wonach die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten von diesen prinzipiell gleichheitsgerecht zu gestalten wären."
18 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Ausschluss zu entscheiden, bezogen werden, und die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen andererseits findet sich in der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben wieder.

Wirkt der Gleichheitssatz in solchen spezifischen Konstellationen in das Privatrecht hinein, folgt daraus ein Sachgrunderfordernis für den Ausschluss von solchen Veranstaltungen.[19] Dieses Sachgrunderfordernis wird gleichzeitig mit prozeduralen Elementen abgesichert: Der Betreiber eines Fußballstadions muss vor der Festsetzung eines bundesweiten Stadionverbots den Sachverhalt selbstständig aufklären, die betroffene Person vorher anhören sowie ihr auf Verlangen den Sachgrund mitteilen und die Entscheidungen begründen, um ihr die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen.[20]

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wirft einige Fragen auf:[21] Was bedeutet die *soziale Mächtigkeit* eines Privatrechtsakteurs und wann sind Leistungen *gesellschaftlich bedeutsam*? Was genau macht die *spezifische Konstellation* aus, die zur Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG führt?[22] Handelt es sich dabei überhaupt noch um eine mittelbare Drittwirkung?[23] Warum stellt das Bundesverfassungsgericht dazu auf die *einseitige Entscheidungsmacht* sowie auf die *gesellschaftliche Teilhabe* ab? Woraus folgen die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die das Gericht hier etabliert?

2. … und andere Fälle der Gesellschaft

Diese Fragen sind nicht unmittelbar und umfassend die in dieser Untersuchung verfolgten Forschungsfragen. Um sich diesen anzunähern soll der Blick über den Stadionverbotsfall hinaus geweitet werden. Denn wir beobachten in den letzten Jahren eine Vielzahl von Fällen der Gesellschaft[24], in denen das Recht über soziale Konflikte entscheiden muss, welche mal größere, mal kleinere Gemeinsamkeiten zum Sachverhalt des Stadionverbots-

19 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.
20 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 46.
21 Stellvertretend dafür steht die Podiumsdiskussion „Paternalisierung des Privatrechts? Die Stadionverbotsentscheidung" vom 01.02.2019 zwischen *Wapler* und *Wagner*.
22 Die Unbestimmtheit des Begriffes betonen *Michl*, JZ 2018, 910 (916 f.); *Jobst*, NJW 2020, 11 (16); *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 419; *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (543, 544 f.).
23 Dies diskutieren *Hellgardt*, JZ 2018, 901 sowie *Michl*, JZ 2018, 910.
24 Der Begriff ist Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017 entlehnt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschlusses aufweisen. In einigen Fällen, welche von Gerichten nach dem Stadionverbotsbeschluss entschieden worden sind, wird auch ausdrücklich Bezug darauf genommen.[25] Sogar in einer urheber- und wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des BGH findet sich ein Verweis auf den Begriff der sozialen Macht – der dort jedoch mit Marktmacht gleichgesetzt wird – und den Stadionverbotsbeschluss.[26]

a. Fraport und Bierdosenflashmob

Teilweise wird der Stadionverbotsbeschluss in eine Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts mit den Entscheidungen *Fraport*[27] und *Bierdosenflashmob*[28] gesetzt,[29] wobei sich dies richtigerweise nur auf die Maßstabsbildung bezüglich der Intensität der Horizontalwirkung von Grundrechten bezieht. Im Fall *Fraport* ging es um eine Gruppe von Demonstrant*innen, die gegen Abschiebungen von Asylbewerber*innen protestierten. Die Frage nach der Intensität der Grundrechtsbindung des Flughafenbetreibers konnte das Bundesverfassungsgericht mit einem Argument formeller Privatisierung offenlassen: Da der Flughafen zu über 50 % im Eigentum des Staates – hier der Stadt Frankfurt – steht, war die Fraport AG grundrechtsgebunden. Im – zugegeben: inszenierten – Fall *Bierdosenflashmob* meldete eine Gruppe Passauer Studierender eine Versammlung auf einem in vollständig privatem Eigentum stehenden Platz in der Innenstadt an. Alle Teilnehmer*innen sollten gleichzeitig eine Dose Bier leeren, um ein Zeichen für die Freiheit zu setzen. Auch diese Teilnehmer*innen erhielten ein Hausverbot. Die Parallele dieser beiden Fälle zum Stadionverbotsfall liegt also hinsichtlich des Sachverhalts in der Erteilung eines Hausverbots. Hinsichtlich der normativen Bewertung wurde die Intensität der Grundrechtswirkung im Privatrecht im Stadionverbotsfall als (situativ) „staatsglei-

25 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – *III. Weg*, Rn. 15: „Die verfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen sind insoweit noch ungeklärt."; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 6 – 8; BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 15 – 24; BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 63 f., 83 f.

26 BGH, Urt. v. 10.09.2020, I ZR 63/19, Rn. 27 f.

27 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*.

28 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*.

29 *Heldt*, NVwZ, 2018, 818 (818); *Smets*, NJW 2020, 11 (11 – 13).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

che Grundrechtsbindung" bezeichnet.[30] Dieser Topos wurde bereits im Fall *Fraport* als *obiter dictum*,[31] im Bierdosenflashmobfall dann ausdrücklich[32] etabliert.[33] Eine weitere Gemeinsamkeit in institutionell-organisatorischer Hinsicht ist, dass alle drei Entscheidungen vom Richter *Masing* als Berichterstatter vorbereitet worden waren.[34] Wir werden jedoch in der weiteren Untersuchung feststellen, dass sich der Stadionverbotsbeschluss in wesentlichen Punkten der sozialen Realität von den hier genannten Fällen unterscheidet.

b. Facebook

In der Rezeption des Stadionverbotsbeschlusses durch die rechtswissenschaftliche Literatur wurde schnell gesehen, dass die Begriffe *soziale Macht* sowie *gesellschaftliche Teilhabe* auf Konstellationen in der digitalen, von Plattformen durchdrungenen Gesellschaft übertragen werden können, insbesondere auf soziale Netzwerke.[35] Möglicherweise wurden diese beim Stadionverbotsbeschluss sogar bereits mitgedacht. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in einem Eilrechtsverfahren ein Jahr später angedeutet, dass es die im Stadionverbotsbeschluss aufgestellten Grundsätze der Privatrechtwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auch auf digitale Plattformen übertragen möchte.[36] In diesem Fall wurde der Nutzeraccount der rechtsextremistischen Kleinpartei[37] „*Der III. Weg*" aufgrund eines xenophoben Hassposts von Facebook für 30 Tage gesperrt.

---

30 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (909); *Michl*, JZ 2018, 910 (911 – 914).

31 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59: „Das bedeutet jedoch nicht, dass die Wirkung der Grundrechte und damit die – sei es mittelbare, sei es unmittelbare – Inpflichtnahme Privater in jedem Fall weniger weit reicht. Je nach Gewährleistungsgehalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen."

32 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6.

33 Diese Maßstabsbildung hat BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 88 verfestigt.

34 Vgl. *Michl*, JZ 2018, 910 (912 Fn. 23).

35 *Weinzierl*, JuWissBlog vom 24.05.2018; *Raue*, JZ 2018, 961 (964 – 967).

36 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – *III. Weg*, Rn. 15.

37 Hier wird sich der Beschreibung von *BMI*, Verfassungsschutzbericht 2020, S. 91 angeschlossen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Aber auch schon vor dieser Entscheidung befassten sich mehrere Instanzgerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit der Löschung von Beiträgen und der – meist damit verbundenen – (zeitweisen) Sperrung von Facebookaccounts aufgrund von Hassrede.[38] Mitte 2021 hat der BGH in zwei Fällen[39] eine Grundsatzentscheidung getroffen, in der auch auf die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes mit den durch den Stadionverbotsbeschluss aufgestellten Grundsätzen abgestellt worden ist.[40] Ähnlich wie im Fall *Der III. Weg* haben in beiden Fällen individuelle Nutzer*innen xenophobe Kommentare auf Facebook gepostet, welche aufgrund der Gemeinschaftsstandards[41] wegen Hassrede (*hate speech*) gelöscht wurden. Zusätzlich wurden in beiden Fällen die jeweiligen Nutzeraccounts vorübergehend gesperrt, sodass sie in dieser Zeit nichts posten, nichts kommentieren und auch die Messenger-Funktion nicht nutzen konnten (sog. *read only mode*).

Betrachtet man den Stadionverbotsfall von einem physisch gedachten, auf dem Besitz- und Eigentumsrecht basierenden raumbezogenen Rechtsinstitut aus, so unterscheiden sich diese beiden Fälle davon doch stark. Es fehlt hier gänzlich eine physische Komponente, sodass der (zeitweise) Ausschluss von Facebook auch nicht auf dem Hausrecht beruht.[42]

c. Erwachsenenhotel und Blindenführhund

Die nachfolgenden zwei Fälle sind dadurch gekennzeichnet, dass sie unmittelbar in einen diskriminierungsrechtlichen Kontext eingebunden sind: Ihre Lösung erfolgte über Normen des AGG bzw. über die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Phänomenologisch geht es aber auch in diesen Fällen darum, dass eine Person in einer Vertragsbeziehung zu einem Hausrechtsinhaber steht bzw. einen Vertrag mit ihm begehrt, ihr jedoch dieser Vertrag bzw. der Zugang zur Räumlichkeit versagt wird.

38 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: LG Frankfurt a.M., MMR 2018, 770; OLG Dresden, NJW 2018, 3111; OLG Karlsruhe, MMR 2020, 52; OLG Nürnberg, GRUR-RR 2020, 543; OLG München, MMR 2021, 71 und 79; OLG Braunschweig, MMR 2021, 920.

39 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20.

40 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 63 – 68; 81 – 89.

41 *Facebook*, Gemeinschaftsstandards, Nr. 12 Hassrede.

42 Zum – früher diskutierten – „virtuellen Hausrecht" siehe unten Fn. 2250.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Fall *Blindenführhund*[43] befand sich eine Frau in Behandlung in einer Physiotherapiepraxis, wobei sie auf die Hilfe eines Assistenzhunds – einen Blindenführhund – angewiesen ist. Um zu dieser Physiopraxis zu gelangen, müssen die Patient*innen das Wartezimmer einer Gemeinschaftspraxis durchqueren. Dies hatte die Frau mit ihrer Blindenführhündin bereits mehrfach getan. Einen zweiten Weg – der über eine Stahlgittertreppe führt – kann die Hündin nicht nutzen. Die Gemeinschaftspraxis untersagte der Frau, die Praxisräume mit ihrem Blindenführhund zu betreten, und verweigerte ihr den Durchgang. Das Bundesverfassungsgericht urteilte, dass die Vorinstanzen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG bei der Auslegung des AGG nicht ausreichend beachtet hätten, sodass das Durchgangsverbot sie in verfassungswidriger Weise benachteilige.

Im Fall *Erwachsenenhotel*[44] wollte eine Mutter mit ihren fünf unter 16-jährigen Kindern ein Erwachsenenhotel (Adults-Only-Hotel) besuchen. Ein solches Erwachsenenhotel möchte dadurch Kunden anziehen, indem es sein Angebot lediglich an über 16-jährige Personen[45] anbietet. Dadurch soll ein Urlaubserlebnis in „Wohlfühlatmosphäre" ohne Kindergeschrei o.ä. angeboten werden. Ein Vertragsschluss wurde der Mutter und ihren Kindern verweigert. Der BGH sah eine Diskriminierung nach dem AGG aufgrund des Alters als gerechtfertigt an, da der Hotelbetreiber mit einer solchen zielgruppenorientierten Ansprache bestimmter Kundenkreise sachlich nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe anführen könne.[46]

Ähnlichkeiten zum Stadionverbotsfall weisen diese Fälle dahingehend auf, dass es ebenfalls um einen verweigerten Zugang geht. Zudem haben alle Fälle eine gleichheitsrechtliche Dimension. Allerdings unterscheiden sie sich vom Stadionverbot hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen: Während im Stadionverbotsbeschluss auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurückgegriffen wurde, gibt es in diesen beiden Fällen geschriebene Diskriminierungskategorien, an die die Ungleichbehandlung anknüpft.

43 BVerfG, Beschl. v. 30.01.2020, 2 BvR 1005/18 – *Blindenführhund*.
44 BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18 – *Erwachsenenhotel*.
45 So der Sachverhalt in diesem Fall. In anderen Erwachsenenhotels wird häufig eine Altersgrenze von 14 oder 18 Jahren gewählt.
46 BGH, Urt. v. 27.05.2020, VIII ZR 401/18 – *Erwachsenenhotel*, Rn. 22 – 49.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

d. Wellnesshotel und Therme

Die letzten beiden Fälle der Gesellschaft unterscheiden sich von den vorgenannten zwei Fällen dadurch, dass sie gerade nicht über das Nichtdiskriminierungsrecht oder spezielle Gleichheitssätze gelöst wurden. Phänomenologisch bestehen jedoch erhebliche Ähnlichkeiten: Auch hier ging es um bestimmte Dienstleistungen und den Zugang zu damit verbundenen Räumlichkeiten, welche den betroffenen Personen verweigert wurden.

Ebenso wie der Stadionverbotsfall wurde der Wellnesshotelfall sowohl vom Bundesgerichtshof[47] als auch vom Bundesverfassungsgericht[48] entschieden. *Udo Voigt* wurde ein Hausverbot erteilt, weil er Parteivorsitzender der NPD war. Da der Hotelbetreiber befürchtete, dass seine Anwesenheit andere Gäste stören könnte, erteilte er ihm ein Hausverbot. Eine wichtige Sachverhaltsinformation ging jedoch in den letzten Instanzen verloren: Der Hotelier ist Mitglied eines Verbandes, der sich gegen Rechtsextreme in Gastronomie und Beherbergungsgewerbe im Land Brandenburg einsetzt.[49] Sowohl Bundesgerichtshof als auch Bundesverfassungsgericht sahen die Erteilung des Hausverbotes als sachlich gerechtfertigt an. Eine „spezifische Konstellation" wie im Fall des Stadionverbots sah das Bundesverfassungsgericht vorliegend nicht.[50]

Eine jüngere Entscheidung des BGH[51] führt die Grundsätze zum Hausverbot, die bereits in den Fällen *Stadionverbot* und *Wellnesshotel* verfestigt wurden, weiter. Hier wurde gegenüber einer Frau ein Hausverbot ausgesprochen, weil sie mehrfach andere Personen in der Sauna beleidigt und – gemeinsam mit ihrer Saunagruppe – belästigt hat. Dieses Hausverbot wurde gerichtlich nicht beanstandet. Da der Besuch einer Therme nicht in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheide, bedürfe es keines sachlichen Grundes für das Hausverbot.[52]

47 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*.
48 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*.
49 So noch sichtbar in OLG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2011, 1 U 4/10, Rn. 9 f., 26.
50 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 7 f.
51 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*.
52 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 18 – 25.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Forschungsfragen, Erkenntnisinteresse und Forschungsstand

Alle diese Fälle der Gesellschaft – und noch weitere[53] – zeigen, dass das Privatrecht mit Phänomenen umgehen muss, bei denen es um die Partizipation an verschiedenen Leistungsangeboten oder um Nutzungsmöglichkeiten bestimmter Räume geht.[54] Im Zentrum der Überlegungen stehen dabei Fragen der Gleichbehandlung. Das erinnert nicht zufällig[55] an das Nichtdiskriminierungsrecht; einige der vorgenannten Fälle spielen sich auch ausdrücklich in diesem Rechtsgebiet ab. Im Gegensatz zum Nichtdiskriminierungsrecht als speziellem Gleichbehandlungsrecht,[56] das durch Rechtssetzungsakte bereits eine verhältnismäßig feste normative Struktur sowie dogmatische Muster aufweist und sich in Deutschland und Europa als Teilrechtsgebiet ausdifferenziert hat,[57] fehlen diese für soziale Konflikte, die zwar eine Ähnlichkeit zu Fällen des Nichtdiskriminierungsrechts haben, jedoch nicht davon erfasst werden.

Damit stellt sich die Frage, wie diese Fälle gemeinsam beschrieben werden können, um gemeinsame Anknüpfungspunkte für ihre dogmatische Lösung zu finden. Dabei existieren in der (Privat-)Rechtswissenschaft zwar unterschiedliche Topoi wie Privatautonomie und die damit zusammenhängende Materialisierung des Privatrechts[58], Verteilungsgerechtigkeit[59] oder Horizontalwirkung der Grundrechte[60]. Re-konstruiert man die Fälle der Gesellschaft (ausschließlich) gleichheitsrechtlich, steht mit *Grünbergers*

53 Dies sind vor allem Fälle, welche eine starke strukturelle Kopplung zum Wirtschaftssystem aufweisen: Beispielsweise BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12 – *Girokonto* (siehe dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit 2013, S. 483 f.) sowie BGH, Urt. v. 28.01.2014, VI ZR 156/13 – *Schufa* (siehe dazu *Femia*, in: Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017, S. 151 und jüngst im Kontext der Horizontalwirkung von Grundrechten *Jobst*, NJW 2020, 11 (13 f.); *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 309 – 320).

54 Ähnlich, aber nur hinsichtlich der Linie Fraport-Bierdosenflashmob-Stadionverbot *Smets*, NVwZ 2019, 34 (35): „Gemeinsam ist der Wunsch nach Zugang."

55 Siehe aber zu den Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts in diesen Fallkonstellationen unten § 4 IV 2 d.

56 Zu einer solchen Konzeption vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 527 – 559, dort auch zu anderen Konzeptionen; zur Diskussion auch *ders.*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (88 – 92).

57 Dazu *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461.

58 Vgl. dazu unten § 3 II 2 b.

59 Vgl. dazu unten § 3 III 3.

60 Vgl. dazu unten § 9.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtfertigungsmodell[61] auf heuristischer Ebene auch eine Form bereit, in der die unterschiedlichen Fallkonstellationen diskutiert werden können. Jedoch weisen diese Ansätze maßgebliche Schwächen auf: Entweder sie operieren mit Begriffen auf einer zu hohen Abstraktionsebene (Selbstbestimmung oder Gerechtigkeit), sodass eine adäquate Beschreibung der Fälle nur schwer möglich ist. Oder sie haben Probleme, konkrete Wertungsabstufungen für die rechtliche Lösung bereitzustellen (Rechtfertigungsmodell). Der Privatrechtswissenschaft fehlen damit operable Begriffe zur Lösung dieser sozialen Konflikte.

Diese Untersuchung möchte daher ein (Analyse-)Modell entwickeln, das einen solchen Begriffsapparat zur Verfügung stellt. Erst ein solcher übergreifender Begriffsapparat erlaubt es, diese Fälle adäquat im Recht abbildbar und diskutierbar zu machen. Dabei soll der Stadionverbotsfall als Blaupause dienen. Eine Beschreibung des Konfliktes um die Stadionverbote auf einer höheren Abstraktionsebene erlaubt es, generalisierbare Begriffe zu entwickeln, die dann auch auf weitere Fälle der Gesellschaft angewendet – re-spezifiziert – werden können.[62] An eine solche Analyse kann die Rechtsdogmatik anknüpfen und passgenaue Lösungen entwickeln. Auf dogmatischer Ebene muss die Untersuchung erhebliche Eingrenzungen vornehmen: Im Mittelpunkt sollen hier der allgemeine Kontrahierungszwang und der allgemeine Gleichheitssatz stehen. Dem liegt die Arbeitshypothese zugrunde, dass diese beiden Institute in erheblichem Maße responsiv auf den sozialen Konflikt reagieren können. Andere Institute – wie z.B. die AGB-Kontrolle oder das Wettbewerbs- sowie das Nichtdiskriminierungsrecht –, die sich vor dem Hintergrund der vorgenannten Begriffe möglicherweise aufdrängen, werden zwar an einer jeweils passenden Stelle der Konfliktbeschreibung angesprochen. Statt einer ausführlichen Analyse responsiver Weiterentwicklungsmöglichkeiten beschränkt sich diese Untersuchung jedoch darauf, die Grenzen aufzuzeigen, die sich bei diesen Instituten in Bezug auf den Stadionverbotsfall und den weiteren Fälle der Gesellschaft stellen.

Daraus lässt sich eine die Untersuchung umspannende Forschungsfrage formulieren: Wie und mit welchen Begriffen lässt sich auf einer höheren

61 Vgl. dazu unten § 9 IV 3.

62 Zum Konzept der Generalisierung und Re-Spezifizierung vgl. *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 200 f. (dort am Beispiel der Horizontalwirkung der Grundrechte in transnationalen Kontexten).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abstraktionsebene der Konflikt um die Stadionverbote beschreiben, der zu einer Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes geführt hat?

Diese breite Forschungsfrage lässt sich auf mehreren Ebenen – und mit Blick auf die hier gewählte Methodik[63] – in weitere Fragen unterteilen: Wie lässt sich der Vertrag im Stadionverbotsfall als maßgebliche Grundinstitution des Privatrechts auf einer rechtstheoretischen Ebene beschreiben? Was macht in diesem Fall die *soziale Macht* bzw. die *einseitige Entscheidungsmacht* des Vereins bzw. des DFB aus? Mit welchen weiteren Begriffen lässt sich der Konflikt beschreiben? Wie entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG Horizontalwirkung in Privatrechtsverhältnissen; lässt sich also die *spezifische Konstellation* konkretisieren? Welche anderen Fälle der Gesellschaft können und sollten über eine Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG gelöst werden?

Forschungsgegenstand ist damit primär der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts. Die anderen Fälle der Gesellschaft und ihre zugrunde liegenden Konflikte spielen zwar durchweg eine implizite Rolle im Hintergrund, werden jedoch erst am Ende ausdrücklich behandelt, um die hier zu entwickelnden Begriffe zu erproben. Da das Erkenntnisinteresse somit vor allem auf eine Ordnung des Rechtsstoffes gerichtet ist, handelt es sich bei dieser Untersuchung primär um eine dogmatische Arbeit. Es geht einerseits um die Ordnung verschiedener Urteile sowie andererseits um die Ordnung der dahinterstehenden privatrechtlichen Konflikte, indem adäquate juristische Begriffe gefunden werden. Die dogmatischen Erkenntnisse werden jedoch nicht durch einen *strictly legal point of view*[64] gewonnen, sondern durch methodische Bausteine moderner soziologischer Jurisprudenz.[65]

Den Forschungsstand für die hier gewählte Forschungsfrage darzulegen, bereitet Probleme. Denn diese Untersuchung analysiert nicht nur ein einzelnes juristisches Problem, sondern synthetisiert unterschiedliche wissenschaftliche Ebenen – Privatrechtstheorie, Soziologie und Rechtsdogmatik – zu einem ganzheitlichen Modell. Bezüglich der juristischen Dimensionen von Stadionverboten kann auf relativ gesicherte Erkenntnisse – mit Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 GG – vor dem Stadionverbotsbeschluss zurück-

63 Siehe dazu unten § 1 III.

64 *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (15 – 19).

65 Siehe dazu unten § 1 III.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

gegriffen werden.[66] Dass diese Untersuchung das Stadionverbot als Referenzfall heranzieht, liegt auch darin begründet, dass bezüglich des soziologisch-beschreibenden Teils der Arbeit verschiedene Beschreibungsversuche vorliegen[67] – Stadionverbote sind zwar soziologisch bzw. empirisch nicht gänzlich, jedoch für eine Irritation des Rechts hinreichend ausgeleuchtet. Ein weiterer Grundbaustein dieser Untersuchung ist eine privatrechtstheoretische Rekonstruktion des Vertrages. Hierzu wurden in den letzten Jahren viele monographische Arbeiten vorgelegt, welche den Vertrag auf ganz unterschiedliche Weise konzipieren.[68] An diesen Konzeptionen gilt es sich abzuarbeiten. Der angloamerikanische Diskurs[69] bezüglich *contract (law) theory* muss hier ausgeblendet bleiben. Zwar könnten möglicherweise gerade jüngere Arbeiten für die in dieser Arbeit präsentierten Thesen fruchtbar gemacht werden.[70] Der Diskurs wird jedoch unter stark abweichenden Vorzeichen und Prämissen geführt, was einen weiteren Übersetzungsschritt für den deutschen Diskurs voraussetzen würde; dies kann diese Arbeit nicht leisten. Der letzte große Baustein besteht in der dogmatischen Konstruktion der Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Hier ist bezüglich des Forschungsstandes zu differenzieren: Geht es um die Privatrechtswirkung von Grundrechten allgemein, liegt mit *Kulicks* Horizontalwirkung im Vergleich[71] eine der aktuellsten[72] und auf dogmatisch-analytischer Ebene präzise Untersuchung vor. Dabei folgt diese Arbeit der Erkenntnis, dass

66 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177; *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016. Nunmehr unter Berücksichtigung der Rechtslage nach dem Stadionverbotsbeschluss: *Steinbach*, Stadionverbote im Lichte der Verfassung, 2022.

67 Diese Untersuchung richtet sich stark nach der Re-Konstruktion des Konfliktes von *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et a. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 aus; empirische Untersuchungen finden sich darüber hinaus bei *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 77 – 154 sowie bei *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019.

68 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014; *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015; *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016; *Jakl*, Handlungshoheit, 2019; *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 13 – 283.

69 Grundlegend *Fried*, Contract as Promise, 1981; den Diskurs abbildend *Hillman*, The Richness of Contract Law, 1997.

70 *Collins*, The Law of Contract, 1986; *Dagan*, 76 Law and Contemporary Problems 19 (2013).

71 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020.

72 Jüngst zur Privatrechtswirkung von Grundrechten auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021; *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unterschiedliche dogmatische Horizontalwirkungskonstruktionen zwar unterschiedliche Stärken und Schwächen aufweisen, aber – von Details abgesehen[73] – weitgehend ergebnisäquivalent sind.[74] Entscheidender als diese allgemeinen Diskurse sind vielmehr die zugrunde gelegten Prämissen und Vorverständnisse von Grundrechten sowie die Begründung konkreter Gewährleistungsgehalte einzelner Grundrechtsbestimmungen im Privatrecht. Geht es damit um die konkrete Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG, liegen mit *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell[75] und mit *Bachmanns* Tatbestandsmodell[76] zwei Grundkonzeptionen vor, die es hier zu diskutieren und grundrechtsdogmatisch weiterzuentwickeln gilt.

III. Methodik: Soziologische Jurisprudenz

Diese Untersuchung sieht sich in der Tradition moderner soziologischer Jurisprudenz, die sich von einer Soziologie des Rechts unterscheidet.[77] Da es sich hier nicht um eine ausschließlich dogmatische Arbeit handelt, welche lediglich einen *strictly legal point of view*[78] einnimmt, soll möglichen methodischen Irritationen[79] mit nachfolgenden Erläuterungen vorgebeugt werden.[80]

Unter Jurisprudenz sollen hier die dogmatischen „Fächer" bzw. Säulen der Rechtswissenschaft verstanden werden, die auf die Lösung konkreter Rechtsfragen abzielen, also das Privatrecht, Strafrecht und Öffentliche Recht. Ihnen stehen die Grundlagenfächer gegenüber, die das Recht aus

73 Siehe dazu unten § 9 I 1.

74 Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 153 – 175.

75 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 823 f.; dieses wurde jüngst von *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 415 – 428 sowie von *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50 aufgegriffen.

76 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144.

77 Zum Unterschied *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 6 – 9; *D. Schweitzer, juridikum 2018, 210*; *Rückert*, Vortrag vom 18.11.2021 am HIS.

78 *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (15 – 19).

79 Dass ein solcher Ansatz zu methodischen Irritationen in der klassischen (Privat-)Rechtsdogmatik führen kann, zeigen eindrücklich die Beiträge der Auseinandersetzung zwischen *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213; *Riesenhuber*, AcP 219 (2019), 892; *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924.

80 Einige Aspekte dieses Abschnittes finden sich in abgewandelter Form bereits bei *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 5 – 12.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihrer jeweiligen Reflexionsdistanz betrachten.[81] Dies ist damit keine genuin rechtssoziologische[82] Arbeit, sondern primär – aber nicht ausschließlich – eine dogmatische, die sich jedoch spezifischer Elemente der Rechtstheorie und (Rechts-)Soziologie bedient, um neue Erkenntnisse zu gewinnen. Damit ist diese Arbeit innerhalb der aktuell dritten Spielart soziologischer Jurisprudenz[83] zu verorten, welche unter der gesellschaftstheoretischen Prämisse funktionaler Differenzierung[84] die Rechtsdogmatik „unter dem Brennglas der Sozialtheorie" hinterfragt, um dadurch Rationalitätsgewinne zu erzielen.[85] Vor dem Hintergrund der funktionalen Differenzierung moderner Gesellschaften geht es insbesondere um eine kritische Rekonstruktion der Grundinstitutionen des Rechts, die in vielfältigen, jeweils gleichzeitig bestehenden strukturellen Kopplungsverhältnissen[86] zu anderen sozialen Systemen stehen.[87] Diese komplexen gesellschaftlichen Strukturen hinter dem sozialen Konflikt eines Falles aufzudecken und zu beschreiben, der sich unmittelbar dem Privatrecht als bipolarer Streit zwischen zwei Parteien präsentiert, ist Aufgabe soziologischer Jurisprudenz als Wissenschaft. „Eine solche Rechtswissenschaft macht pfadbedingte Fehlentwicklungen und alternative Lösungsmöglichkeiten sichtbar; erst dadurch lassen sich die einschlägigen Probleme juristisch klar verstehen, rational diskutieren und damit die Grundlagen für überzeugende Lösungen (‚Konstruktionen') legen. Eine solche Rechtswissenschaft zielt also auf ein besseres Verständnis rechtlicher Probleme, nicht unmittelbar auf die fortbildende Auslegung nationaler Rechtsvorschriften."[88] Genau in dieser Kombination aus Problembeschreibung mithilfe außerrechtlichen Wissens und der Entwicklung eines Lösungspanoramas liegt nach hier vertretener Auffassung einer der wesentlichen Unterscheidungspunkte einer eigenständigen Rechtswissenschaft gegenüber der Rechtspraxis.[89]

---

81 So der Begriffsgebrauch bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 2.

82 Zu den unterschiedlichen Ausprägungen der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 10 – 25.

83 Zu diesen drei Spielarten soziologischer Jurisprudenz *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (5 – 14).

84 Siehe dazu unten im Kontext der Grundinstitution des Vertrages § 2 V 1.

85 *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (10 f.).

86 Zum Begriff der strukturellen Kopplung siehe *Luhman*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 440 – 445.

87 Vgl. *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (14).

88 *Jansen*, JZ 2020, 213 (223).

89 *Jansen*, JZ 2020, 213 (215) wirft – allgemein dogmatisch, nicht aus der Perspektive soziologischer Jurisprudenz – zutreffend die Frage nach der Funktionsverteilung zwi-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Grundinstitutionen des Privatrechts

Eine solche wissenschaftliche Perspektive ist zwar nicht auf die Grundinstitutionen[90] des Privatrechts – wie z.B. das Eigentum, der Vertrag, das Delikt oder die Person – beschränkt,[91] wird für sie jedoch in besonderem Maße relevant: Zum einen zeigt sich an diesen Grundinstituten deutlich, dass das Privatrecht mit bestimmten Begriffen operiert, die maßgeblich durch eine liberal-individualistisch denkende Erste Moderne geprägt sind. Wie *Auer* zeigen konnte, operiert der heutige Privatrechtsdiskurs zwar lexikalisch mit denselben Begriffen, jedoch entfernt er sich semantisch immer weiter von ihrem ursprünglichen Begriffskern.[92] Unklar ist dabei, wie gesellschaftliche Entwicklungen einer Zweiten Moderne – besonders die Umstellung der primären gesellschaftlichen Differenzierungsform auf funktionale Differenzierung – in neue juristische Begriffe überführt werden können. *Wielsch* identifiziert, dass die immer noch vorherrschende Konzeption von privatrechtlichen Grundinstituten als subjektive Rechte[93] – der Vertrag als Zusammenspiel von Vertragsfreiheiten, das Eigentum als subjektives Herrschaftsrecht oder als Rechtebündel – nicht der sozialen Realität gerecht wird:[94] Soziale Realität erzeugt erst das Bedürfnis nach Ausübung subjektiver Rechte, welche dann aber wieder die soziale Realität mitprägen, insbesondere indem durch die individuelle Ausübung subjektiver Rechte kollektive soziale Strukturen wie Institutionen oder Organisationen entstehen, welche dann wieder auf die Ausübungsbedingungen subjektiver Rechte zurückwirken. Aufgabe der Rechtswissenschaft als Reflexionspraxis des Rechts ist es dann, diese Wechselwirkungen im Recht selbst wieder abbildbar zu machen.

---

schen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auf: „Für Wissenschaftler, so könnte man meinen, sollte das einen Grund bilden, praxisorientierte Rechtsdogmatik zu meiden: Wenn Gesetze auslegen bedeutet, Recht zu gestalten, ist es nämlich alles andere als selbstverständlich, wie die Wissenschaft an diesem Prozess mitwirken könnte, ohne ihren Objektivitäts- und Wahrheitsanspruch zu gefährden."

90 Siehe zum institutionellen Rechtsdenken unten § 2 II.

91 Siehe *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 9 f.

92 *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 49 – 55.

93 Dazu kritisch *Menke*, Kritik der Rechte, 2015.

94 *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (321 – 333) am Beispiel des Eigentums, insbesondere des Urheberrechts.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Bisherige Untersuchungen, die sich einem solchen wissenschaftlichen Programm zuordnen lassen, legten einen starken Fokus auf das Eigentum[95], teilweise der Person[96] sowie mit historisch-rechtsvergleichendem Zugang auch auf das Delikt[97]. Zum Vertrag liegen bislang allgemeine Überlegungen vor, wie dieser in der funktional differenzierten Gesellschaft multilateral rekonstruiert werden kann[98] bzw. wie der Aufbau kollektiver Strukturen mithilfe vielseitiger Vertragskonstruktionen im dogmatisch bilateral gedachten Vertrag wieder abbildbar gemacht werden kann, beispielsweise durch den Begriff der Netzverträge oder vergleichbare Topoi.[99] Diese Untersuchung knüpft an die Beobachtung einer Multilateralität des Vertrages an und entwickelt dieses Konzept anhand des konkreten Problems der Stadionverbote weiter.

2. Transversalität, Responsivität und Eigennormativität

Aus der gesellschaftstheoretischen Prämisse funktionaler Differenzierung moderner Gesellschaften,[100] dem Recht als operativ geschlossenem, autopoietischem sozialen Funktionssystem[101] und dem hier gewählten rechtswissenschaftstheoretischen Vorverständnis folgen spezifische gesellschaftstheoretische Anforderungen an das Methodenprogramm einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung, die mit *Teubners* Dreiklang von Transversalität, Responsivität und Eigennormativität schlagwortartig bezeichnet werden können.[102] Eine so operierende Rechtswissenschaft kann als responsive

95 *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 91 – 164; *Wielsch*, ZfRSoz 2018, 304 (310 – 319).
96 *Wielsch*, JZ 2020, 105 (113).
97 *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 771.
98 *Teubner*, 9 Social & Legal Studies 399 (2000); *ders.* 7 Theoretical Inquiries in Law 51 (2006); *Wielsch*, in: FS Teubner, 2009, S. 395 (398 – 403); ähnlich auch *Zumbansen*, 14 Indiana Journal of Global Legal Studies 191, insb. 222 – 233 (2007).
99 *Rohe*, Netzverträge, 1998; *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; *Heermann*, KritV 2006, 173 – 186; *C. Heldt*, KritV 2006, 208; *Grundmann*, AcP 207 (2007), 718; *Hennemann*, Interaktion und Partizipation, 2020, S. 194 – 230.
100 Siehe dazu unten § 2 V 1.
101 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 38 – 123.
102 Grundlegend *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtswissenschaft[103] verstanden werden, der es um die Formulierung gesellschaftsadäquater Rechtsbegriffe[104] geht.

Transversalität bedeutet soziale Differenzierung ernst zu nehmen, was zu der Erkenntnis führt, dass es keine allgemeingültige Sozialtheorie zur Beschreibung und Erklärung sämtlicher gesellschaftlicher Phänomene gibt, sondern stattdessen eine Vielzahl an gleichzeitig nebeneinander existierenden, bereichsspezifischen Theorieangeboten.[105] Daraus folgt zum einen, dass keine der Sozialtheorien eine Alleinstellung beanspruchen kann; die ökonomische Analyse des Rechts beispielsweise kann lediglich Aussagen über strukturelle Kopplungen des Rechts zum Wirtschaftssystem treffen. Zum anderen muss das Recht, um der Pluralität gesellschaftlicher Rationalitäten gerecht zu werden, alle (!) Theorieangebote nach ihrem Aussagegehalt für die vom Recht zu bewältigenden Probleme befragen.[106] Mit einer solchen Transversalität ist jedoch ein wesentliches Problem verbunden: Die Forderung, alle relevanten Theorieangebote nach ihrer jeweiligen Perspektive zu befragen, bedeutet regelmäßig, dass eine Situation von Theoriekonkurrenz entsteht. Es gibt regelmäßig unterschiedliche, sich widersprechende Perspektiven auf soziale Sachverhalte.

Responsivität bedeutet, in einem ersten Schritt die Rechtstheorie und in einem zweiten Schritt konkrete Rechtsinstitute daraufhin zu befragen, inwieweit sie über das Potential verfügen, auf den sozialen Konflikt zu reagieren, ob sie also beispielsweise passende Tatbestände und adäquate Rechtsfolgen bereitstellen.[107]

Eigennormativität bedeutet, dass die Begriffe der Sozialtheorie aufgrund unterschiedlicher Strukturen und Wissensbestände der einzelnen sozialen Systeme nicht eins zu eins in das Recht bzw. in die Rechtswissenschaft

103 *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (243 f.); *ders.*, in: Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020, S. 79 (90 – 109); jüngst mit einem Modell responsiver Bipolarität daran anknüpfend *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 7, 74 – 115. Der Begriff geht zurück auf *Nonet/Selznick*, Law & Society in Transition, 1978, S. 77; siehe dazu auch *Selznick*, 30 Journal of Law and Society 177, 181 – 186 (2003).

104 *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 49 – 59; speziell zur Vergesellschaftung rechtlicher Grundbegriffe *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304.

105 *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (153).

106 *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (154).

107 *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (161).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

überführt werden können. Vielmehr müssen die sozialtheoretischen Irritationen durch eigene Begriffsbildung des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft verarbeitet werden. Das Problem besteht darin, dass die so erzeugten Begriffe, wenn sie in der Rechtspraxis angewendet werden, wieder Auswirkungen auf ihre jeweiligen sozialen Kontexte haben. Die Herausforderung besteht hier darin, wie die Eigennormativität des Rechts bei gleichzeitiger Eigennormativität unterschiedlicher gesellschaftlicher Praktiken gewährleistet werden kann.

3. Methodologische Forderungen

Diese sich aus den hier gesetzten Prämissen der funktionalen Differenzierung moderner Gesellschaften sowie der Autopoiesis des Rechtssystems und der anderen Funktionssysteme der Gesellschaft ergebenden Anforderungen müssen für eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung in ein methodisches Programm übersetzt werden. Ein Problem besteht hier darin, dass – anders als beispielsweise innerhalb der ökonomischen Analyse des Rechts[108] – innerhalb der soziologischen Jurisprudenz bisher kein fester Methodenkanon oder Grundbegriffsapparat besteht und möglicherweise aufgrund des (methoden-)pluralistischen Selbstverständnisses[109] der Forschungsrichtung auch nicht möglich zu formulieren ist. Für diese Untersuchung wird daher ein methodisches Vorgehen in vier Schritten vorgeschlagen: Rechtstheorie, Sozialtheorie, Rechtsdogmatik und Fallbezug.[110] Nach hier vertretener These lässt sich dieses Methodenprogramm jedoch nicht nur auf die hier verfolgte Forschungsfrage anwenden, sondern kann generalisiert und für andere Forschungsvorhaben eingesetzt werden.

108 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020; *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2017.

109 Deutlich in den Beiträgen in Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017.

110 Ähnlich *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (15): methodische Trias aus Kasuistik, Sozialtheorie und Rechtsdogmatik; ähnlich auch *Grünberger*, in: Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020, S. 79 (100 – 104) mit einer fünfstufigen Methode, die stärker die Rechtsfolgen sowie die Entwicklungsoffenheit betont.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Rechtstheorie

Das erste Element der hier verwendeten Methode ist die Rechtstheorie. Die Rechtstheorie weist verschiedene Dimensionen auf[111] und wird klassischerweise als Teil der analytischen Rechtsphilosophie[112] bzw. – weitgehend gleichlaufend – innerhalb der Rechtsphilosophie i.w.S.[113] eingeordnet. Darauf lässt sich die Rechtstheorie jedoch nicht reduzieren.[114] Rechtstheorie kann allgemein eine Reflexionspraxis des Rechtssystems sein.[115] Sie fungiert so verstanden als Reflexionstheorie des Rechts, die Nachdenken über das Recht im Recht selbst ermöglicht.[116] Speziell die Privatrechtstheorie kann als Reflexion des positiven Rechts gedeutet werden, welche eine kritische Reflexion von derzeit herrschenden Rechtsbeständen erlaubt.[117] Damit ist die Ebene der Privatrechtstheorie für einen Zugang soziologischer Jurisprudenz besonders attraktiv: Begreift man sie als Reflexionsebene privatrechtlicher Grundinstitute, ermöglicht die Rechtstheorie eine Reflexion interdisziplinärer Erkenntnisse im privatrechtlichen Diskurs.[118]

Die Privatrechtstheorie als Reflexionstheorie des Rechts in der Rechtswissenschaft wird für die Zwecke dieser Untersuchung anwendungsbezogen verstanden:[119] Es geht nicht um die theoretische Absicherung des positiven Rechts, sondern um die Nutzbarmachung von Zugängen auf einer höheren Abstraktionsebene für die bessere Beschreibung und ggf. auch Lösung von komplexen Fällen der Gesellschaft. Es geht darum, das gesellschaftliche Wissen, welches außerhalb der Rechtsdogmatik insbesondere in unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen vorhanden ist, für konkrete Privatrechtsprobleme und die Rechtsanwendung fruchtbar zu ma-

111 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 2 – 5.
112 *V. d. Pfordten*, JZ 2004, 157 (160); *Kaufmann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 1 (7 – 10); zur Abgrenzung siehe auch *Luft*, JURA 2021, 1418 (1418 f.).
113 So *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 2: Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsphilosophie i.e.S. als Teile der Rechtsphilosophie.
114 Nachdrücklich *Vesting*, Rechtstheorie, 2015, S. 10 – 12; *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 10 f. Fn. 11 aE.
115 Vgl. *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (319 f.).
116 *Grundmann/Micklitz/Renner*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, S. 1 (4).
117 *Grünberger/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 1 (3).
118 *Grundmann/Micklitz/Renner*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, S. 1 (1); ausführlich *Grundmann*, RabelsZ 86 (2022), 364.
119 *Grundmann/Micklitz/Renner*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, S. 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

chen.[120] Aufgrund ihrer Anwendungsbezogenheit ist die hier verwendete Rechtstheorie eine Teilnehmertheorie, als reflektierte Selbstbeobachtung des Recht.[121] Die Aufgabe der Rechtstheorie besteht primär darin, die von den Sozialtheorien gelieferten Beschreibungen der Umwelt des Rechts als Irritationen zu behandeln und diese rechtsintern mit eigenständiger – rechtstheoretischer – Begriffsbildung zu rekonstruieren.[122] Ein solches Verständnis von (Privat-)Rechtstheorie muss dabei zwingend pluralistisch sein, was bedeutet, monistische Begründungsansätze für das (Privat-)Recht zurückzuweisen und stattdessen „bewusst auf pluralistische Imperfektion" zu setzen.[123]

„Eine interdisziplinäre und zugleich anwendungsorientierte Privatrechtstheorie muss sich zwei Fragen stellen: Welche interdisziplinäre Theorie ist für den konkreten Fall relevant? Und: Wie können die Erkenntnisse dieser Theorie in der Privatrechtsdogmatik re-konstruiert werden? Findet die Privatrechtstheorie auf die erste Frage keine Antwort, droht ein lähmender ‚Information Overkill'. Findet sie auf die zweite Frage keine Antwort, bleibt sie für die Rechtsanwendung folgenlos."[124] Diese zweite Frage soll hier nicht auf der Ebene der Rechtstheorie, sondern unten auf der Ebene der Rechtsdogmatik aufgegriffen werden. Mit der ersten Frage hängt jedoch das Problem zusammen, wie genau interdisziplinäres Wissen innerhalb der Rechtstheorie methodisch verarbeitet werden kann. Als mögliche methodologische Anknüpfungspunkte wurden die Historisierung, die Rechtsvergleichung, die Philosophie sowie sozialwissenschaftliche Theorien genannt.[125] Darauf ist die Rechtswissenschaft nicht beschränkt; „entscheidend ist zunächst nur der distanzierte Blick auf das juristische Problem."[126] Allerdings bleibt damit insbesondere hinsichtlich des letztgenannten methodischen Zugangs immer noch unklar, wie genau sozialwissenschaftliche Theorien

120 *Grundmann/Micklitz/Renner*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, S. 1 (10), die hier jedoch nur die Bedeutung der Wissensbestände der Nachbardisziplinen betonen, nicht jedoch die Wissensbeständen der anderen Funktionssysteme der Gesellschaft.

121 Zu Teilnehmer- und Beobachtertheorien im Kontext der Rechtstheorie *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 3 f.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 212 – 218.

122 *Grünberger*, in: Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020, S. 79 (98 – 102).

123 *Schirmer*, Nachhaltiges Privatrecht, 2023, S. 74 – 82 (Zitat auf S. 75).

124 *Grundmann/Micklitz/Renner*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, S. 1 (19).

125 *Grünberger/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 1 (4).

126 *Jansen*, JZ 2020, 213 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

im Recht allgemein bzw. konkret auf der Ebene der Rechtstheorie verarbeitet werden können. Dazu schlägt diese Untersuchung ein modernes Verständnis des funktionalen Rechtsdenkens als eine Möglichkeit vor, wie Theorien der Sozialwissenschaft in die Rechtstheorie einfließen können. Zugleich kann mit der Funktionsbeschreibung eines Rechtsinstituts der komplexe transversale Durchgang durch die Sozialtheorien für einzelne rechtswissenschaftliche Untersuchungen operabel gemacht werden: Der soziale Konflikt in einem Fall der Gesellschaft kann in einem oder mehreren Funktionssystemen der Gesellschaft verortet werden. Diese Systemkontexte bilden die einzelnen Funktionsbeschreibungen ab. Damit geben sie gleichzeitig eine Richtschnur für die Sozialtheorien vor, nach denen sich die Rechtstheorie umschauen sollte.

Auer hat diesen eher pragmatischen, instrumentellen Zugang zur Rechtstheorie auch rechtsphilosophisch abgesichert. Ihr Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, den „vernachlässigten *Zwischenraum* zwischen Rechtsdogmatik und juristischen Grundlagenfächern zu kartographieren und ihn als Ort einer *neuen Rechtstheorie* zu beschreiben."[127] *Auer* zielt darauf ab, „die Rechtstheorie als Basistheorie einer theoretisch anspruchsvollen Rechtswissenschaft zu beschreiben, die in der Lage ist, Rechtsdogmatik mit Philosophie sowie mit den Erkenntnissen und Methoden aller anderen klassischen juristischen Grundlagen- oder Nachbarwissenschaften wie Rechts- und Kulturvergleichung, Soziologie, Geschichte, Politikwissenschaft und Ökonomie, aber ohne weiteres auch mit fachferneren Wissensgebieten wie Medizin, Bio- oder Geowissenschaften zu verbinden."[128] Eine ähnliche Funktionsbeschreibung der Rechtstheorie findet sich auch bei *Vesting*: „Über eine Art ‚Schnittstellenmanagement', als ‚Grenzgänger', hält die Rechtstheorie Kontakt zu allgemeinen Entwicklungen im Wissenschaftsbetrieb, reflektiert und prüft dessen Innovationen auf Übertragbarkeit und bietet die dabei gewonnenen Ergebnisse Rechtsdogmatik, Methodenlehre, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtsvergleichung und damit letztlich auch der Rechtspraxis zur Weiterverarbeitung."[129]

So konzipiert, ist die Rechtstheorie eine philosophische Theorie einer multidisziplinären Rechtswissenschaft.[130] Damit verortet *Auer* ihre Konzeption einer Rechtstheorie ausdrücklich wieder in der Philosophie, weil diese

127 *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 10.
128 *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 11.
129 *Vesting*, Rechtstheorie, 2015, S. 10.
130 *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„als Urwissenschaft aller Wissenschaften" die „Herkunftswissenschaft multidisziplinären Fragens" sei.[131] Damit wird die insbesondere von *Teubner* akzentuierte Notwendigkeit, auf rechtstheoretischer Ebene Begriffe innerhalb des Rechtssystems zu entwickeln, welche außerrechtliches Wissens systemintern verarbeiten können, aus philosophischer Perspektive abgesichert. „Die Philosophie steht auch hinter jeder rechtswissenschaftlichen Teildisziplin als strukturelle Ressource fachübergreifender Erkenntnis bereit und erlaubt es, die in die außerphilosophischen Fachwissenschaften ausdifferenzierten Wissensgebiete von der Soziologie über die Ökonomie, die Geistes- und Kulturwissenschaften bis hin zu den modernen Bio-, Geo- und Technologiewissenschaften in die Rechtswissenschaften theoretisch zu integrieren."[132]

b. Sozialtheorie

Aus der Forderung nach Transversalität folgt, dass sich das Recht und die Rechtswissenschaft mit potentiell allen (!) Sozialtheorien in der Umwelt des Rechts auseinandersetzen müssen. Sozialtheorien sollen hier nicht nur als Wissensbestände in anderen Wissenschaftsdisziplinen verstanden werden, sondern sie erfassen auch das in den übrigen sozialen Systemen gespeicherte Wissen.[133] Die Sozialtheorien werden in dieser Arbeit primär dafür eingesetzt, eine Beschreibung eines sozialen Konfliktes auf einer im Verhältnis zum Einzelfall oder zu einer rechtlichen Einzelnorm hohen Abstraktionsebene zu finden, um damit besserere rechtliche Lösungen zu entwickeln. „Denn weil es [das Recht] Wirklichkeitsannahmen über die Gesellschaft macht und über Normierungen die Gesellschaft gestaltet, kann das Recht gar nicht vermeiden, über sozialwissenschaftliche Fragen Aussagen zu treffen."[134]

131 *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 48 f.
132 *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 50 f.
133 So auch *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (149 – 158); *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht 2020, S. 8.
134 *Teubner*, in: Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017, S. 227 (227); die Notwendigkeit soziologischer Jurisprudenz betont auch *Morlok*, Soziologie der Verfassung, 2014, S. 38 f., der die Verknüpfung von Wirklichkeitsorientierung mit theoretischer Aufbereitung hervorhebt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch wenn Sozialtheorien nicht nur Wissensbestände aus anderen Wissenschaftsteilsystemen meinen, liegt es nahe, sich für eine rechts*wissenschaftliche* Arbeit auf die dort entwickelten Beschreibungsangebote zu beschränken. Damit verschreibt sich diese Untersuchung der Interdisziplinarität, welche hier verstanden werden soll als Forschungsformat, das „Begriffe, Theorien, Wissensbestände, Erklärungsansätze, Modelle, Konzepte oder Ideen einer anderen Disziplin in die eigendisziplinäre Arbeit" einbezieht.[135] Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft bedeutet dabei nicht, dass die Rechtsdogmatik als ein wesentlicher Kern rechtswissenschaftlicher Arbeit aufgegeben oder ersetzt würde. Evidenzbasierte Rechtssoziologie sowie soziologische Theorie einerseits und Dogmatik andererseits als unterschiedliche methodische Zugänge ergänzen sich vielmehr gegenseitig, indem ein gemeinsamer Untersuchungsgegenstand aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet wird.[136] Im Unterschied zu einer genuin dogmatischen Arbeit vom Standpunkt eines *strictly legal point of view* aus, geht es bei interdisziplinärer Rechtsforschung zunächst um das Hinzufügen von Wissen (aus anderen Wissenschaftsteilsystemen), nicht um das Fortschreiben, also die Weiterentwicklung von bestehenden Wissensbeständen, was Aufgabe der Dogmatik ist.[137] Das heißt jedoch nicht, dass sich die Rechtsdogmatik von diesem neuen Wissen nicht produktiv irritieren lassen könnte. Vielmehr kann die Dogmatik mithilfe außerrechtlichen Wissens die bestehenden Wissensbestände besser fortschreiben.

Das Problem einer interdisziplinären Arbeitsweise, die einen Gang durch alle potentiell relevanten Sozialtheorien geht, ist offensichtlich: Für eine einzige Forscher*in ist das nicht zu bewältigen. Darin sehe ich jedoch kein grundlegendes Problem. Denn Wissenschaft ist ebenfalls ein soziales Funktionssystem und wissenschaftliche Arbeit damit ein kollektives Unterfangen. Eine Forscher*in muss in einer einzigen Untersuchung nicht alle möglichen Sozialtheorien abklopfen, weil andere Forscher*innen mit anderen Zugängen jeweils andere Sozialtheorien heranziehen.[138] Für eine einzel-

135 *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 193.

136 Vgl. *Eule*, LSI Podcast vom 20.09.2020.

137 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 7 – 10.

138 Ein gelungenes Beispiel dafür kann im Beitrag von *Schönberger*, VVdStRL 79 (2020), 291 gesehen werden: Obwohl hier ein von dieser Untersuchung abweichendes Theorieangebot herangezogen wird, identifizieren beide Arbeiten ähnliche Konfliktlagen; siehe dazu unten § 9 IV 3 b (3.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ne Untersuchung ist es überzeugend, *einen* plausiblen[139] Beschreibungsansatz zu wählen und diesem – optional – noch einen (!) weiteren Ansatz gegenüberzustellen, um die jeweiligen blinden Flecken in der Beschreibung aufzudecken.[140]

c. Rechtsdogmatik

Da in jüngerer Zeit innerhalb der Rechtswissenschaft wieder intensiv über den Begriff der Dogmatik sowie über ihre Funktion und Struktur gestritten wird,[141] sollte der Begriff der Dogmatik in einer Untersuchung, die sich grundsätzlich auch als dogmatische versteht, nicht undefiniert stehen gelassen werden. Ausgangspunkt ist dabei, dass zwar *prima facie* weitgehender Konsens innerhalb des Rechts- und Rechtswissenschaftssystems darüber herrscht, was Rechtsdogmatik ist, dieser Schein jedoch trügt und die Tiefenstrukturen der Dogmatik nicht hinreichend durchdrungen sind.[142]

Die Rechtsdogmatik wird allgemein als Markenkern[143] der Rechtswissenschaft verstanden. *Bumke* fasst dabei das klassische Verständnis von Rechtsdogmatik zutreffend zusammen, welchem im Grundsatz auch hier gefolgt werden soll: „Die Rechtsdogmatik lässt sich als eine Disziplin beschreiben, die das positive Recht durchdringen und ordnen will und die zugleich das Ziel verfolgt, die rechtliche Arbeit anzuleiten und zur Lösung jener Fragen beizutragen, die die Rechtspraxis aufwirft. Sie bemüht sich darum, die Vorstellungen und Einsichten über das Recht zu sichten und zu sichern. Dazu formt sie Begriffe, erarbeitet Figuren und Prinzipien und ordnet den

139 Die Betonung liegt hier darauf, dass ein Durchgang durch *potentiell* alle Sozialtheorien unternommen wird. Damit ist die Wissensgenerierung einzelner wissenschaftlicher Arbeiten angesprochen: Denn die Selektion der überzeugendsten Theorien und Modelle erfolgt nicht erst (extern) im Kollektiv, sondern bereits (intern) durch die einzelne Forscher*in, indem aus einer gedanklichen Auswahl von Theorien und Modellen bereits diejenigen für die abschließende Arbeit ausgewählt werden, welche man persönlich am überzeugendsten hält.

140 Für einen solchen Zugang im Kontext soziologischer Gesellschaftstheorien *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 151 – 164.

141 *Waldhoff*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17; *Lepsius*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39; *Jestaedt*, JZ 2014, 1; *Bumke*, JZ 2014, 641; *Lassahn/Steenbreker*, JR 2015, 553; *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2017; *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017; *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019; *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020.

142 Nachdrücklich *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019, S. 41 – 43.

143 *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (4).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stoff. Sie hinterfragt die bestehenden Vorstellungen, greift Neuerungen auf und prüft den daraus resultierenden Veränderungsbedarf. Auf diese Weise hält die Rechtsdogmatik ein Wissensreservoir für die Praxis vor, trägt zur Erlernbarkeit der praktischen Rechtsarbeit bei und leistet einen Beitrag zur Rationalisierung und Legitimierung des Rechts."[144] Damit deckt diese Definition die wesentlichen Funktionen von Rechtsdogmatik ab.[145]

Ein wesentliches Problem besteht jedoch darin, dass die rechtsdogmatische Denkweise, das methodische Vorgehen und die dabei gebrauchten Instrumente regelmäßig implizit bleiben.[146] Wie genau formt sie ihre Begriffe? Auf welche Weise werden Figuren und Prinzipien[147] erarbeitet? Auch die juristische Methodenlehre beschäftigt sich nicht mit der Rechtsdogmatik als Methode, sondern primär mit Fragen der Auslegung und Anwendung von Gesetzen sowie juristischer Argumentation.[148] Besonders eine responsive Rechtsdogmatik möchte an dieser Leerstelle ansetzen und greift dazu auf die Konstruktionsleistung von Dogmatik zurück. Rechtsdogmatik bedeutet zu großen Teilen Konstruktion in zweifacher Hinsicht: Zum einen werden dogmatische Begriffe auf einer Zwischenschicht zwischen Gesetz und Fall konstruiert – und nicht etwa durch bloße hermeneutische Interpretation eines Normtextes gewonnen.[149] Zum anderen müssen Lösungen für die konkreten Fälle der Gesellschaft konstruiert werden. Beide Konstruktionsschritte bedingen einander. Aufgabe einer so verstandenen rechtswissenschaftlichen Dogmatik ist es dann, „Panoramen von Konstruktions- und Denkmöglichkeiten und damit Entscheidungsoptionen zu entwickeln"[150]. Dies ist deshalb so wichtig, weil grundsätzlich alle juristischen Entschei-

144 *Bumke*, JZ 2014, 641 (641); weitgehend gleichlaufende Definition als Bestandsaufnahme der Diskussion bei *Sahm*, Elemente der Dogmatik, 2019, S. 39 f.

145 Zu den Funktionen ausführlich *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 115 – 139.

146 Deutlich *Bumke*, JZ 2014, 641 (645): „Die rechtsdogmatische Arbeitsweise existiert zu wesentlichen Teilen nur in Form impliziten Wissens."

147 Siehe aber für eine gelungene Arbeit mit Rechtsprinzipien *T. Möllers*, ERCL 2018, 101.

148 *Bumke*, JZ 2014, 641 (642 mwN); deutlich in den klassischen Werken zur Methodenlehre im Privatrecht von *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995 und *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2011; allerdings wird dies in jüngerer Zeit etwas aufgebrochen, so z.B. in den modernen Werken von *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2020, insb. S. 54 – 76 oder *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2023, insb. S. 335 – 366.

149 Dazu überzeugend *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2019, S. 174 – 179.

150 *Jansen*, JZ 2020, 213 (220), der dies als Aufgabe der Rechtswissenschaft bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dungen kontingent sind und in Bezug auf den normativen Regelungsanspruch funktionale Äquivalente bilden können. Im Mittelpunkt steht damit in dieser Untersuchung weniger eine „gebrauchsdogmatische“[151] oder eine „feinsystematische“[152] Analyse eines einzigen Rechtsbausteins, sondern eine durch sozialtheoretische Irritation ausgelöste Konstruktion von möglichen Weiterentwicklungsmöglichkeiten dogmatischer Institute. Damit kann eine responsive Rechtsdogmatik als genuin wissenschaftliche Form von Rechtsdogmatik gedeutet werden.[153]

d. Kasuistik[154]

„Rechtstheorie muss konkret werden, um zu wirken. Recht ist eine Praxis der Fälle. Rechtstheorie ohne Fälle bleibt leer.“[155] Daher sind juristische Fälle, also soziale Konflikte, die an das Rechtssystem herangetragen werden, integraler Bestandteil einer responsiven Rechtswissenschaft. Das Recht existiert nicht losgelöst von der Realität. Das soziale Funktionssystem Recht tritt mit dem Anspruch auf, soziale Konflikte zu lösen und normative Erwartungen zu stabilisieren.[156] Die vom Recht zu lösenden Konflikte müssen aber, um sie richtig verstehen zu können, primär aus ihrem jeweiligen sozialen Entstehungskontext heraus betrachtet werden.[157] Die Fälle sind in diesem Sinne nicht nur juristische Fälle, die von Akteuren im Rechtssystem wie Anwält*innen und Richter*innen bearbeitet werden, sondern sie sind auch und sogar vorrangig Fälle (in) der Gesellschaft. „Rechtskonflikte entstehen als soziale Konflikte.“[158] Die Fälle bilden daher auch den Ausgangspunkt für die heranzuziehenden Sozialtheorien, mit deren Hilfe sich das geltende Recht – hoffentlich produktiv – irritieren lässt. Damit unterscheidet sich der „Einsatz“ von Interdisziplinarität von der Konzeption

151 *R. Stürner*, JZ 2012, 10 (11 f.).
152 *R. Stürner*, AcP 214 (2014), 7 (11 – 13).
153 *Grünberger*, in: Hähnchen (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?, 2020, S. 79 (100 – 102).
154 Der nachfolgende Abschnitt adaptiert *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 11 f.
155 *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (15).
156 Zu einer solchen Funktionsbeschreibung des Rechts *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 122 – 162.
157 *Grünberger*, AcP 219 (2019), 924 (930); vgl. auch *ders.*, Personale Gleichheit, 2013, S. 738 f.; 894 – 899.
158 *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 463.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Starks:[159] Während er interdisziplinäre Arbeit primär auf der Normebene („Rechtssatzbezug") verortet, wird sie in dieser Arbeit zunächst auf die Sachverhaltsebene angewendet, um komplexe Fälle der Gesellschaft zu verstehen.

Gleichzeitig wirken die Fälle auf die Dogmatik zurück: Immer komplexer werdende Gesellschaften „produzieren" komplexere Fälle, auf die die Rechtsdogmatik adäquate Antworten finden muss. Dazu ist es notwendig, den Fall zunächst zu verstehen; also zu begreifen, worin genau der soziale Konflikt liegt. Die Erkenntnis, dass sich Recht in Auseinandersetzung mit seinen Fällen weiterentwickelt, ist zwar nicht neu. Aber die soziologische Jurisprudenz nimmt diese Aussage ernst und zieht daraus die Konsequenz, sich auch in Nachbardisziplinen über Beschreibungsangebote von Fällen der Gesellschaft zu informieren. Dieses Erkenntnisinteresse bedeutet nicht, dass die Rechtswissenschaft neue sozialwissenschaftliche Erkenntnisse mithilfe sozialwissenschaftlicher Methoden zu erzeugen versucht. Es wird lediglich – aber immerhin – dafür plädiert, einen (auch) sozialwissenschaftlich geführten Diskurs im Recht nach dessen Vorgaben nachzuvollziehen, um das rechtliche Wissen zu vermehren.[160] Die Rechtswissenschaftler*in muss dafür nicht zwingend die eine vermeintlich „richtige" Beschreibung des sozialen Konfliktes finden.[161] Der responsiven Rechtswissenschaft genügt es, wenn ihr eine adäquate Beschreibung des Konflikts und deren Übersetzung in den juristischen Wissensbestand gelingt.[162]

„Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz kann sich nur in Auseinandersetzung mit den aktuellen Fällen der Gesellschaft etablieren."[163] Dies unternimmt diese Untersuchung in Auseinandersetzung mit dem Stadionverbotsfall.

159 *Stark*, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, 2020, S. 233 – 312.

160 *Rosenstock/Singelnstein/Boulanger*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 3 (7 – 9).

161 Das ist schon deshalb zu betonen, weil häufig sozialwissenschaftliche Beschreibungen nicht gegeneinander konkurrieren, sondern jeweils unterschiedliche Facetten eines Untersuchungsgegenstandes betonen.

162 Vgl. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 457 – 485 im Kontext der Grundrechtsinterpretation.

163 *Lomfeld*, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 1 (15).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Gang der Untersuchung

Das soeben entwickelte Methodenprogramm strukturiert – so wie es eine wissenschaftliche Methode leisten soll – damit gleichzeitig die Gedankenführung der Untersuchung. Im ersten Teil der Arbeit wird ein rechtstheoretischer Ausgangspunkt für die weitere Arbeit gesucht. In § 2 wird dazu dargelegt, dass im Stadionverbotsfall und den meisten anderen hier diskutierten Fällen der Gesellschaft der Vertrag die für eine Analyse und die rechtliche Beurteilung relevante Grundinstitution des Privatrechts ist. Die Kombination der Konzepte Funktionsanalyse, soziale Differenzierung (insbesondere funktionale Differenzierung) und Multilateralität von Privatrechtsinstitutionen ermöglicht es, innerhalb der (Privat-)Rechtstheorie einen Übersetzungsmechanismus für Sozialtheorien zu finden. In § 3 wird dann konkret eine Funktionsanalyse des Vertrages durchgeführt. Die privatrechtstheoretischen Konzeptionen von Verträgen folgen zwar nicht durchweg funktionalen Theorieangeboten. Allerdings lassen sich viele der aktuellen Beschreibungen von Verträgen als Vertragsfunktionen re-formulieren. Unter dieser Prämisse werden dann die bisher anerkannten oder jedenfalls diskutierten Vertragsfunktionen entlang des Paradigmas funktionaler Differenzierung geordnet und danach befragt, ob sie auf rechtstheoretischer Ebene adäquate Beschreibungen für das soziale Problem liefern, das dem Stadionverbotsbeschluss zugrunde liegt. Nach hier vertretener Ansicht können zwar die beiden „klassischen" Funktionen des Vertrages – Selbstbestimmungs- und Gerechtigkeitsfunktion – Beschreibungsversuche liefern. Ihre Vorannahmen und die von ihnen verwendeten Begriffe sind jedoch so abstrakt, dass sie auf fast jeden Sachverhalt angewendet werden können. Sie sind zwingend für eine Einzelanalyse zu re-spezifizieren. Diesen methodischen Weg wählt diese Untersuchung jedoch nicht, um sich nicht in Pfadabhängigkeiten klassischer Begriffe wie Selbstbestimmung oder Verteilungsgerechtigkeit zu begeben. Stattdessen wird methodisch in § 4 eine neue Funktion des Vertrages begründet: die Inklusionsfunktion. Das soziologische (hier: differenzierungstheoretische) Konzept der Inklusion erlaubt zunächst eine rechtstheoretische Begriffsweiterentwicklung. Mit seiner Hilfe kann jedoch bereits hier eine erste Konkretisierung der Begriffe der *gesellschaftlichen Bedeutung* einer Leistung bzw. der *Teilnahme am gesellschaftlichen Leben* gefunden werden.

Der zweite Teil der Untersuchung nimmt dann noch stärker als der erste Teil das soziale Umfeld des Zuschauervertrages im Stadionverbotsfall in den Blick. Damit wird von der gesellschaftlichen Makroebene in die

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Meso- und Mikroebene des Konfliktes hineingezoomt. Methodisch werden auch hier sozialtheoretische Begriffe und empirische Forschungsergebnisse herangezogen, um den sozialen Konflikt für die Rechtswissenschaft und das Recht beschreibbar zu machen. Daneben geht es hier um Konkretisierungsmöglichkeiten für die vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Begriffe der *sozialen Mächtigkeit* einer Privatrechtsakteur*in und der *einseitigen Entscheidungsmacht*. Dazu wird in § 5 generell und abstrakt vom Stadionverbotsfall aufgezeigt, dass im Privatrecht allgemein und mit Bezug zu Verträgen im Besonderen vielfältige Machtkonstellationen relevant werden. Ausgehend von unterschiedlichen Machtbegriffen wird für den Stadionkonflikt identifiziert, dass – möchte man den Konflikt machttheoretisch rekonstruieren – es sich um einen Fall modal-strukturbezogener Machtausübung handelt. Da der Machtbegriff jedoch amorph und für die Rechtsanwendung ambivalent ist, wird vorgeschlagen, ihn für die hier behandelten Fälle – spiegelbildlich zur Inklusionsfunktion des Vertrages – durch den Begriff der sozialen Exklusion zu ersetzen. Der Stadionverbotsfall kann dann auf einer gesellschaftlichen Makroebene als ein Fall sozialer Exklusion durch Organisationen beschrieben werden.

In § 6 wird genauer untersucht, wie es durch Stadionverbote zu sozialer Exklusion kommen kann. Dabei zeigt sich, dass der Konflikt um die Stadionverbote in einen viel größeren Konflikt innerhalb des Fußballsportsystems eingebettet ist, in dem der DFB und die Ultras um die Gestaltungs- und Deutungshoheit im Fußball streiten. Diese Konfliktlinie eskaliert in besonderem Maße bei Stadionverboten, weil dadurch die Ultras nicht nur aus dem physischen Ort des Stadions ausgeschlossen werden, sondern die Gefahr besteht, gänzlich aus der Ultragruppe herauszubrechen und aus dem Fußballsportsystem exkludiert zu werden.

In § 7 werden die Mechanismen untersucht, durch die die Exklusionswirkung von Stadionverboten stabilisiert werden kann. Aus der Sicht des Rechts ist hier relevant, dass Exklusionen nicht punktuell auftreten bzw. vom Einzelwillen eines einzelnen Privatrechtsakteurs getragen werden. Der Vertrag ist vielmehr in die soziale Ordnungsstruktur des DFB – eine private Ordnung – eingebettet, der u.a. über die Stadionverbotsrichtlinien private Regeln durch Verträge über den Bereich des Verbandes hinaus erstreckt. Zum Ende dieses Kapitels werden die Legitimationsdiskurse aufgegriffen, die in der Privatrechtstheorie über private Ordnungen geführt werden. Hier finden sich bemerkenswerterweise viele der vorher identifizierten Konfliktlinien des Stadionverbotskonfliktes wieder.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nachdem in den ersten beiden Teilen der Untersuchung die Sozialtheorien nach Beschreibungsangeboten des sozialen Konflikts befragt wurden (Transversalität), ist diese soziale Konstruktion im dritten Teil der Arbeit nun rechtsdogmatisch zu re-konstruieren. Unterschiedliche rechtliche Institute sind daraufhin zu befragen, inwieweit sie responsiv unter der Bedingung ihrer jeweiligen Eigennormativität den sozialen Konflikt verarbeiten können. Anders ausgedrückt: Welche rechtlichen Institute lassen sich produktiv durch die bisherigen Ergebnisse irritieren – sprich: weiterentwickeln? Um unterschiedliche Institute vergleichen zu können, werden als Analysekriterien Funktion, Struktur und Rechtsfolgen einzelner Institute gewählt.

§ 8 nimmt dazu den allgemeinen Kontrahierungszwang in den Blick. Im Privatrecht ist es insbesondere dieses spezielle Institut des Vertragsrechts, das Konflikte um Partizipation an Leistungsangeboten mit Vertragsbezug mediatisiert. Je nach Konzeption seiner Funktion und Struktur ist der (allgemeine) Kontrahierungszwang auch grundsätzlich dazu geeignet, auf soziale Exklusionen durch Vertragsverweigerungen zu reagieren. Allerdings passt die Rechtsfolge eines erzwingbaren Vertragsschlusses beispielsweise nicht im Fall des Stadionverbots. Der DFB und die Stadionbetreiber haben vielmehr ein legitimes Interesse daran, bestimmte Personen aus Sicherheitsgründen auszuschließen. Der Aspekt, dass hier der DFB an eine bloße Gruppenzugehörigkeiten anknüpft und (jedenfalls in der Vergangenheit) keine eigenen Nachforschungen anstellt(e), kann vom Kontrahierungszwang kaum verarbeitet werden. Für einen spezifischen Anwendungsfall des Kontrahierungszwangs hat sich jedoch dieses Institut ausdifferenziert: in den Aufnahmeanspruch sozial mächtiger Verbände. Hier hat die Rechtsdogmatik auch prozedurale Elemente entwickelt, die die hier aufgezeigten Schwächen des allgemeinen Kontrahierungszwanges ausgleichen können. Jedoch adressiert dieses Institut – wie der Name bereits vermuten lässt – nur eine spezielle Inklusionskonstellation bezüglich Verträgen, nämlich die Mitgliedschaft in einem Verband. Der Stadionverbotsfall steht paradigmatisch dafür, dass Organisationen mit Mitteln des Privatrechts nicht nur Exklusion über verweigerte Mitgliedschaften ausüben können. Der Fall zeigt, dass sie auch mit allgemeinen Verträgen Exklusionsmechanismen etablieren können.

Bereits die gleichheitsrechtliche Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges zeigt, dass Fragen von Gleichbehandlung auf der dogmatischen Ebene der hier diskutierten Fälle eine Rolle spielen können. In § 9 wird deshalb – ausgehend von spezifischen grundrechtstheoretischen

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Prämissen – untersucht, ob dem allgemeinen Gleichheitssatz Horizontalwirkung im Privatrecht zukommt. Dies wird nach hier vertretener These grundsätzlich bejaht. Erhebliche Probleme weist jedoch zum einen die dogmatische Konstruktion einer solchen Privatrechtswirkung auf, wobei sich die beiden dominierenden Modelle – das Tatbestands- und das Rechtfertigungsmodell – bei genauem Hinsehen weitgehend einander annähern. Zum anderen soll gezeigt werden, dass die im Verhältnis zum Staat anerkannte Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG generalisiert werden kann und diese der argumentative Anknüpfungspunkt ist, um dessen Wirkung auch im Privatrecht auf der Wertungsebene zu begründen. Der allgemeine Gleichheitssatz bildet dann eine (personale) Zugangsregel im Vertragsrecht, wenn es um Konstellationen sozialer Inklusion geht.

Das analytische Potential der Inklusionsfunktion des Vertrages und der anderen hier etablierten Begriffe soll in § 10 anhand weiterer aktueller Fälle der Gesellschaft auf die Probe gestellt werden. Die Fälle lassen sich dabei in die Kategorien Kommunikation im analogen Raum, Kommunikation im digitalen Raum sowie Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme einteilen. Zugleich geht es in diesem letzten Teil um eine Anwendung der hier vorgeschlagenen dogmatischen Weiterentwicklung von Art. 3 Abs. 1 GG. Damit wird auch die Frage beantwortet, auf welche Fälle der allgemeine Gleichheitssatz angewendet werden könnte bzw. sollte und welche Fälle auf anderem Wege dogmatisch gelöst werden sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erster Teil:
Transversalität I – Inklusion

§ 2 Stadionverbot und Vertragsrecht

Der Stadionverbotsfall – und andere hier diskutierte Fälle der Gesellschaft – weist neben einer hausrechtlichen Ebene zumindest auch eine vertragliche Komponente auf (I.). Dies bildet den Ausgangspunkt, um den Vertrag auf rechtstheoretischer Ebene sowohl als rechtliches Institut als auch als soziale Institution zu konzipieren. Das institutionelle Rechtsdenken bildet den geeigneten Anknüpfungspunkt, um außerrechtliches Wissen in das Recht zu überführen (II.). Eng mit der Konzeption des Vertrages als Institut bzw. Institution verknüpft ist die Beschreibung bzw. Analyse mittels Funktionen (III.). Dabei unterliegen die Vertragsfunktionen einem historischen Wandel, da sie abhängig von der jeweiligen Sozialstruktur der Gesellschaft sind (IV.). Eine Analyse der heutigen Vertragsfunktionen für die Gesellschaft bedarf daher einer modernen Konzeption der Gesellschaft, wofür sich der soziologische Begriff der sozialen Differenzierung eignet. Dabei soll auch gezeigt werden, dass ein modernes Verständnis von Institutionen die theoretische Brücke zu heutigen system- bzw. differenzierungstheoretischen Konzeptionen des Vertrages schlagen kann. Der Vertrag in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft kann dann als sozial multilaterales Rechtsinstitut beschrieben werden (V.).

I. Vertragliche Dimension des Stadionverbots

Ziel dieser Arbeit ist es, einen rechtstheoretischen Zugriff auf die Fälle der Gesellschaft zu erhalten, um den sozialen Konflikt, der ihnen zugrunde liegt, sichtbar und beschreibbar zu machen.[164] Dazu wählt diese Untersuchung das institutionelle Rechtsdenken. Eine Funktionsanalyse eines

164 Siehe oben § 1 II, III.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundinstituts des Privatrechts kann auf rechtstheoretischer Ebene Wissen aus anderen Sozialsystemen überführen. Grundinstitute des Privatrechts sind beispielsweise die Person, der Vertrag, das Eigentum oder das Delikt.[165] Betrachtet man den Stadionverbotsfall aus der Perspektive dieser Grundinstitute, ist allerdings nicht von vornherein klar, welches Institut im Fall des Stadionverbots – oder in anderen hier behandelten Fällen der Gesellschaft – den Schwerpunkt des sozialen Konflikts bildet und damit den rechtstheoretischen Ausgangspunkt einer Analyse bilden sollte. Da Stadionverbote rechtsdogmatisch Hausverbote sind, und damit einen Teil des Hausrechts bilden, liegt ein Zugang über das Eigentum bzw. den (berechtigten) Besitz nahe (1.). Im Stadionverbotsfall und auch in anderen Fällen der Gesellschaft ist jedoch das Hausrecht vertraglich überprägt, sodass hier die These entwickelt werden soll, dass der Vertrag den Schwerpunkt einer institutionellen Analyse bilden sollte (2.).

1. Das Hausrecht als Ausgangspunkt

Der Bundesgerichtshof und daran anknüpfend das Bundesverfassungsgericht lösen den sozialen Konflikt, der durch die Stadionverbote ausgelöst wird, über das Hausrecht.[166] In der Literatur ist dabei bis heute umstritten, in welchen privatrechtlichen Grundinstituten das Hausrecht dogmatisch verankert ist.[167] Einige sehen die Besitzschutzvorschriften alleine als Grundlage des Hausrechts an.[168] Andere sehen dagegen allein die eigentumsrechtlichen Vorschriften als relevant an.[169] Die Rechtsprechung – und mit ihr die herrschende Meinung – verortet das Hausrecht hingegen sowohl im Besitz als auch im Eigentum.[170] Das Hausrecht ist dabei ein besitz-

165 Ausführlich zum institutionellen Rechtsdenken und zur Konzeption des Vertrages als Institut und Institution siehe unten § 2 II.

166 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 36.

167 Zum Streitstand siehe *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 45 – 75.

168 So insbesondere *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 9 Rn. 14; die übergeordnete praktische Relevanz des Besitzschutzes gegenüber den eigentumsrechtlichen Ansprüchen betont *Hofmann*, JURA 2014, 141 (148).

169 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.1; die Bedeutung des Eigentums gegenüber dem Besitz betont *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 112 f.

170 *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 53; *Raff*, in: MüKo-BGB, § 1004 Rn. 25 f.; *Baldus*, JZ 2016, 449 (452).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

und eigentumsrechtliches raumbezogenes Rechtsinstitut.[171] Diese dogmatische Frage weist zunächst wenig Relevanz für diese Untersuchung auf. Das viel größere dogmatische Problem liegt in der Frage, ob das Hausrecht ein von den bürgerlich-rechtlichen Besitz- und Eigentumsschutznormen ausdifferenziertes Rechtsinstitut mit eigenständigem Aussagegehalt oder ein bloß dogmatisch-ordnender Begriff ist. Darauf wirken sich die dogmatischen Vorverständnisse des Hausrechts erheblich aus. Da sich diese Frage primär auf die Einschränkungen der Hausrechtsbefugnisse auswirkt, soll sie dort behandelt werden.[172]

a. Ausprägungen des Hausrechts

Das Stadionverbot ist rechtsdogmatisch betrachtet die Aussprache eines Hausverbots, wobei das Hausverbot eine privatautonome Ausübung des Hausrechts ist.[173] Zivilrechtliche Grundlage des Stadionverbots ist also das Hausrecht, wobei sich das Hausverbot auf ein Stadion oder, im Falle eines bundesweiten Stadionverbots, mehrere Stadien bezieht.[174] Dabei umschreibt das Hausrecht insbesondere die Befugnisse, die § 903 BGB einem Eigentümer zuweist: Es umfasst auch die Entscheidung, welche anderen Personen das eigene Grundstück o.ä. betreten dürfen bzw. an welche Vorgaben sie sich halten müssen.[175] Dazu kann die Hausrechtsinhaber*in eine Hausordnung aufstellen, in der diese Vorgaben festgehalten werden.[176] Diese Hausordnung wird im Kontext von Fußballstadien auch Stadionordnung genannt.[177] Die Inhaber*in des Hausrechts kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, wem sie Zutritt zu dem Ort gestattet; dies schließt das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhal-

171 Zu den historischen Ursprüngen und zu unserem heutigen raumbezogenen Begriffsverständnis *von Bressensdorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 25 – 44.
172 Siehe dazu unten § 2 I 2.
173 *Breucker*, JR 2005, 133 (133); *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 40, 71 f.; prozessual zum Feststellungsinteresse bei Hausverboten siehe BGH, Urt. v. 17.06.2016, V ZR 272/15.
174 *Breucker*, JR 2005, 133 (133); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (196).
175 *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 112.
176 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 119 f.
177 Vgl. *Holzhäuser/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 59); *Becker*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 2016, S 16 Rn. 354.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung dieser Zwecke mittels Hausverbot durchzusetzen.[178] Das Hausrecht als besitz- und eigentumsrechtliches Ausschließungsrecht ist damit eine Ausprägung des Besitzes und des Eigentums als individuelles Herrschaftsrecht:[179] Da Besitz und Eigentum einer Person exklusiv zugeordnet werden, kann diese Person privatautonom darüber entscheiden, für welche Zwecke das Grundstück genutzt werden soll und welche Dritte Zugang dazu erhalten.

b. Beschränkungen des Hausrechts

Die privatautonome Ausschließungsbefugnis hat jedoch vielfältige Beschränkungen erfahren. Welchen Einschränkungen eine Hausrechtsinhaber*in in diesem Sinne unterliegt, hängt maßgeblich von der dogmatischen Konzeption des Hausrechts ab. Darüber ist in der jüngeren Vergangenheit, teilweise ausgelöst durch einige der oben angesprochenen Fälle der Gesellschaft, wieder Streit ausgebrochen.[180] Geht man von der Konzeption des BGB aus, ist dort das Hausrecht nicht unmittelbar verankert. Auf diesen Befund stützt sich ein Diskursstrang, der im Hausrecht kein Rechtsinstitut mit einem eigenständigen normativen Aussagegehalt sieht: Dem Hausrecht könne kein eigenständiger dogmatischer Gehalt beigemessen werden, sondern es sei lediglich eine Umschreibung der Gesamtheit von Befugnissen, die der Hausrechtsinaber*in aufgrund des Eigentums- bzw. Besitzsrechts

178 St. Rspr. beginnend bei BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 7; dann weiter BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 11; weiter BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 8 (dort mit dem Hinweis auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG und die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie); diese Rechtsprechungslinie ist jedoch schon älter wie BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt* = BGHZ 124, 39 sowie BGH, Urt. v. 13.07.1979, I ZR 138/77 – *Apotheke* = BGH, NJW 1980, 700 zeigen; zusammenfassend *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 53.

179 Vgl. dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 24 Rn. 5; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 91 – 119; *Wielsch*, ZRSoz 2018, 304 (310 – 315).

180 *Schulze*, JZ 2015, 381; dagegen die Erwiderung von *Baldus*, JZ 2016, 449; diesen Streit als ausdrücklichen Ausgangspunkt seiner Monographie nimmt *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 20 f. Die Deutlichkeit mit der dieser Streit geführt wird, zeigt sich u.a. darin, dass bei *von Bressendorf* das Hausrecht mit Anführungszeichen versehen wird, und dass vereinzelte Kommentierungen auf eine gesonderte Bearbeitung des „Hausrechts" ausdrücklich verzichten, so z.B. bei *Thole*, in: Staudinger BGB, 2019, § 1004 Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

zukommen.[181] Das Hausrecht sei damit ein lediglich typologisch-ordnender Begriff.[182] Nach dieser Konzeption sei das Hausrecht nicht mehr oder etwas anderes als seine Grundlagen, also für das private Hausrecht die aus Eigentum oder berechtigtem Besitz resultierenden Ansprüche. In aller Deutlichkeit: „Es gibt *kein* Hausrecht als eigenständiges Institut, sondern nur Befugnisse, die aus anderen, typischer-, aber nicht notwendigerweise sachenrechtlichen Positionen fließen."[183]

Die Rechtmäßigkeit eines Hausverbots – oder anders: die rechtlich zulässigen Möglichkeiten der Hausrechtsinhaber*in, eine Person von ihrem Grundstück auszuschließen – richten sich dann dogmatisch nach den Tatbestandsvoraussetzungen der sachenrechtlichen Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 1004 Abs. 1 BGB und § 862 Abs. 1 BGB. Für den petitorischen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB heißt das, dass derjenige, der sich gegen den Willen des Eigentümers auf dessen Grundstück aufhält, fremdes Eigentum beeinträchtigt. Solange der Eigentümer keiner Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB unterliegt, kann er die Person von seinem Grundstück verweisen.[184] Dies gilt vergleichbar für § 862 Abs. 1 BGB, jedoch mit dem wichtigen Unterschied, dass beim possessorischen Anspruch keine Duldungspflichten berücksichtigt werden; eine ggf. zunächst erteilte Einwilligung kann frei widerrufen werden.[185]

Die Rechtsprechung des BGH unterscheidet bei der Rechtmäßigkeit eines Hausverbots nicht zwischen diesen Anspruchsgrundlagen.[186] Vielmehr definiert sie das Hausrecht nicht klar und behandelt es methodisch wie ein eigenständiges nicht kodifiziertes Recht(sinstitut).[187] Der BGH entwickelte in seiner Rechtsprechungslinie[188] zum Hausrecht seine Beschränkungen als eigenständige dogmatische Kategorie heraus. Dabei wurden bereits im Fall

181 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83 f.; *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (196).

182 So die zentrale These bei *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 65 – 76.

183 *Raff*, in: MüKo-BGB, § 1004 Rn. 26 (Hervorhebung im Original).

184 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83 – 83.2.

185 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146 – 148); so auch das zentrale Argument von *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 9 Rn. 14 für das Hausrecht als Besitzinstitut; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 858 Rn. 7: Vertragliche Zusagen entfalten keine Bindungswirkung.

186 Siehe dazu die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten sowie oben Fn. 178.

187 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (142, 146); *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 145; *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (722).

188 Einen Überblick über die vielfältigen Fälle, die das Hausrecht betreffen und die dogmatische Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH gibt *Schulze*, JZ 2015, 381 (383 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fraport drei Kategorien der Einschränkung entwickelt: (1.) Einschränkung durch den öffentlich-rechtlich vorgegebenen Kontrahierungszwang (hier: für Verkehrsflughäfen)[189], (2.) Einschränkung durch den Topos der Öffnung für die Allgemeinheit[190] sowie (3.) Einschränkungen durch Grundrechte[191]. Durch die Wellnesshotelentscheidung kamen dann noch (4.) Einschränkungen durch das AGG[192] sowie (5.) vertragliche Bindungen[193] hinzu. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Kategorien hat die Kommentarliteratur weitgehend nachgezeichnet und übernommen.[194]

Vergleicht man beide Konzeptionen miteinander, so ergeben sich zwischen der Konzeption eines eigenständigen Rechtsinstituts und den Tatbestandsvoraussetzungen von § 1004 Abs. 1 BGB grundsätzlich[195] keine Unterschiede: Alle von der Rechtsprechung angeführten Beschränkungen der privatautonomen Ausschließungsbefugnis können dogmatisch als Duldungspflichten nach § 1004 Abs. 2 BGB re-formuliert werden.[196] Unterschiede bestehen jedoch hinsichtlich der possessorischen Besitzschutzansprüche, da diese grundsätzlich keine Duldungspflichten kennen.[197] Dieser Unterschied und die dahinterstehenden Wertungen zeigen sich deutlich, wenn man sich die – faktisch wie rechtlich – vertragliche Überprägung des Hausrechts vergegenwärtigt.

189 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8.

190 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt* = BGHZ 124, 39.

191 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 11 – 22 (dort: Art. 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GG).

192 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 9.

193 So in BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 10 – 18; vgl. dort auch die deutliche Unterscheidung zwischen vertraglichen Einschränkungen (Rn. 20) und „sonstigen Gründen" (Rn. 21 f.).

194 Überblick bei *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 34 – 58 und *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 124 – 214; kritisch dazu *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 141 – 210; nur Teile davon greifen *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (722 – 725) auf.

195 Allerdings ist die Konzeption eines eigenständigen Rechtsinstituts eher dafür geeignet, Konkretisierungen durch Rechtsfortbildung zu etablieren, die so im Gesetzestext nicht angelegt sind, was die Konzeption der Rechtsprechung erklären könnte.

196 Im Kontext der Stadionverbote *Breucker,* JR 2015, 133 (135 f.).

197 *Gutzeit*, in: Staudinger BGB, 2018, § 862 Rn. 2, der dort auch darauf hinweist, dass die notstands- und nachbarschaftsrechtlichen Duldungspflichten teilweise auch auf den possessorischen Besitzschutz ausgedehnt werden. Eine solche Ausweitung fehlt für hausrechtliche Kontexte.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Vertragliche Überprägung des Hausrechts bei kommerzieller Nutzung

Das Hausrecht – unabhängig davon, welcher dogmatischen Konzeption man folgen mag – wird in der sozialen Realität mehr und mehr durch Verträge überprägt, was sich auch in der Dogmatik des Hausrechts widerspiegelt. Diese Überprägung lässt sich besonders deutlich am Beispiel der Stadionverbote veranschaulichen und offenbart die vertragliche wie vertragsrechtliche Dimension[198] des Stadionverbotsfalls.

Um befugten Zugang zu einem Stadion zu erhalten, um also Zugang zum Grundstück zu erlangen, muss man in der Regel ein Ticket erwerben. „Kauft" man sich ein Ticket für ein Fußballspiel, ist dies ein Werkvertrag nach § 631 BGB zwischen dem Veranstalter und dem Ticketerwerber. Geschuldetes Werk ist der Zutritt zum Stadion, ggf. die Sitzplatzzuweisung (wobei die Gebrauchsgewährung des Sitzplatzes, § 535 BGB, nur unselbstständiger Teil der werkvertraglichen Leistung ist) und die Durchführung des Fußballspiels.[199] Typologisch handelt es sich um einen Zuschauervertrag.[200] Die Tickets sind als Wertpapiere zu qualifizieren: Unpersonalisierte Tickets sind Inhaberpapiere, während personalisierte Tickets, insbesondere in elektronischer Form, als Namenspapiere eingeordnet werden.[201] Die Bedeutung des Zuschauervertrages wird im Stadionverbotsfall dadurch deutlich, dass der klagende Fan im Stadionverbotsfall u.a. deshalb seine Klage im Berufungsverfahren weiterverfolgt hat, weil er seine Dauerkarten zurückerlangen wollte, während sich das Stadionverbot als Hausverbot bereits durch Zeitablauf erledigt hatte.[202]

Darüber hinaus werden regelmäßig die Verhaltensregeln für Zuschauer*innen nicht nur in einer Stadionordnung (Hausordnung als Ausprägung des Hausrechts) festgehalten, sondern in der Praxis werden auch die wichtigsten Verhaltensregeln für Zuschauer*innen im Stadion, die grundsätz-

198 Eine vertragliche bzw. schuldrechtliche Komponente in den Hausrechtsfällen identifiziert auch *Hofmann*, JURA 2014, 141 (141); diesen Umstand verkennt *Bauermeister*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 51 (71), die deshalb die Fälle *Stadionverbot* und *Facebook* für nicht vergleichbar hält.

199 *Holzhäuser/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 22); AG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.04.2006 – 31 C 3120/05.

200 Zum Zuschauervertrag *Schulze*, JURA 2011, 481.

201 Ausführlich dazu *Holzhäuser/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 23 – 32); *Breucker*, JR 2015, 133 (137); siehe auch für Eintrittskarten für eine Therme BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 9 – 12.

202 Vgl. BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich auch in der jeweiligen Stadionordnung bzw. in anderen Regelungen, wie z.B. den Stadionverbotsrichtlinien (SVRL), festgelegt werden, in den Ticket-AGB geregelt:[203] „Typischerweise werden daher die bedeutendsten ordnungs- und sicherheitsrelevanten Regelungen, zu deren Einhaltung die Vereine teilweise auch verbandsrechtlich gemäß den DFB-Richtlinien zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesspielen (insbesondere §§ 17 ff. der Richtlinie) verpflichtet sind, durch eine Inkorporation in die AGB in das Vertragsverhältnis zwischen Veranstalter und Kunden mit einbezogen."[204] Regelmäßig werden auch dezidierte Regelungen zum Zutrittsrecht getroffen und ein beispielhafter Katalog von Verhaltensanforderungen sowie die unmittelbaren und mittelbaren Sanktionen (worunter auch Stadionverbote fallen) aufgeführt.[205] Insbesondere bei Dauerkarten (Dauerschuldverhältnis) wird in der Praxis ausdrücklich geregelt, dass die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 Abs. 1 BGB für beiden Seiten stets zulässig ist; für den Verein werden dabei besonders wichtige Kündigungsgründe definiert, insbesondere auch in Fällen von Stadionverboten.[206] Zieht man beispielsweise die ATGB[207] des MSV Duisburg heran, so wurde dies „mustergültig" umgesetzt: In 10.7 der ATGB werden spezielle Verhaltensregeln für Zuschauer*innen („ungebührliches Verhalten") festgelegt und in 10.10 der ATGB werden örtliche und bundesweite Stadionverbote als mögliche Sanktionen – auch mit Verweis auf die SVRL – genannt. In 3.2 der ATGB des MSV Duisburg ist der wichtige Grund für eine Kündigung dahingehend konkretisiert, dass dieser insbesondere dann vorliegt, wenn der MSV dazu berechtigt ist, ein Stadionverbot nach 10.10 der ATGB aussprechen.

Diese vertraglichen Dimensionen werden auch in der Dogmatik des Hausrechts aufgegriffen. Dies zeigt sich zunächst bei den vertraglichen Einschränkungen des Hausrechts: Wird der Zugang zu einem Grundstück aufgrund eines Vertrages gewährt und wird ein solcher Vertrag – beispielsweise ein Zuschauervertrag bei Fußballstadien oder ein Beherbergungsvertrag

203 Zum dogmatischen Verhältnis von ATGB zur Stadionordnung siehe *Becker*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, Veranstaltungsrecht (S 16), Rn. 354 – 354c.

204 *Holzhäuser/Karlin*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 59).

205 Siehe *Holzhäuser/Karlin*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 59a), die ausdrücklich empfehlen, die Regelungen zu Stadionverboten mit Bezug zu den SVRL in den Ticket-AGB zu regeln.

206 *Holzhäuser/Karlin*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 62b).

207 ATGB Stand Mai 2021, online abrufbar unter https://www.msv-duisburg.de/aktuelles/tickets/atgb/.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

bei einem (Wellness-)Hotel – geschlossen, so beschränkt die Rechtsprechung grundsätzlich die Ausübung des Hausrechts aufgrund vertraglicher Bindungen.[208] Nach anderer dogmatischer Konzeption liegt aufgrund der schuldrechtlichen Bindung eine Duldungspflicht des Eigentümers vor.[209] Der Vertrag nimmt dann faktisch eine „eigenartige Doppelfunktion" ein:[210] Die Gestattung von Zutritt und Aufenthalt kann grundsätzlich in zwei Handlungsformen erfolgen: durch Rechtsgeschäft oder tatsächliche Einwilligung. Wird der Zugang über einen Vertrag gestattet, so liegt darin in der Regel auch eine konkludent erteilte tatsächliche (sachenrechtliche) Gestattung.[211] Er ist sowohl schuldrechtliches Grundgeschäft als auch – durch die konkludente Gestattung – Teil der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB, da die Gewährung des Zugangs Teil der vertraglichen Pflicht ist; die Erfüllung erfolgt dogmatisch in Form einer sachenrechtlichen Gestattung.

Allerdings bedeutet der Umstand, dass ein Vertrag geschlossen worden ist, nicht zwingend, dass auch die Ausschließungsbefugnis aus dem Hausrecht eingeschränkt wird. Denn der BGH geht bezüglich der Einschränkungen durch vertragliche Bindungen uneinheitlich vor: Während im Stadionverbotsfall die Dauerkarte keinen relevanten Grund für die Einschränkung des Hausverbots bildete,[212] war die eingegangene Vertragsbeziehung im Wellnesshotelfall der Grund, warum das Hausverbot jedenfalls für den Vertragszeitraum unwirksam war.[213] Dogmatisch lassen sich diese beiden unterschiedlichen Ergebnisse auf vertragsrechtlicher Ebene erklären. Sowohl ein Zuschauervertrag – zumindest als Dauerkarte – als auch ein Beherbergungsvertrag sind Dauerschuldverhältnisse, sodass sie nach § 314 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden können. Die Frage nach einer Einschränkung des Hausrechts bzw. dem Vorliegen einer Duldungspflicht verschiebt sich damit auf die Ebene des Vertragsrechts.[214] An

208 Deutlich bei BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 10 – 18.

209 *Thole*, in: Staudinger BGB, 2019, § 1004 Rn. 543; *Ebbing*, in: Erman BGB, § 1004 Rn. 45.

210 Ausführlich *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 113 – 119.

211 Vgl. zur Abgrenzung von vorheriger Zustimmung, Gestattung und Anspruch auf Gestattung in vertraglichen Kontexten *Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 858 Rn. 7 f.

212 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 14: „Dabei ist es entgegen der Auffassung der Revision ohne Bedeutung, ob der von dem Ausschluss Betroffene in vertraglichen Beziehungen zu dem Hausrechtsinhaber steht oder nicht."

213 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel,* Rn. 7, 10 – 18.

214 So ausdrücklich *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.2; dogmatisch noch präziser *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (725): Einordnung in schuldrechtliche Vertragsaufhebungs- oder Leistungsverweigerungsrechte; auch BGH, Urt. v.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dieser Stelle wird es jedoch für die Stadionverbote zirkulär: Der wichtige Grund für die Kündigung des Zuschauervertrags wird darin gesehen, dass der Stadionbetreiber ein Stadionverbot, also ein Hausverbot, ausgesprochen hat.[215] Damit muss die relevante Wertung auf einer anderen Ebene liegen, nämlich auf einer genuin vertraglichen: Dogmatisch muss innerhalb § 314 Abs. 1 BGB eigenständig abgewogen werden, ob ein Kündigungsgrund vorliegt und damit ein Hausverbot auch für die eigentliche Dauer des Schuldverhältnisses möglich ist. Anknüpfungspunkt ist dann genau genommen nicht die Aussprache des Hausverbots, sondern unmittelbar das – möglicherweise gewaltsame – Verhalten der Stadionbesucher*in, welches auch für die Aussprache des Hausverbots herangezogen wird.[216]

Genau an dieser Stelle wird der dogmatische Streit um das privatrechtliche Hausrecht relevant: Der Anspruch nach § 862 Abs. 1 BGB weist keine Einschränkungen aufgrund eines Vertrages auf.[217] Die Frage der Wechselwirkung zwischen Vertrag und Hausrecht stellt sich damit nur für den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB. Diejenigen, die das Hausrecht lediglich als die Summe dieser Anspruchsgrundlagen konzipieren, sehen darin kein Problem: *Von Bressendorf* beispielsweise löst das Verhältnis dogmatisch über die klare Unterscheidung von petitorischen und possessorischen Ansprüchen und ihr Verhältnis zu einem bestehenden Vertrag. Sein Ergebnis: „Besitzschutz und rechtsgeschäftliche Bindungen laufen daher nicht parallel: Das Besitzschutzrecht gewährt dem Besitzer Befugnisse, die er so ausüben kann, dass er die Grenzen dessen überschreitet, was er dem Störer rechtsgeschäftlich versprochen hat. Dabei handelt es sich aber nicht etwa um einen Fehler im System, der eine Korrektur benötigt. Vielmehr ist die Unabhängigkeit des Besitzschutzes von der materiellen Rechtslage die Quintessenz dessen, was §§ 858 ff. BGB zu erreichen versucht [sic]."[218] Diese „Quintessenz" sieht er in der Wahrung des allgemeinen Rechtsfriedens durch gerichtliche Rechtsverfolgung.[219]

09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 12 f. prüft, ob das Hausverbot für die Zeit des Vertragsverhältnisses als Anfechtungs- oder Kündigungserklärung zu werten ist.

215 *Breucker*, JR 2005, 133 (137); ähnlich auch *Becker*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht, UWG, Veranstaltungsschutzrecht (S 16), Rn. 62.

216 So auch *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (198): „sicherheitsbeeinträchtigende Umstände, die zum Stadionverbot führen können".

217 Siehe oben § 2 I 1 b.

218 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 147.

219 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 147.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Für *von Bressendorf* ist damit das Verhältnis von Hausrecht und Vertragsrecht klar durch die dogmatische Trennung zwischen possessorischen und petitorischen Ansprüchen vorgegeben. Allerdings – und hier können nur Vermutungen angestellt werden – ist es exakt diese Asymmetrie, die den BGH dazu veranlasst hat, eine Prüfung eines Hausverbots im „luftleeren Raum" anzustellen. Der Gedanke dahinter ist dieser: Die dogmatische Struktur des BGB in Bezug auf das Hausrecht, also die Unterscheidung von possessorischen und petitorischen Ansprüchen, mag bis vor einigen Jahrzehnten soziale Probleme überzeugend adressiert haben. Solange diese Vorschriften auf Fälle angewendet wurden, in denen unerwünschte Personen von privat genutzten Grundstücken entfernt bzw. ferngehalten werden sollten, bildet die Asymmetrie[220] interessengerechte Lösungen. Die hier behandelten Fälle entsprechen jedoch nicht diesem Typus von Fällen: Im Vordergrund steht die kommerzielle Nutzung des (Grund-)Eigentums bzw. Besitzes. Wie *von Bressendorf* zutreffend ausführt, ist es gerade die Ausschließungsbefugnis, die aus den Vorschriften des BGB folgt, welche eine effiziente ökonomische Verwertung von Grundeigentum und -besitz erst ermöglicht. Die Ausschließungsbefugnisse sind es, die eine Nutzung für Dritte durch Verträge ermöglichen: „In vielen Fällen macht der Hausrechtsinhaber die Zahlung eines Entgelts zur (Vor-)Bedingung der Gestattung von Zutritt und Aufenthalt, wenn er auf der betreffenden Fläche weitere Leistungen erbringt, z.B. Konzerte, Sportveranstaltungen, Lesungen, Theaterstücke oder Ausstellungen. Nur diejenigen, die zahlen, erlangen Zutritt und so die Gelegenheit, die Leistung wahrzunehmen. Insoweit fungiert das ‚Hausrecht' als ‚Bezahlschranke' und erleichtert eine effektive Güterkommerzialisierung. […] Auf den Genuss des abgeschotteten Guts gerichtete Verträge, [sic] sind dabei durch Werk-, Miet- und Dienstvertragselemente geprägt und umfassen die Pflicht, Zutritt zu verschaffen und Aufenthalt zu gewähren."[221]

Damit entzieht jedoch die Inhaber*in des Hausrechts das jeweilige Grundstück einer genuin privaten Sphäre; durch die kommerziell-ökonomische Nutzung des Grundstücks partizipieren nun auch andere Personen daran. Das Grundstück wird in eine (auch) öffentliche Sphäre überführt. In solchen sozialen (präziser: ökonomischen) Kontexten passt jedoch die der

220 Die Asymmetrie übersehen insbesondere diejenigen, die das Hausrecht lediglich im Eigentum verankern, sodass nur § 1004 Abs. 1 BGB betrachtet wird, z.B. deutlich bei *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.1 f.

221 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Asymmetrie von possessorischen und petitorischen Ansprüchen zugrunde liegende Wertung nicht mehr: Hier geht es nicht um Fragen des Rechtsfriedens, sondern um die Partizipation an einem ökonomischen Angebot. In diesem Kontext kann auch der Ansatz von *Schulze* gesehen werden. Wenn er versucht, die jüngeren Entscheidungen zum Hausrecht mit einem Schutzrecht für die Gebrauchsnutzung von Räumen zu beschreiben, dann adressiert er genau diese unterschiedlichen kommerziellen Kontexte.[222] Der Ansatz der Rechtsprechung kann also als Versuch gesehen werden, den neuen sozialen Kontexten des Hausrechts gerecht zu werden. Die Diskussion zeigt, dass es diese neuen kommerziellen Kontexte sind, die das Recht vor Herausforderungen stellt. Wenn sich aber die kommerzielle Dimension dieser Fälle der Gesellschaft insbesondere durch eine Verwertung durch Verträge auszeichnet, dann zeigt auch dieser Gedankenstrang, dass das Eigentum in diesen Fällen in den Hintergrund rückt und den Vertrag als relevantes Institut hervorscheinen lässt.

Die These, dass im Stadionverbotsfall primär an der vertraglichen Dimension für eine (rechtstheoretische) Analyse angeknüpft werden sollte, soll mit einem letzten Argument weiter verstärkt werden. Dafür muss der Sachverhalt der Stadionverbotsentscheidung leicht verändert werden: Im Kern geht es in dieser Entscheidung um eine Einrichtung, zu deren Zugang ein Nutzungsvertrag abgeschlossen werden muss. Das Hausrecht wird nur dann relevant, wenn bereits ein Nutzungsvertrag geschlossen worden ist. Mit dem Hausrecht kann das Recht aber nur die Frage nach dem Ausschluss an dieser Einrichtung beantworten, wenn dieser Vertrag bereits geschlossen worden ist. Die gleiche Frage – jedenfalls wertungstechnisch – stellt sich jedoch bereits vor Vertragsschluss bzw. nach einer erstmaligen Kündigung des Zuschauervertrages: Ist der Hausrechtsinhaber dazu verpflichtet, einen solchen Vertrag abzuschließen?[223] Damit angesprochen ist das Institut des Kontrahierungszwangs, also ein Privatrechtsinstitut, das sich unmittelbar auf den Vertrag bezieht.

---

222 *Schulze*, JZ 2015, 381 (385 – 391).

223 So auch *Staake*, SpuRt 2018, 138 (142 f.); *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht", 2020, S. 177; *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (689) bezüglich des Wellneshotelfalls; *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146): „Wenn also eine Person ohne entsprechende vertragliche Berechtigung Einlass zu einer solchen Einrichtung verlangt, steht hierbei nicht die (eindeutige) Reichweite des Hausrechts in Rede, sondern vielmehr die Frage nach einem möglichen Kontrahierungszwang." Ähnlich auch *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 56: Einschränkungen des Hausrechts nur dann sinnvoll, wenn ein Kontrahierungszwang angenommen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Den engen Zusammenhang von Stadionverboten und dem Kontrahierungszwang als auf das Grundinstitut Vertrag bezogenes Rechtsinstitut zeigen *Orth/Schiffbauer* auf. Sie bezeichnen das Stadionverbot als Durchbrechung eines Kontrahierungszwangs:[224] Sie überrascht es, dass über Stadionverbote so intensiv diskutiert wird. Denn es sei gerade Ausfluss der Privatautonomie, sich nicht für den Ausschluss bestimmter Personen zu rechtfertigen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn Stadionbetreiber einem Kontrahierungszwang unterlägen, also die Betreiber nicht frei darüber entscheiden können, wen sie in ihr Stadion lassen. Mit anderen Worten: dass sie nicht frei in ihrer Entscheidung sind, mit wem sie einen Stadionbenutzungs- bzw. Zuschauervertrag schließen.[225] Die Beschränkungen des Hausrechts, insbesondere bei der Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr, müssten also sowohl für das Hausrecht als auch für die vertraglich angebotenen Leistungen gelten.[226] Denn die Einschränkungen des Hausrechts sind nur dann sinnvoll, wenn auch das vertragliche Angebot als bindend betrachtet wird und im Ergebnis ein Kontrahierungszwang oder andere Beschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit angenommen werden. Der Ausschluss wird in Fällen eines vertraglichen Leistungsangebotes nicht durch das Betreten eines Grundstückes behoben, sondern erst dann, wenn der ausgeschlossenen Person die gleichen vertraglichen Leistungen angeboten werden wie anderen Personen.[227]

Damit wird deutlich, dass im Stadionverbotsfall der Vertrag das relevante Grundinstitut ist.[228] Das Hausrecht – wie auch immer man es dogmatisch konzipieren mag – bzw. die vorgelagerte besitz- und eigentumsrechtliche Zuordnung eines Grundstücks zu einer konkreten Person und die damit verbundene Ausschließungsbefugnis sind „nur" die Gründe, warum hier überhaupt Verträge geschlossen werden. Aus der Sicht derjenigen, die durch das Hausrecht ausgeschlossen wurden, ist es nicht das physische

224 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (179 – 181).
225 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (180).
226 *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 55.
227 So auch *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 56, jedoch mit Zurückhaltung, weil der Kontrahierungszwang dem Privatrecht „an sich fremd" sei.
228 Das schließt nicht aus, dass es auch genuine soziale Konflikte gibt, die ausschließlich das Hausrecht, und somit das Eigentum betreffen. Dies zeigen die Fälle *Fraport* und *Bierdosenflashmob*. Diese Unterscheidung zwischen Zugangssituationen bzw. Nutzungskonflikten im öffentlichen Raum, ohne dass ein Vertrag den Zugang regelt und solchen Situationen, deren Zugang durch Vertrag ausgestaltet ist, wird uns im rechtsdogmatischen Panorama nochmals begegnen, siehe dazu unten § 10 I 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundstück als solches, das für sie interessant ist. Es ist die Dienstleistung – die Veranstaltung –, die mit diesem Grundstück verbunden ist, an der sie partizipieren wollen.[229] Diese Dienstleistung wird aber durch den Vertrag repräsentiert, nicht durch das Hausrecht. Dies wird auch die unten unternommene ökonomische Funktionsanalyse des Vertrages bestätigen: Innerhalb der Marktwirtschaft ist das Eigentum nicht das Institut, durch das primär bzw. ausschließlich ein Gegenstand wirtschaftlich genutzt bzw. verwertet wird. Dazu steht in der Marktwirtschaft der Vertrag zur Verfügung:[230] *„Contract is a universal institution of commercial societies, necessary to all forms of commerce."*[231] Deutlich wird hier auch eine allmähliche Erosion der strikten Trennung von Vertrag und Eigentum innerhalb der Privatrechtstheorie.[232] Dass diese Untersuchung den Fokus auf den Vertrag und nicht auf das raumbezogene Hausrecht legt, hat noch eine erkenntnisbezogene Dimension: Die Perspektive des Grundinstituts des Vertrages ermöglicht eine gemeinsame Betrachtung von Fällen der Gesellschaft mit physischem Raumbezug (*Wellnesshotel*, *Stadionverbot* oder *Therme*) und solchen, in denen keine[233] oder nur eine wenig relevante Raumdimension vorliegt (*Facebook*). Zudem können die Besonderheiten dieser Fälle mit Vertragsbezug zu denen herausgearbeitet werden, welche lediglich eine hausrechtliche Dimension aufweisen (*Fraport* und *Bierdosenflashmob*).

3. Grenzen der AGB-Kontrolle

Falls man, wie hier vorgeschlagen, den Vertrag als das primär relevante Grundinstitut des Privatrechts ansieht, könnte man zunächst an die AGB-Kontrolle als ein unmittelbar auf Verträge bezogenes Rechtsinstitut denken, um den Konflikt im Stadionverbotsfall zu mediatisieren. Insbesondere wenn die Ausschlussbefugnis in den AGB eines Zuschauervertrages festgehalten wird, könnten die Interessen der Fußballfans auf Zugang zum Stadion dadurch gewährleistet werden, indem die AGB-Klausel für unwirksam

229 Ähnlich wie hier *Staake*, SpuRT 2018, 138 (142).
230 Zu den ökonomischen Funktionen des Vertrages siehe ausführlich unten § 3 IV.
231 *MacCormick*, Institutions of Law, 2007, S. 231.
232 Siehe dazu *J. Hoffmann*, ERCL 2021, 142; vgl. auch zu einem Übergang der Paradigmen im privatrechtlichen Denken von einem „Haben zum Nutzen" *Schmidt-Kessel*, in: Beyer et al. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, 2020, S. 9 (11 – 21).
233 Zur Diskussion um ein „virtuelles Hausrecht" siehe unten im Kontext des Facebook-Falls § 10 II 1 (Fn. 70 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erklärt wird, die den Stadionbetreiber zu einem Ausschluss berechtigt. So könnte aus der Sicht der Fußballfans der Vertrag seinen Zweck erfüllen. Allerdings kommt die AGB-Kontrolle in zweierlei Hinsicht an ihre Grenzen: Zunächst kann die AGB-Kontrolle nur dazu führen, dass einzelne Vertragsklauseln unwirksam sind; sie kann nicht dazu führen, dass unmittelbar durch sie ein Vertrag gewährt wird. Sie setzt für zukünftige Verträge „nur" Anreize dazu, Verträge mit exkludierenden Klauseln nicht mehr zu stellen. Sie versagt also für solche Konstellationen, in denen von vornherein ein Vertrag begehrt wird.

Weiterhin – und dieser Aspekt ist gravierender – würde eine Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 307 BGB erfolgen, weil kein Tatbestand der §§ 308, 309 BGB einschlägig ist. Bei § 307 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Generalklausel. Die Norm bildet mit dem Begriff der unangemessenen Benachteiligung das „normative Herzstück" der AGB-Kontrolle.[234] Die Norm ist innerhalb der Inhaltskontrolle ein Auffangtatbestand[235] und als Generalklausel wertausfüllungsbedürftig.[236] Dabei können Generalklauseln insbesondere durch das eigene interne (Maßstabs-)System und durch externe (Maßstabs-)Systeme ausgefüllt werden.[237] Der Gesetzgeber hat selbst § 307 Abs. 1 BGB nicht nur durch §§ 308, 309 BGB, sondern auch durch § 307 Abs. 2 BGB konkretisiert, sodass der Wertungsfreiraum zunehmend verengt wird. § 307 Abs. 2 ist zwar selbst noch generalklauselartig, aber er gibt für die Rechtsanwendung bestimmte Richtpunkte und Maßstäbe vor[238] und knüpft dabei an frühere in der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen an.[239] § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasst die Fälle, in denen für eine Klauselthematik eine sonst einschlägige gesetzliche Regelung existiert, von der durch AGB abgewichen wird; man spricht von einer „Leitbildfunktion des dispositiven Rechts".[240] Dabei können nicht nur Vorschriften des dispositiven gesetzlichen Vertragsrechts, sondern auch vertragsrechtliche

234 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 1, 54.
235 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 54.
236 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 54.
237 Ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen der Konkretisierung von Generalklauseln *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 144 – 177; zum „Auslegungsdilemma" von § 307 Abs. 1 BGB siehe *Renner*, AcP 213 (2013), 677 (679 – 681).
238 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 220; zum Verhältnis beider Nummern zueinander siehe *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 263 – 266.
239 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 65.
240 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 229, der auch davon spricht, dass dadurch ein gewisses Gerechtigkeitsleitbild aufgestellt wird; ähnlich auch die Kom-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sonderregelungen berücksichtigt werden.[241] Für den Zuschauervertrag als nicht gesetzlich geregelter, atypischer Vertrag existiert dabei jedoch kein spezifisches gesetzliches Leitbild, das für die Konstellation des Ausschlusses vom Stadion einschlägig wäre. Der Zuschauervertrag ist ein typengemischter Vertrag mit werk- und mietvertraglichen Elementen.[242] Daher wäre es denkbar, bezüglich der einzelnen Vertragsteile auf das jeweilige dispositive Gesetzesrecht abzustellen.[243] Im konkreten Fall spricht jedoch dagegen, dass erst die Typenvermischung neuartige Interessenkonflikte zwischen den Parteien entstehen lässt: Zwar geht es bei der Frage bezüglich des Zugang zum Stadion um die Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs (Erlebnis des Fußballspiels); der Zugangskonflikt erinnert jedoch eher an die Frage eines mietvertraglichen Gebrauchs. Für diese Frage fehlt ein gesetzliches Leitbild.

Daher wäre auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurückzugreifen. Die Norm erfasst insbesondere neuartige, gänzlich ungeregelte Vertragstypen oder atypische Varianten gesetzlich normierter Verträge, auf die die gesetzliche Regelung nicht passt.[244] Sie benennt die Vertragszweckgefährdung als relevantes Kriterium, womit auch an das Verbot der „Aushöhlung von Kardinalpflichten" angeknüpft werden sollte:[245] „*Schutzgut* sind demnach *die zentralen Leistungs- und Schutzerwartungen*, die der Vertragspartner aufgrund des Vertrages hegen durfte; das *Aushöhlungsverbot* sichert die innere Stimmigkeit der vertraglichen Abreden."[246] Der Zuschauervertrag verfolgt den primären Zweck, den Zugang zum Stadion und ggf. einen Sitzplatz zu gewähren, um einem Sportereignis beizuwohnen. Dieser Zweck wird durch eine Stadionverbotsklausel beeinträchtigt. Die relevante Frage aber bleibt, ob damit insgesamt der Zweck gefährdet wird. Zwar sollen zur Beantwortung dieser Frage die typischen, durchschnittlichen Parteiinteressen als die berechtigten Vorstellungen und Erwartungen der beteiligten Vertragskreise

---

bination aus Leitbild und Gerechtigkeitsgebot betonend *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 66 – 68.

241 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 70.

242 Siehe oben § 2 I 2.

243 Siehe zur Anwendung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf atypische Verträge BGH, Urt. v. 29.10.2008, VIII ZR 258/07 (AGB-Kontrolle beim Leasing); *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn. 146.

244 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 261; *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn. 169.

245 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 72.

246 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 262 (Hervorhebungen im Original).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

an einem Vertrag dieser Art herangezogen werden.[247] Doch damit bleibt die Frage unbeantwortet: Der Fußballfan hat die berechtigte Erwartung, in das Stadion zu kommen, während der Stadionbetreiber die berechtige Erwartung hat, bei einer Gefährdung Personen vom Stadion auszuschließen. Damit würde es auf eine Abwägung der Interessen iSd § 307 Abs. 1 BGB hinauslaufen.

Doch für diese allgemeine Abwägung im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB müsste nach normexternen Wertmaßstäben gesucht werden. Dies sind allen voran die Grundrechte der beteiligten Personen in ihrer privatrechtlichen Wirkung. Maßgeblich ist aber auch die bereits erwähnte Wertung, ob den Stadionbetreiber ein allgemeiner Kontrahierungszwang trifft. Damit bietet zwar die AGB-Kontrolle eine prinzipielle Möglichkeit, den sozialen Konflikt auf der Ebene des Vertragsrechts zu mediatisieren und zu lösen. Die AGB-Kontrolle stellt jedoch für diesen Fall und für die übrigen hier diskutierten Fälle der Gesellschaft keine selbstständigen Maßstäbe auf. Diese Untersuchung wählt daher den Weg, diejenigen Rechtsinstitute genauer zu untersuchen, aus denen sich konkrete Maßstäbe für die Beurteilung innerhalb der AGB-Kontrolle ergeben können. Die weitere Forschung könnte dann darauf aufbauen und möglicherweise die hier gefundenen Ergebnisse für das Rechtsinstitut der AGB-Kontrolle re-spezifizieren.

II. Der Vertrag als Institut und Institution

Nachdem gezeigt werden konnte, dass der Vertrag – konkret: der Zuschauervertrag – die hier relevante Grundinstitution des Privatrechts ist, ist nach einer geeigneten rechtstheoretischen Beschreibung des Vertrages zu suchen. Dabei ist nach einem rechtstheoretischen Zugang zu fragen, der es erlaubt, das in nicht-rechtlichen Sozialsystemen gespeicherte Wissen auf eine rechtstheoretische Ebene zu überführen und für eigene rechtswissenschaftliche Begriffsbildungen operabel zu machen. Dazu werden insbeson-

247 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn. 170; auch der Ansatz von *Renner*, AcP 213 (2013), 677 (683 – 696) ist zwar soziologisch informiert, scheint jedoch nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen zu kommen. Das Problem besteht hier darin, dass *Renner* davon ausgeht, dass es in den verschiedenen sozialen Systemen feste Verhaltens- und Rollenerwartungen gibt (deutlich: 691, 693 f.). Der Stadionverbotsfall zeigt jedoch, dass diese auch gesellschaftlich ausgefochten werden, also unterschiedliche Erwartungshorizonte miteinander konkurrieren – vgl. dazu auch unten § 6 III 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dere funktionale Methoden benötigt.[248] Einen solchen Zugang ermöglicht das institutionelle Rechtsdenken. Damit wird in dieser Untersuchung ein rechtssoziologischer Zugang zum Vertrag gewählt.[249] Damit kann der Vertrag als privatrechtliches Institut und *gleichzeitig* als soziale Institution mit verschiedenen sozialen Funktionen beschrieben werden.

I. Die institutionelle Perspektive auf den Vertrag

Das institutionelle Rechtsdenken wird als rechtstheoretische Denkrichtung bezeichnet, die einen Bezug zur sozialen Wirklichkeit sucht.[250] Unter einer Institution soll hier eine Kombination aus Verhaltensmustern verstanden werden, die zusammenwirken, um bestimmte Bedürfnisse einer größeren Gruppe von Menschen zu befriedigen.[251] Der Begriff der Institution[252] kann als Kontaktbegriff zwischen Recht und seiner sozialen Umwelt angesehen werden.[253] Das institutionelle Rechtsdenken auf der Ebene der Rechtstheorie bezeichnet *Krawietz* nicht nur als Brücke zwischen Sollen und Sein bezüglich der Rechtserkenntnis, sondern – so wie es auch *Auer* für die Rechtstheorie fordert[254] – als „Brückenschlag" in der „Theoriebildung" zwischen Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen.[255] Das institutionelle Rechtsdenken ist damit aufs Engste mit Interdisziplinarität verbunden.[256]

248 *Wielsch*, JZ 2020, 113 (113).

249 Übersichten zu rechtssoziologischen Zugängen zum Vertrag finden sich bei *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 23 – 50 sowie bei *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 264 – 280.

250 Ähnlich *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 34 allerdings im Kontext der Gesetzesauslegung.

251 So *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 62 II.

252 Da es hier um eine Begriffsbestimmung bzw. um eine Begriffswahl auf rechtstheoretischer Ebene geht, bleibt die Verwendung der Begriffe Institution und Institut in anderen Kontexten, beispielsweise in der Verfassungsrechtsdogmatik, außer Betracht. Siehe zu den rechtsdogmatischen Begriffen Institut und Institution als verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantien *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 175 – 472.

253 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 411; *Hahn-Lorber*, Rechtstheorie 41 (2010), 251 (254).

254 Siehe oben § 1 III 3 a.

255 *Krawietz*, in: FS Weinberger, 1984, S. 541 (545).

256 Kritisch aber *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 411, da der damit verbundene Anspruch, Erkenntnisse der Sozialwissenschaften zu berücksichtigen nicht eingelöst werde – es bleibe bei einem bloßen Rekurs auf Alltags- und Berufserfahrung.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Es geht immer darum, strukturelle und funktionale Beziehungen oder Wechselwirkungen zwischen sozialer Wirklichkeit und dem formalen System Recht in den Blick zu nehmen.[257]

Nicht nur die Rechtstheorie oder die Rechtsdogmatik operieren mit den Begriffen Institut und Institution. Insbesondere die Soziologie hat hier ganze Theoriefamilien hervorgebracht.[258] Allerdings meinen unterschiedliche Wissenschaftsdisziplinen und unterschiedliche Theorieströnge nicht das gleiche, obwohl alle die Begriffe Institut und Institution verwenden.[259] Bei der Frage der Begriffsbildung der Institutionsbegriffe handelt es sich um eine Frage der Zweckmäßigkeit. Alle Institutionsbegriffe erfassen jeweils eine unterschiedliche Perspektive auf eine Institution. Damit verbunden sind jeweils auch unterschiedliche Erkenntnisabsichten.[260] Damit tritt die Frage auf, welcher Begriff sich für die Rechtsanwendung oder für die Rechtswissenschaft eignet. Nach der hier gesetzten Prämisse der Autonomie des Rechtssystems sind für die Rechtswissenschaft als „Rechtsanwendung" die Wertmaßstäbe der geltenden Rechtsordnung verbindlich. „Soziologie und Kulturphilosophie können mit diesem normativ beschränkten Begriff der Institution nicht auskommen. Sie wollen mit dem Institutionsbegriff über das – für sie vielleicht zweitrangige – Normengefüge hinaus die jeweiligen faktischen und ideologischen Elemente bestimmter Einrichtungen, Korporationen oder kollektiver Verhaltensmuster erfassen."[261] In diesem Zitat kommt eine Unterscheidung zum Ausdruck, die auch für diese Untersuchung gewählt werden soll: die Trennung von Vertrag als Institut und Institution.[262] Zusammengefasst ist damit gemeint, dass der Vertrag

257 *MacCormick/Weinberger*, An Institutional Theory of Law, 1986, S. 24; ähnlich auch *Krawietz*, JZ 1985, 706 (707).

258 Das Institutionenverständnis in der Soziologie bleibt hier außen vor, siehe dazu überblicksartig *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 62.

259 *Luhmann*, AöR 94 (1969), 1 (1 – 7) sowie *ders.*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 10 f. hat schon früh darauf hingewiesen, dass aufgrund der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Wissenschaftszweige und deren steigender Komplexität ein bloßes Anknüpfen an Begriffen innerhalb interdisziplinärer Arbeit nicht (mehr) möglich ist.

260 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39 f.

261 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39. Er meint hier erkennbar mit „Normengefüge" die für eine Institution relevanten Rechtsnormen.

262 So auch *MacCormick/Weinberger*, An Institutional Theory of Law, 1986, S. 51 – 56: „*legal institution*" vs. „*social institution*".

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf der einen Seite als ein rechtliches Gebilde bzw. als eine Form – als ein Rechtsinstitut – beschrieben werden kann (2.). Zugleich werden aber in der Realität immer wieder,[263] teilweise standardisierte oder inhaltsgleiche, Verträge von Privatrechtsakteur*innen in unterschiedlichen sozialen Kontexten geschlossen. Dabei können diese Verträge je unterschiedliche soziale Funktionen erfüllen. Diese tatsächliche soziale Dimension wird durch den Vertrag als (soziale) Institution ausgedrückt (3.).

Die Ansätze der Institutionentheorie im Allgemeinen sowie des institutionellen Rechtsdenkens im Besonderen unterscheiden sich in Erkenntnisinteresse, Hintergrundannahmen sowie Anwendungsfeldern so stark, dass eine überzeugende und operable Typologisierung nach Theoriefamilien kaum möglich ist. Entsprechend den für diese Untersuchung maßgeblichen Anforderungen an eine Rechtstheorie werden einige prominente Theorieangebote danach geordnet, wie sie das Verhältnis zwischen Recht und sozialer Realität re-konstruieren. Im Vordergrund steht dabei, welche (normative) Verbindlichkeit die soziale Realität für das Recht hat.[264] Dies ist für diese Untersuchung das relevante Kriterium, wonach eine kritische Auseinandersetzung mit den Theorien erfolgt.

Unabhängig davon, welche institutionelle Konzeption des Vertrages man für überzeugend hält, zieht dessen Konzeption als Institut und/ oder als Institution zwei – sich teilweise bedingende – grundsätzliche Perspektivenverschiebungen nach sich: Zum einen wird auf dieser rechtstheoretischen Ebene kein tatsächlich geschlossener (bilateraler) Einzelvertrag betrachtet, also z.B. der konkrete Zuschauervertrag zwischen dem FC Bayern München und dem Fußballfan im Stadionverbotsfall, sondern der Vertrag als allgemeines, in einer Vielzahl von Fällen heranzuziehendes rechtliches Muster betrachtet. In Bezug auf den Zuschauervertrag ist damit beispielsweise relevant, dass Zuschauerverträge immer wieder in ähnlichen wiederkehrenden Situationen geschlossen werden, insbesondere wenn Personen Zugang zu

263 Auf das Element, dass der Vertrag wiederholbare Muster bereitstellt und diese tatsächlich flächendeckend verwendet werden, stellt *K. Röhl*, Rechtssoziologie, § 64 ab: „Institution ist nicht der einzelne Vertrag, sondern die Tatsache, dass immer wieder Verträge in unterschiedlichster Gestalt geschlossen und meistens auch durchgeführt werden, aber nicht selten auch in einem Konflikt enden."

264 Dieses Vorgehen hat pragmatische Gründe, da der Untersuchungsgegenstand hier ein konkreter Sachverhalt und nicht die Genese dieser Theorierichtung(en) ist. Eine möglicherweise unterkomplexe Erläuterung der einzelnen Theorien wird hierbei bewusst in Kauf genommen. Zudem erfolgt keine ideengeschichtliche Einordnung des institutionellen Rechtsdenkens; siehe dazu *Krawietz*, JZ 1985, 706 (708 – 714).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem Fußballspiel in einem Stadion begehren. Damit geht zum anderen einher, dass der Vertrag nicht im Sinne der *Hohfeld*'schen Taxonomie[265] auf sich daraus ergebende rechtliche Ansprüche reduziert wird. Dass sich aus einem Vertrag Ansprüche iSd § 194 Abs. 1 BGB ergeben können, wird damit nicht abgestritten; eine solche unterkomplexe De-Konstruktion des Vertrages wird jedoch nicht dem Charakter des Vertrages als Grundbaustein der (Privat-)Rechtsordnung gerecht.[266]

2. Vertrag als (Rechts-)Institut

Eine Spielart des institutionellen Rechtsdenkens, welche einer traditionell-dogmatischen Konzeption des Vertrages am nächsten steht, ist der normative[267] bzw. rechtspositivistische[268] Institutionsbegriff. Er ist an der geltenden Rechtsordnung ausgerichtet und bezeichnet „eine Mehrzahl von Rechtsnormen, die sich auf eine bestimmte Lebenseinheit, einen sozialtypischen Sachverhalt beziehen."[269] Diese Definition ist jedoch in einer Hinsicht zu ergänzen: Der Begriff ist nicht nur auf Rechtsnormen beschränkt, sondern meint auch Unterinstitute (wie beispielsweise den Kontrahierungszwang) oder Rechtsprinzipien (wie beispielsweise die Privatautonomie). In deutlicherer Abgrenzung zu anderen Perspektiven soll hier der Begriff „Institut" und nicht „Institution" verwendet werden. Denn im Gegensatz zu anderen Spielarten ist der Rückgriff auf die soziale Lebenswirklichkeit so gering, dass ein Lebenssachverhalt lediglich als Anknüpfungspunkt für eine rationale Ordnung des Rechtsstoffes herangezogen wird. Damit ist der Institutsbegriff nicht nur streng einer konkreten Rechtsordnung verhaftet, sondern weist auch erhebliche Parallelen zur Dogmatik auf,[270] wobei Dogmatik hier

265 Grundlegend *Hohfeld*, 23 Yale Law Journal 16 (1913).

266 Ähnlich *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 155: „Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Reduktion des Rechts auf Verhaltens- und Ermächtigungsnormen scheitert an der Unmöglichkeit, die Gesamtheit aller möglichen Situationen restlos zu erfassen und normativ zu bestimmen."

267 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 37.

268 *Krawietz*, JZ 1985, 706 (708).

269 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 37; grundlegend *v. Jhering*, Der Geist des Römischen Rechts, Teil 1, 1852, S. 25; ähnlich auch *Bumke*, JZ 2014, 641 (645 Fn. 38): „jeder sachlich zusammenhängende, von einem gemeinsamen Zweck getragene Normkomplex".

270 *Bumke*, JZ 2014, 641 (645) sieht daher das Rechtsinstitut als eine der wenigen Grundfiguren der Rechtsdogmatik an.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als der Versuch verstanden werden soll, einen komplexen Rechtsstoff zu systematisieren und zu ordnen.[271] Die Ebene der Rechtstheorie als rechtswissenschaftliche Reflexionsebene wird hier verlassen; vielmehr ist die rechtstheoretische Konzeption des Vertrages auf die (lediglich) ordnende und systematisierende Dimension der Rechtsdogmatik abgestimmt.

Demnach ordnet der Vertrag als Institut das Konglomerat an Rechtsnormen, untergeordneten Instituten sowie Rechtsprinzipien, die Anwendung finden, wenn zwei oder mehrere Parteien in konsensuale Austauschbeziehungen – welcher Art auch immer[272] – treten. Der Vertrag als Rechtsinstitut kann definiert werden als privatautonome Regelung eines Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft aufgrund des übereinstimmenden Willens von mindestens zwei Parteien.[273] Er bleibt damit der Selbstreferenz (und somit auch der Eigennormativität) des Rechts treu:[274] Damit ist gemeint, dass die soziale Realität, in der Verträge geschlossen werden, aus der Sicht einer positiven Rechtsordnung beobachtet werden. Unter den möglicherweise komplexen Erscheinungsformen von Vertragsbeziehungen werden primär Willensübereinstimmungen beobachtet, um die Existenz eines Vertrages zu begründen, um dann anschließend spezifische positiv-rechtliche Normen auf diesen Vertrag anzuwenden. Damit erfolgt die Konstruktion des Vertrages als Institut alleine durch einen juristischen Diskurs. Das führt dazu, dass mithilfe des Begriffs zwar eine Sammlung an in Dogmatik gegossene Wertungen[275] in der Rechtsordnung identifizieren werden können, diese Wertungen aber nicht weiter – jedenfalls unmittelbar mithilfe des Begriffs – rekonstruiert, geschweige denn weiterentwickelt werden können. Mit dem Vertrag als Rechtsinstitut kann eine Aussage darüber getroffen werden, dass ein Konglomerat an rechtlichen Operationen in Bezug auf Verträge Anwendung findet, nicht jedoch, was die soziale Realität und die daraus gewonne-

271 So insbesondere *Stürner*, JZ 2012, 10 (11) und im Kontext des Hausrechts *von Bressendorf*; Das private „Hausrecht", 2020, S. 70 – 76; siehe zu der ordnenden und systematisierenden Funktion von Dogmatik auch *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 1 (28); vgl. auch oben § 1 III 3 c.

272 Siehe *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 64 I 5 zu unterschiedlichen (tendenziell soziologischen) Vertragstypen; vgl. auch zu klassischen Vertragstypologien die Nachweise in Fn. 767.

273 *Flume*, BGB AT, Bd. II, 1992, S. 601 f.; *Rademacher/G. Schulze*, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 4; aus unionsrechtlicher Perspektive *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 2 Rn. 14 – 16.

274 Näher dazu unten § 2 II 3.

275 Zu dieser Dimension von Dogmatik *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 1 (29 – 31).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Wertungen des Vertrages ausmachen. Die rein rechtliche Konzeption des Vertrages isoliert das Rechtsinstitut von der sozialen Wirklichkeit.[276]

Ein Problem aber an jeder systematisierenden Dogmatik ist, dass man leicht die Entwicklung des Systems vergessen kann, sobald es einmal etabliert worden ist (Pfadabhängigkeiten).[277] Die Dogmatik kann sich somit von der ursprünglichen sozialen Realität entfernen, die zur Begründung des Instituts geführt hat. Wandelt sich die soziale Realität, reagiert das Recht aber nicht darauf, kann es zu Spannungen kommen, weil die in bestehende dogmatische Muster gegossenen Wertungen nicht mehr zur sozialen Umwelt des Rechts passen. Das Recht kann dann mehrere seiner grundlegenden Funktionen, wie die Ordnungs- und Konfliktschlichtungsfunktion, nicht mehr adäquat erfüllen. Den Vertrag (lediglich) als Rechtsinstitut zu beschreiben, führt zu seiner Herauslösung aus der sozialen Wirklichkeit. Aber: „Das Recht, die einzelnen Rechtsinstitute, die Rechtsnormen haben niemals abstrakten Charakter. Abstrakt kann nur die Art und Weise ihrer Betrachtung und Deutung sein, nie aber sie selbst. Sie bleiben stets Erzeugnis einer ganz bestimmten gesellschaftlichen Wirklichkeit und Mittel zur Erfüllung der aus dieser sich ergebenden Notwendigkeiten und Erfordernisse."[278] Diese Dimension der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Vertrages bleibt jedoch durch die Konzeption als Rechtsinstitut verschlossen.

3. Institutionelle Konzeptionen

Dagegen betonen institutionelle Konzeptionen die Wirklichkeitsdimension des Vertrages. Dass der Vertrag selbst Teil der Wirklichkeit ist und als Mittel zur Erfüllung realer Bedürfnisse verwendet wird, wird durch verschiedene Konzeptionen des Vertrages als (soziale) Institution abgebildet. Der Begriff „Institution" wird hier bewusst in Abgrenzung zum Begriff des „Instituts" gewählt, um den deutlichen Bruch zwischen der – systemtheoretisch ausgedrückt – Selbstreferenzperspektive des Recht und der Fremdreferenzperspektive der sozialen Umwelt des Rechts deutlich zu machen.[279] Bei diesen Fremdreferenzperspektiven geht es um die Beobachtungen von Verträgen

276 Vgl. *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, [1960] 1977, S. 62 (62 – 64).

277 Zur Pfadabhängigkeiten im Recht (mit einem Schwerpunkt auf dem Öffentlichen Recht) siehe die Beiträge in Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, 2016.

278 *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 49.

279 Grundlegend zum Unterschied beider Beobachtungsperspektiven *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 754 – 757.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch andere soziale Systeme. Alle institutionellen Konzeptionen nehmen (auch) eine solche Perspektive ein. Sie unterscheiden sich jedoch dahingehend, welchen normativen Stellenwert diese Beobachtungen für das Recht selbst haben (sollten).

a. Normative Verbindlichkeit der sozialen Realität

Eine institutionelle Konzeption legt dem Institutionsbegriff ein metaphysisches[280], naturrechtliches[281] oder – so die hier präferierte Terminologie – anthropologisches[282] Verständnis zugrunde. Nach dieser Konzeption bezeichnet die Institution eine überpositive soziale, (dem Recht) vorgegebene Ordnung. Diese vorgegebene Ordnung bestimmt als „Metasystem" die Bedeutung und die Funktion einzelner Erscheinungen im Recht.[283]

Als einer der ersten Vertreter einer solchen anthropologischen Dimension von Institutionen und damit gleichzeitig als erster Vertreter eines institutionellen Rechtsdenkens in der Moderne kann *Hauriou* angesehen werden.[284] Sein Ausgangspunkt waren die tatsächlich zu beobachtenden sozialen Institutionen wie z.B. die Familie. Diesen schrieb er jeweils spezifische Leitideen („*idee directrice*"[285]) zu, welche die entscheidenden Faktoren seien, denen das Recht Folge zu leisten habe:[286] „Es sind die Institutionen, welche die Rechtsnormen schaffen, aber nicht die Rechtsnormen, welche die Institutionen schaffen."[287] Der Begriff der Leitidee – oder auch Führungssystem – einer Institution sollte dabei jedoch nicht mit den – später auch in dieser Untersuchung verwendeten – Begriffen Funktion oder Zweck gleichgesetzt werden. Die Leitidee diente *Hauriou* dazu, nach dem

280 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 35.
281 *Krawietz*, JZ 1985, 706 (708).
282 Die Begründung folgt sogleich.
283 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 35 – 37, der diese Perspektive insbesondere in der Rechtsprechung erkennen möchte, worauf auch seine primäre Kritik abzielt.
284 Zur Rezeption und Genese eingehend *Fikentscher*, in: FS Raiser, 1974, S. 559.
285 *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 36.
286 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 410 weisen jedoch darauf hin, dass aus *Haurious* Aussagen nicht abschließend klar werde, ob dies bereits bei ihm angelegt war, da man seine Texte auch rein deskriptiv verstehen könne, oder ob der normative Impetus erst im Zuge der Interpretation dazu gekommen sei.
287 *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Wesen" einer Institution zu fragen.[288] Dadurch erhält die Leitidee und der gesamte Institutionenbegriff eine anthropologische Komponente:[289] Es muss herausgefunden werden, welche anthropologischen Bedürfnisse eine bestimmte Institution erfüllt und wie diese organisiert ist. Daher bietet sich terminologisch auch der Begriff anthropologischer Institutionenbegriff gegenüber einem metaphysischen Begriff an, zumal mit letzterem große Unklarheit über seinen Gehalt[290] einhergeht. Zentral ist in dieser anthropologischen Konzeption die Verbindlichkeit der sozialen Erscheinungsform einer Institution für das Recht. Diese Perspektive würde nach einem anthropologisch konstanten „Wesen" oder festen Funktion einer Institution fragen. Das Recht müsste sich zwingend an diesen Erkenntnissen ausrichten. Genau gegensätzlich zum Institutsbegriff wird hier die soziale Umwelt des Rechts betont: Aus der sozialen Umwelt des Rechts folgen normative Vorgaben für das Recht selbst. Damit spielt die Rechtsordnung keine eigenständige Rolle mehr, da es alleine die sozialen Institutionen seien, deren Wertungen es zu ermitteln gilt.

In den Kontext einer normativen Verbindlichkeit von Institutionen für das Recht ist auch das konkrete Ordnungsdenken von *Carl Schmitt* einzuordnen. Für *Schmitt* findet das Recht immer eine konkrete Ordnung vor und erklärt diese für normativ verbindlich.[291] Das Recht sei damit immer bereits in einer konkreten Ordnung vorhanden und eingebettet; die Aufgabe der Rechtsanwender*in und der Rechtswissenschaft sei es nur, diese Ordnung auch auszuführen. Nicht nur bleibt dabei inhaltlich unklar, welche Ordnung genau aus welchen Gründen für das Recht verbindlich sein soll. Es wird willkürlich eine beliebige historische Ordnung herausgegriffen, um diese gegenüber Änderungsbestrebungen abzusichern. Sondern das konkrete Ordnungsdenken ist auch und primär ein Kind seiner Zeit mit einem spezifischen politischen Impetus des aufkommenden Nationalsozialismus.[292] Aufgrund dieses Kontextes ist das konkrete Ordnungsdenken aus heutiger Sicht rechtstheoretisch zumindest bedenklich. Aber auch dekontextualisiert sind keine Erkenntnisse für diese Untersuchung zu erwar-

288 Vgl. *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 38: „Die Leitidee vom Werk, die auf diese Weise über die Begriffe von Zweck und Funktion hinausgeht, ließe sich eher mit dem Begriff des Objekts identifizieren."

289 Ähnlich auch die Deutung bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 409.

290 Jüngst zum Begriff der Metaphysik in der Rechtswissenschaft *J. F. Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017.

291 *C. Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 13.

292 Siehe zur Kritik *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, 2012 [1968], S. 293 – 302.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten, da dieses institutionelle Rechtsdenken erreichte Zustände gegenüber Veränderungen absichern möchte, diese Untersuchung jedoch nach einer Rechtstheorie sucht, die solche Veränderungen beschreiben und rechtsintern verarbeiten kann.

Um auf die anthropologische Konzeption von Institutionen und ihre normative Verbindlichkeit für das Recht zurückzukommen: Gegen eine solche Perspektive sprechen einige gravierende Argumente. Die mit dem anthropologischen Institutionendenken verbundenen normativen Vorgaben sind zunächst aus verfassungsrechtlicher und methodischer Sicht einer Rechtsanwender*in problematisch. Für die Rechtspraxis sind nur die Wertmaßstäbe der geltenden Rechtsordnung verbindlich.[293] Das schließt aber nicht aus, dass sich die Rechtstheorie als rechtswissenschaftliche Disziplin von der geltenden Rechtsordnung entfernen darf und soll: „Der faktische und der metaphysische Institutionsbegriff sind für die Rechtswissenschaft nicht gleichgültig. In den realen gesellschaftlichen Institutionen drücken sich nämlich die jeweiligen Ordnungs- und Herrschaftsverhältnisse einer Epoche aus. Die Institutionen als Ganzes repräsentieren für den von ihnen organisierten Lebensbereich die jeweils konkrete Machtlage der Gesellschaft, die Zuordnung von Macht und Recht sowie deren sozialphilosophische Legitimationsversuche. Der faktische und der metaphysische Institutionsbegriff können daher auch für die Rechtsanwendung eine wertvolle Hilfe bei der vollständigen Erfassung des jeweils fraglichen Lebenssachverhaltes und bei der Feststellung der dafür typischen Interessenkonstellation sein."[294] *Rüthers* meint hier zwar primär die Rechtswissenschaft als Rechtsanwendung, doch sollte die „vollständige Erfassung des jeweils fraglichen Lebenssachverhaltes" gerade Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz als Rechts*wissenschaft* sein.

Allerdings ist es die anthropologische Komponente dieser Perspektive, die diese institutionelle Denkrichtung – jedenfalls nach dem oben offengelegten rechtstheoretischen Vorverständnis[295] – unbrauchbar macht. Das Recht ist ein eigenständiges, autopoietisches soziales System der Gesellschaft, das seine Operationen nach eigenen normativen Maßstäben entscheidet. Nach dieser Grundkonzeption kann es keine anthropologischen Konstanten – falls solche überhaupt existieren – geben, die für das Recht

293 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39, der ausdrücklich nur die Perspektive der Rechtsanwendung adressiert.

294 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39.

295 Siehe oben § 1 III 2, 3 a.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbindlich sein können. Dem ist auch auf der rechtswissenschaftlichen Reflexionsebene Rechnung zu tragen. Es bringt keinen Erkenntnisgewinn, nach dem „Wesen" des Vertrages zu fragen, wenn aus der Sicht des Rechts der Vertrag als Rechtsinstitut kein festes „Wesen" haben kann.

b. Institutionalistischer Rechtspositivismus

Die Bedenken, dass die soziale Institution der rechtlichen Stabilisierung Vorgaben machen könnte, teilt eine dritte Konzeption des institutionellen Rechtsdenkens, die *Rüthers* noch als faktischen Institutsbegriff[296] bezeichnet hat. Demnach richten sich zwar rechtliche Institute an sozialen Institutionen, also an der sozialen Realität, aus. Der Begriff ist damit als Rückgriff auf reale, gesellschaftlich gültige (vom gesellschaftlichen Konsens getragene) Verhaltensmuster konzipiert. Daraus folgt jedoch nicht, dass die sozialen Strukturen normative Verbindlichkeit für die Struktur des Rechtsinstituts haben.

Ein solches Verständnis haben in jüngerer Ideengeschichte insbesondere *MacCormick* und *Weinberger* angenommen und weiterentwickelt. Sie bezeichnen ihre Ansätze selbst als institutionalistischen Rechtspositivismus.[297] Dabei versuchen sie einen Mittelweg zwischen den beiden vorgenannten Ansätzen zu gehen, aber grenzen sich im Detail von ihnen ab: Beide verfolgen dabei zwar ähnliche – in Einzelfragen jedoch jeweils leicht unterschiedliche – Erkenntnisinteressen. *MacCormick* hat primär die soziale Ordnung aus der Perspektive des Rechts im Blick:[298] Ihm geht es um die Stabilisierung von sozialen Phänomenen durch die normative, institutionelle Ordnung des Rechts. Er betrachtet aber auch die andere Seite, nämlich die Stabilisierung des Rechts durch gemeinsam getragene Überzeugungen der Mitglieder bzw. der Betroffenen einer Institution. *Weinbergers* Erkenntnisziel ist hingegen auf einer (norm-)theoretischen Ebene angesiedelt. Er fragt danach, wie rechtliche Institute ontologisch und epistemologisch so präzise wie möglich beschrieben werden können. Dazu sei auch ein Blick

296 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 34 f., der damit insbesondere die soziologische Perspektive *Luhmanns* meint.

297 *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985; *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 143, wo er sich von den anderen Strömungen abgrenzt; zur Genese siehe *Hahn-Lorber*, Rechtstheorie 41 (2010), 251.

298 Deutlich *MacCormick*, Institutions of Law, 2007, S. 11 – 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf die Realität notwendig, weil Recht gleichzeitig eine soziale Institution sei.[299]

Anders als die beiden Ansätze zuvor wird sowohl dem positiven Recht als auch der sozialen Realität des Rechts ein gleichberechtigter Anteil in der Analyse des Rechts zugesprochen. *Weinberger* unterscheidet als Grundlage seines institutionalistischen Rechtspositivismus bzw. normativistischen Institutionalismus auch in der Sache zwischen Institut (Rechtsnormen in Selbstreferenzperspektive)[300] und Institution (Norm als soziale Tatsache):[301] Das gesamte Recht und seine Normen sind Teil der sozialen Realität. „Aus dieser Gegenüberstellung der zwei Betrachtungsweisen der Normen resultiert die Aufgabe, zu erklären, worin das soziale Dasein der Normen besteht, und welche Funktionen Normen in der sozialen Wirklichkeit haben."[302] Im Mittelpunkt des institutionalistischen Rechtspositivismus steht damit die Wechselbeziehung zwischen den beiden Perspektiven.[303]

Anders als anthropologische Konzeptionen von Institutionen ist der institutionalistische Rechtspositivismus tendenziell offener für Veränderungen in der sozialen Umwelt des Rechts. Zwar hebt auch *Weinberger* die Bedeutung der Leitidee – der *idée directrice* – für die Theorie der Institution hervor. Anders als jedoch *Hauriou*, der in der Leitidee als vorgegebene Entität das zentrale Element seiner Institutionentheorie sah, begreift *Weinberger* die Leitideen als „schöpferische Gedanken, die von der gesellschaftlichen Situation und den aktuellen Bedürfnissen der Menschen abhängig sind".[304] Was heißt das – insbesondere für die Abgrenzung zu anderen Ansätzen – aber genau? An anderer Stelle stellt *Weinberger* klar, dass er am Begriff der Leitidee als begriffliche Bestimmung der Aufgabe der Institution festhalten möchte, aber die metaphysischen bzw. anthropo-

299 *MacCormick/Weinberger*, An Institutional Theory of Law, 1986, S. 6 – 9, 24 f.

300 Dazu auch *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 154, wo die Selbstreferenzperspektive des Rechts auf Institutionen als „normative Institutionen" bezeichnet wird sowie S. 156 mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die romanistische Terminologie „Rechtsinstitut".

301 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 13 verwendet die Begriffe „Norm als gedankliche Entität" und „Norm als soziale Tatsache".

302 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 13.

303 So auch *Hahn-Lorber*, Rechtstheorie 41 (2010), 251 (255).

304 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 231 unter Verweis auf *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivimus, 1985, S. 50 – 53.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

logischen Elemente von *Hauriou* eliminiert:[305] Die Leitideen seien „von Situationen und Bedürfnissen inspirierte Schöpfungen, ja teils Erfindungen des menschlichen Geistes."[306] Der institutionalistische Rechtspositivimus rekurriere demnach auf „keine[n] naturrechtlichen Voraussetzungen" und versuche keinen apriorischen Inhalt zu ermitteln, „um das Feld der möglichen Gestaltung der Institutionen möglichst offen zu halten."[307]

Damit kann *Weinberger* die oben genannten Bedenken ausräumen; das Recht folgt keinen vorgegebenen „Ideen" und die Rechtswissenschaft versucht auch nicht, solchen nachzugehen. Allerdings verengt *Weinberger* den Institutionenbegriff, indem er an der Leitidee festhält. Zwar möchte er der Leitidee keine metaphysische oder anthropologische Konstante beimessen, muss jedoch durch den Begriff mit einer jeweiligen primären gesellschaftlichen Aufgabe einer Institution operieren. So zeigt ein Beispiel, dass er der Institution Universität eine primäre gesellschaftliche Aufgabe zuweist und in Folge einer Veränderung des institutionellen Settings diese neuen Regeln kritisiert, da sie der Leitidee nicht entsprechen bzw. sie nicht fördern.[308] Dass sich die gesamtgesellschaftliche Funktion der Universitäten aber geändert hat – sodass das neue Regelsetting in Bezug auf neue Funktionen gedeutet werden muss/ sollte –, wird nicht angesprochen.

Noch deutlicher wird dies an einer anderen Stelle: „Die Struktur der Institutionen muss funktional so bestimmt werden, dass sie […] die Leitideen des zu schaffenden Werkes, d.h. die beabsichtigte gesellschaftliche Rolle der Institution […] erfüllt."[309] Deutlich wird wieder ein Funktionsdeterminismus, wenn auch nicht anthropologisch vorgegeben, aber als feste pfadabhängige Größe. Zum Ausdruck kommt also ein gewisser Konservatismus: Eine Leitidee ist zwar nicht anthropologisch vorgegeben; ist sie jedoch einmal etabliert, soll diese Funktion ausschlaggebend für weitere Analysen sein.

Dagegen spricht jedoch, dass jeder soziale Umstand funktionale Äquivalente besitzt und unbeabsichtigte Nebenfolgen produzieren kann. Die Festlegung auf eine feste Funktion ist kaum möglich. Würde sich das Recht auf eine einmal sozial etablierte Leitidee bzw. Funktion festlegen,

305 Noch undeutlich die Abgrenzung bei *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 125 f.
306 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (103).
307 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (104).
308 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 232.
309 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (116).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ignoriert es eines der kennzeichnenden Elemente moderner Gesellschaften: Komplexität.[310] Moderne Gesellschaften sind dahingehend komplex, dass es keine letzten Wahrheiten mehr geben kann und jede soziale Funktion und jede soziale Struktur historisch kontingent[311] ist. Jedes soziale Phänomen ist abhängig von seinen historischen Entstehungsvoraussetzungen. Das bedeutet aber, dass sich Funktionen und Strukturen jederzeit[312] auch ändern können. Komplexität aufgrund von Kontingenz bedeutet, dass alles so ist (wie es gerade ist), aber auch ganz anders sein könnte.[313] Legt sich eine Rechtstheorie, die sich als Reflexionsebene des Rechts versteht, auf eine einmal gefundene soziale Funktion oder Struktur des Rechts allgemein oder einzelner Institute im Besonderen fest, ignoriert sie diese Komplexität der Moderne. Damit kann sie soziale Veränderungen in der Umwelt des Rechts nicht mehr adäquat erfassen und für das Recht reflektieren. Dies ist aber für diese Untersuchung eine der maßgeblichen Anforderungen an eine rechtstheoretische Beschreibung des Vertrages.

Damit kommt der institutionalistische Rechtspositivmus zwar den hier geforderten Kriterien sehr nahe. Er nimmt die positive Rechtsordnung als Ausgangspunkt seiner Überlegungen und kann den Vertrag als positivrechtliches Institut beschreiben. Gleichzeitig beschreibt er den Vertrag als soziale Institution und sieht die Wechselwirkung zwischen beiden Ebenen als einen maßgeblichen Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaft. Allerdings verhindert das Festhalten am Begriff der Leitidee die Öffnung für moderne gesellschaftliche Komplexität.

c. Legal Institutionalism

Eine verhältnismäßig junge Spielart des institutionellen Rechtsdenkens findet sich im sog. *legal institutionalism*. Sie grenzt sich ausdrücklich vom

310 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 134 – 144.

311 Siehe zum Begriff der Kontingenz *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 26 – 47.

312 Dabei gibt es jeweils spezifische Gründe für die derzeit etablierten Funktionen und Strukturen innerhalb der Gesellschaft, wodurch Veränderungen in einigen Kontexten möglicherweise unwahrscheinlicher sind als in anderen Kontexten.

313 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 137: „Alle erkennbare Ordnung beruht auf einer Komplexität, die sichtbar werden läßt, daß auch anderes möglich wäre."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

institutionellen Rechtspositivismus ab[314] und verortet sich selbst eher in der Nähe des traditionellen Institutionendenkens in der Ökonomik bzw. der Neuen Institutionenökonomik.[315] Dabei geht es seinen Vertreter*innen um eine ökonomische und institutionelle Analyse des modernen Wirtschaftssystems – des Kapitalismus – aus der Brille des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft. Ihr Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, inwieweit privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Institute, wie z.B. Verträge, Eigentum, Unternehmen oder Geld, Regeln und Strukturen für die moderne kapitalistische Gesellschaft bereitstellen bzw. modernen Kapitalismus erst ermöglichen und stabilisieren.[316] Da diese Forschungsrichtung die Wechselwirkungen zwischen Recht und Umwelt betrachtet, kommt sie der hier geforderten institutionellen Betrachtung nahe. Ihr Problem für die Zwecke dieser Untersuchung besteht darin, dass sie sich ausdrücklich auf strukturelle Kopplungen zwischen Recht und Wirtschaft beschränkt; für weitere Systemkontexte – und gleichzeitig daneben bestehende Systemkontexte – von Privatrechtsinstituten ist dieser Ansatz blind.

d. Verknüpfung mit Ansätzen moderner soziologischer Jurisprudenz

Diese Schwäche des institutionalistischen Rechtspositivismus kann jedoch durch jüngere Ansätze der soziologischen Jurisprudenz ausgeräumt werden. Dabei bestehen erhebliche Gemeinsamkeiten zwischen dem institutionalistischen Rechtspositivismus und Analyseansätzen privatrechtlicher Grundbegriffe – Institute wie Eigentum, Vertrag, Person oder Delikt – von Vertretern einer modernen soziologischen Jurisprudenz. Diese Gemeinsamkeiten drücken sich insbesondere in einer gemeinsamen Terminologie des institutionellen Rechtsdenkens aus. In der bisherigen Auseinandersetzung wurden diese Verbindungslinien nicht hinreichend aufgedeckt.[317]

314 *Deakin et al.*, Journal of Comparative Economics 45 (2017), 188 (188 Fn. 1).
315 *Deakin et al.*, Journal of Comparative Economics 45 (2017), 188 (198 f.).
316 Vgl. *Deakin et al.*, Journal of Comparative Economics 45 (2017), 188 (188 f., 191, 198); aktuelles Beispiel für eine solche Untersuchung ist *Pistor*, Der Code des Kapitals, 2020.
317 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20 bezieht sich noch auf *Raisers* Konzeption des Vertrages als Institution; *Grünberger*, Personale Gleichheit 2013, S. 895 spricht von der Institutionenlehre als Vorläufer soziologischer Jurisprudenz.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So unterschiedet auch *Wielsch* zwischen „rechtlichen Formen" (Instituten), die gleichzeitig als „soziale Institutionen" betrachtet werden können.[318] Dies trifft vor allem auf den Vertrag zu: „Die Rechtsfigur des Vertrages wird *zugleich* als soziale Institution verstanden."[319] Auch *Teubner* betonte vor der gänzlichen Umstellung auf das systemtheoretische Denken deutlich stärker den Institutionencharakter des Vertrages.[320] Das Erkenntnisinteresse ist hierbei im Gegensatz zum institutionalistischen Rechtspositivismus leicht verschoben:[321] Es geht primär um soziale Veränderungen in der Umwelt des Rechts und um die Frage, ob dadurch eine Bedeutungsverschiebung der Privatrechtsinstitute eingetreten ist bzw. wie das Recht auf solche (faktischen) Veränderungen (normativ) reagieren kann. „Auch wenn juristische Formen prima vista für sich in Anspruch nehmen können, als normativ gehaltvoller Ausdruck von Entscheidungen über soziale Interaktionen gelten zu können, ist doch kontinuierlich zu prüfen, ob die normativen Gehalte der Formen weiter mit guten Gründen verteidigt werden können, und sich die Rechtsformen gegenüber den sozialen Kontexten, in denen sich die Interaktion vollzieht, responsiv zeigen. Eine solche Prüfung ist auch und zuvorderst Aufgabe der Rechtswissenschaft selbst, die sich hierbei auf eine institutionelle Analyse der Rechtsformen stützen kann."[322] Wenn sich die sozialen Funktionen einer rechtlichen Institution wandeln, sollte das Recht über eine Reflexionsebene verfügen, auf der über Anpassungen nachgedacht werden kann.[323] Diese Reflexionsebene kann die Rechtstheorie mit institutionellen Ansätzen bilden.

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass das institutionelle Rechtsdenken eng mit funktionalistischen Ansätzen zusammenhängt; die Begriffe Institution und Funktion ergänzen und bedingen einander, was im nachfolgenden Abschnitt gezeigt werden soll. Inwieweit sich die Funktionen des Vertrages in der modernen Gesellschaft verändert haben und damit eine Reflexionsleistung erforderlich wird, ist die Frage des übernächsten

318 *Wielsch*, in: FS Amstutz, 2012, S. 329 (330).
319 *Wielsch*, in: FS Teubner, 2009, 395 (398).
320 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 16; in Rn. 21 wird jedoch bereits der Vertrag auch als Interaktionssystem re-konstruiert.
321 Darin kann einer der Gründe gesehen werden, dass bisher beide Theoriefamilien weitgehend getrennt voneinander operieren.
322 *Wielsch*, in: FS Amstutz, 2012, S. 329 (330).
323 Ähnlich *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 539 f., für den die rechtliche Anpassung an die soziale Wirklichkeit jedoch ein Automatismus ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abschnitts. Hier wird sich auch der eigentliche Berührungspunkt[324] zwischen institutionellem Rechtsdenken und – insbesondere von der Systemtheorie geprägten – moderner soziologischer Jurisprudenz zeigen: Eine differenzierungstheoretische De-Konstruktion der Privatrechtsinstitute ist eine Möglichkeit, die komplexe soziale Realität moderner Gesellschaften begrifflich und analytisch erfassen zu können.

III. Institution und Funktion

1. Verknüpfung zwischen Institution und Funktion

In den vorherigen Ausführungen tauchte bereits der Begriff der Funktion auf. Das ist kein Zufall, denn das institutionelle Rechtsdenken ist eng mit einer funktionalen Analyse verbunden.[325] Gleichfalls ist die moderne soziologische Jurisprudenz stark systemtheoretisch geprägt und weist damit ebenfalls enge Verbindung zum Funktionalismus auf.[326] Der Funktionsbegriff kann als rechtstheoretisches Instrument angesehen werden, um die Verbindung zwischen der formal-juristischen Dimension als Institut und der sozialen Wirklichkeitsdimension als Institution herzustellen. Betrachtet man das Recht im Kontext seiner sozialen Umwelt, so kann man nicht nur nach der Funktion des Rechts als Ganzes fragen, sondern kann auch einzelne Rechtsinstitute nach ihrer Funktion in spezifischen Kontexten befragen.[327]

Funktionen umschreiben zunächst Aufgaben oder Leistungen.[328] Aufgaben bzw. Leistungen implizieren dabei relationale Aussagen nach dem Schema: Welche Funktion(en) hat X für Y? Dadurch können verschiedene Elemente miteinander in Verbindung gebracht werden, die vorher als getrennte, voneinander unabhängige Aspekte betrachtet wurden. „Eine funktionale Betrachtung zielt darauf, Aufgaben, Leistungen und Organisationen

324 Eine Umstellung des institutionellen Rechtsdenkens hin zum systemtheoretischen Denken deutet bereits *Krawietz*, JZ 1985, 706 (712 f.) an.

325 Besonders deutlich bei *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, [1963] 1977, S. 124 (128), der jedoch von „Zwecken" spricht.

326 Grundlegend zur Umstellung auf funktionalistische Methoden im Rahmen der Systemtheorie *Luhmann*, in: ders., Soziologische Aufklärung 1, 1970, S. 31.

327 So bereits *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 48; auch die Einleitung des AK-BGB (Schuldrecht I, 1980), spricht von der „soziale[n] Funktion zentraler Schuldrechtsinstitute".

328 *Schmdit-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

miteinander und mit ihrem Umfeld in Beziehung zu setzen, sie als System zu verstehen und ihre Bewegungsgesetze zu analysieren."[329] Überträgt man diesen offenen Definitionsversuch auf den Untersuchungsgegenstand Vertrag, kann man formulieren: Der Vertrag – als formal-juristisches Konstrukt – existiert nicht losgelöst von der sozialen Realität.[330] Privatrechtsakteur*innen schließen in der Realität immer wieder eine Vielzahl von Verträgen. Dadurch verfolgen sie nicht nur individuelle Interessen; jeder Vertrag ist auch in ein soziales Gefüge, in kollektive Strukturen, eingebunden. Innerhalb dieses sozialen Gefüges, in dem auch andere individuelle wie kollektive Akteur*innen (z.B. Organisationen) agieren, erfüllt der einzelne Vertrag wie auch die Tatsache, dass – z.B. durch Standardisierungen – immer wieder ähnliche Verträge geschlossen werden, bestimmte Funktionen. Der Vertrag ist „nicht lediglich Quelle der vertraglichen Ansprüche, sondern auch Mittel zur Verwirklichung bestimmter Funktionen."[331] Der Begriff der Funktion ist eine mögliche theoretische Annäherung, die konkrete Art und Weise der Einbindung zu beschreiben. Die sozialen Funktionen des Vertrages beziehen sich also darauf, welche „Rolle" tatsächlich geschlossene Verträge in bestimmten Gesellschaftsbereichen spielen. Es geht hier nicht primär um die Funktionen des Vertrags*rechts*, sondern um die Funktion(en) von tatsächlich geschlossenen Verträgen.[332] Die Unterscheidung ist dabei jedoch lediglich analytisch-graduell, da der Vertrag als Institut Teil des Vertragsrechts ist und das Vertragsrecht die rechtlich-formale Seite der Institution Vertrag konstituiert.

Der Begriff der Funktion ergänzt damit auf rechtstheoretischer Ebene die Begriffe Institut und Institution, um die Wechselwirkungen zwischen Recht und sozialer Realität abbilden zu können.[333] Die Funktionsbeschreibungen des Vertrages ermöglichen, die Interdependenzen zwischen dem Vertrag als Rechtsinstitut (Vertragsschluss als Interaktion zweier Parteien auf der Mikroebene) und sozialen Ordnungsstrukturen (Meso- und Makroebene) zu beschreiben; erst beide Perspektiven zusammen bieten eine Beschreibung der Institution Vertrag: „Aus dem so verstandenen normativen Charakter

329 *Schmdit-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107).
330 Und auch nicht losgelöst von der Gesamtrechtsordnung, weshalb auch nach Funktionen für das gesamte Recht gefragt werden könnte. Diese Differenzierung zwischen rechtlichen und anderen Funktionen nimmt *Lecheler*, NJW 1979, 2273 (2274) vor, der die soziale bzw. politische Funktion als „Aufgabe" bezeichnet.
331 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.
332 Siehe dazu auch unten § 3 I 1.
333 Ähnliche Definition bei *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (727 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

der in Vollzug gesetzten Privatrechtsordnung sind Voraussetzungen und Grenzen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie zu entwickeln. Es ist eine Lebensfrage der Privatrechtsordnung, ob es gelingt, die rechtsgeschäftliche Privatautonomie als Mittel individueller Gestaltung zu bewahren und zugleich ihre Funktion und ihre Grenzen innerhalb der Rechtsordnung zu bestimmen. Das aber ist die Frage nach dem Verhältnis von individueller Gestaltungsfreiheit und gesellschaftlichen Funktionen der Institution."[334]

Keiner der Begriffe soll hier als rechtsmethodischer oder sogar dogmatischer Begriff verwendet werden. Die – insbesondere auf methodischer Ebene angesiedelte – Kritik gegenüber einem institutionellen Rechtsdenken[335] oder gegenüber einer funktionalen Rechtstheorie[336] kann dem hier dargelegten Verständnis nicht unmittelbar entgegengehalten werden. Die Begriffe entfalten keine normative Verbindlichkeit für eine Rechtsanwender*in bei der Interpretation des positiven Rechts.[337]

Das schließt nicht aus, dass gegen eine funktionale Methode methodologische – also wissenschaftsbezogene – Gesichtspunkte sprechen können. Diese Untersuchung kann als Vorschlag bzw. Skizze für eine genuin rechts*wissenschaftliche* Methode verstanden werden. Bei dieser entworfenen rechtstheoretischen Skizze muss diese Untersuchung verbleiben. Für die konkrete Analyse des Forschungsgegenstandes – des Stadionverbotsbeschlusses sowie der anderen Fälle der Gesellschaft – genügt die vorgenann-

334 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443).

335 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 43 – 61: Rechtsanwender*in trete in Konkurrenz zum Gesetzgeber; aber einschränkend S. 52, 59: Institutionendenken verdunkele die immanent politische Dimension der Rechtsdogmatik.

336 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 24: „Tendenz zur Verabsolutierung" und lasse „der Entfaltung formaler Freiheit keine ausreichende Chance"; *Lecheler*, NJW 1979, 2273 (2275 – 2277); dagegen *Klauser*, NJW 1980, 753.

337 *Schmdit-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107 f.) möchte aber die Erkenntnisse, die durch eine funktionale Methode gewonnen werden, durch die systematische und teleologische Auslegung unmittelbar in das positive Recht – jedoch mit der Einschränkung, dass von vornherein die normativen Vorgaben in Bezug zur Funktionsanalyse gesetzt werden müssen – überführen. Dabei ist zwar richtig, dass insbesondere die teleologische Auslegung ein rechtsmethodisches Instrument ist, um die durch eine funktionale Betrachtung erlangten Beobachtungen in das Recht zu überführen. Das heißt jedoch nicht, dass dies zwingend erfolgen muss; die teleologische Auslegung stellt eine *Möglichkeit* für die Rechtsanwender*in bereit, keine Pflicht. Siehe dazu auch bezüglich ökonomischer Funktionen *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 450 – 459 sowie bezüglich regulatorischer Funktionen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 646 – 747.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te Verbindung aus institutionellem Rechtsdenken und Funktionalismus. Für ein vollständiges rechtstheoretisches Modell, das auf diesen drei Elementen aufbaut, bedürfte es weiterer Forschung. Eine aktuelle rechtstheoretische Diskussion zum Funktionsbegriff wird derzeit nicht geführt.[338] Funktionale Betrachtungen sind der deutschen (Privat-)Rechtswissenschaft zwar nicht fremd, jedoch fehlt eine aktuelle rechtswissenschaftstheoretische Auseinandersetzung[339] damit. In der aktuellen privatrechtlichen Forschung wird der Begriff Funktion zwar verwendet, jedoch bleibt dabei unklar, welches Begriffsverständnis (rechtstheoretisch, dogmatisch o.ä.) ihm dabei zukommt.[340] In jüngerer Zeit scheint sich der Funktionalismus im Immaterialgüterrecht einer gewissen Beliebtheit zu erfreuen, wobei sogar der Begriff der Multifunktionalität[341] auftaucht.[342] In Bezug auf Verwertungsgesellschaften wird postuliert, dass sie kulturelle, soziale und ökonomische Funktionen erfüllen; bei der Funktionsanalyse liegt der Schwerpunkt dann aber eindeutig auf der ökonomischen Systemreferenz.[343] Auf der Ebene der Rechtstheorie könnte hier in weiterer Forschung die in anderen Sozialwissenschaften intensiv geführte Theorie- und Methodendiskussion zum Funktionalismus aufgegriffen und produktiv verarbeitet werden.[344]

338 Der Topos der Funktion einer „funktionale Rechtswissenschaftstheorie" bei *van Aaken*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 79 bezieht sich auf die Rechts*wissenschaftstheorie*, also welche Funktion(en) eine Rechtswissenschaftstheorie – nicht die Rechtstheorie – leisten kann bzw. soll.

339 Zur frühen Begriffsbildung in der funktionalen Rechtstheorie *Krawietz*, Das positive Recht und seine Funktion, 1967, S. 29 – 64.

340 Negatives Beispiel bei *Kamp*, Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten, 2020, S. 5, 19, 177 – 322, der die Funktion durch Auslegung ermitteln möchte. Zu ungenau auch noch *Reinelt*, in: Hetmank/Rechenberg (Hrsg.), Kommunikation, Kreation und Innovation, 2019, S. 173 (174 – 179, 187 – 191).

341 Siehe dazu unten § 2 V 2.

342 *Fezer*, GRUR 2016, 30 (36): Multifunktionalität der Marke – allerdings mit Blick auf ökonomische Rationalitäten; zum durch den EuGH angestoßenen Multifunktionalismus einer Marke eingehend *Bathelt*, Die Unionsgewährleistungsmarke, 2021, S. 22 – 150.

343 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461; *Li*, Multifunktionalität, Monopol und sektorspezifische Aufsicht, 2020, S. 16 – 19, 51 – 148.

344 Beispielsweise *Stark*, in: Jetzkowitz/Stark (Hrsg.), Soziologischer Funktionalismus, 2003, S. 7; die Diskussion aufgreifend *Czerwick*, Funktionalismus, 2015.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Institutionenmissbrauch als Inspiration

Das institutionelle Rechtsdenken und die Verknüpfung mit Funktionen einzelner Institutionen auf rechtstheoretischer Ebene hat auch teilweise Einzug in die Rechtsdogmatik unter dem Stichwort des Institutionenmissbrauchs erhalten.[345] Im Zentrum dabei steht primär der Vertrag als Privatrechtsinstitut. Der Institutionenmissbrauch wurde beispielsweise dafür herangezogen, um zu begründen, dass ein Vertrag zulasten Dritter aufgrund immanenter Grenzen der Privatautonomie unwirksam sei.[346] Dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Institutionenmissbrauch ist die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung bzw. des Rechtsmissbrauchs, welche in § 242 BGB verortet wird.[347]

Der Institutionenmissbrauch[348] geht auf die Unterscheidung *Ludwig Raisers* zwischen individuellem Rechtsschutz und Institutionenschutz zurück:[349] Danach sieht das Recht nicht nur einen Rechtsmissbrauchseinwand vor, wenn durch den privatautonomen Gebrauch eines Rechtsinstituts subjektive Rechte (z.B. eines Vertragspartners) beeinträchtigt werden, sondern auch dann, wenn der Gebrauch nicht der „Idee" oder Funktion des Rechtsinstituts entspricht.[350] Rechtsinstitute verkörpern demnach nicht nur subjektive Rechte, sondern werden (zumindest auch) als objektives Recht betrachtet. Rechtsinstitute spiegeln somit auch soziale Organisationsformen[351] – Institutionen. *Teubner* greift dies auf und unterscheidet neben dem individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauch noch den gesellschaftlichen Rechtsmissbrauch,[352] womit die gesellschaftliche Makroebene als Bezugspunkt ergänzt werden konnte. Durch die Anerkennung eines institutionellen und gesellschaftlichen Rechtsmissbrauchs entstehe eine „Bin-

345 Grundlegend *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124.
346 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 36.
347 *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 224; monographische Aufbereitung jüngst bei *Guski*, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019.
348 Siehe *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 226 mwN zu historischen Vorgängern aus den 1930er Jahren.
349 Grundlegend *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, [1963] 1977, S. 124; noch heute wird beim Rechtsmissbrauch zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch kategoriell unterschieden, so *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 225; das Konzept des institutionellen Rechtsmissbrauch hat vor einiger Zeit das BAG für das Befristungsrecht herangezogen: BAG, Urt. v. 26.10.2016, 7 AZR 135/15.
350 Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 226.
351 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 171.
352 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 38 – 44, 89 – 92, 105 – 110.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung“ als objektive Leitlinie für die individuelle Interessenwahrnehmung. „Jede Rechtsausübung hat sich im Rahmen des mit der Ordnung des jeweiligen Rechtsinstituts gesetzten Zwecks zu bewegen.“[353] Damit baut der Institutionenmissbrauch auf dem rechtstheoretischen Grundgedanken auf, dass eine Rechtsordnung nicht nur auf (der Gewährung von) subjektiven Rechten aufbaut, sondern gleichzeitig auch auf der Stabilisierung objektivrechtlicher Institute.[354] Es geht um die „Kompatibilisierung“ widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung und damit um eine „Vergesellschaftung“ des Rechts.[355] Die Lehre vom Institutionenmissbrauch dient vor diesem Hintergrund als argumentative Grundlage für die dogmatische Begründung ungeschriebener, immanenter Schranken bzw. Grenzen subjektiver Rechte (z.B. der Vertragsfreiheit), die aus objektiven Funktionen folgen.[356] „Die Lehre vom Institutsmissbrauch führt somit zur Begrenzung der möglichen Inanspruchnahme des Instituts durch dessen *Funktion*, indem sie einem funktionswidrigen Gebrauch die rechtliche Anerkennung versagt.“[357] Es geht um einen (objektiven) „Fehlgebrauch“ eines Rechtsinstituts, infolgedessen Rechtsschutz vorenthalten wird.[358] Damit wird zwar grundsätzlich die individuelle Kreativität im Schuldrecht durch die Privatautonomie gewahrt, jedoch müssen sich Privatrechtsakteure innerhalb der Grenzen der rechtlich bereitgestellten Institute für ihre Rechtsgeschäfte bewegen. Dadurch entsteht eine „Bindung an den Sinngehalt der verfügbaren Kommunikationsmuster“[359]. Damit trägt der Rechtsmissbrauchseinwand dem Umstand Rechnung, dass der Vertrag von einem oder von beiden Parteien als Mittel für Zwecke eingesetzt wird, die „über die von der Rechtsordnung dem Vertrag zugewiesenen Funktionen hinausgehen“.[360]

Diese Untersuchung ist von dieser Lehre des Institutionenmissbrauch inspiriert. Allerdings kann sie hier nicht problemlos übernommen werden. Das liegt primär daran, dass hier die Unterscheidung von Institut und Institution sowie die Funktionsanalyse als rechtstheoretisches Analyseinstru-

353 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 171.
354 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 36; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 407.
355 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 22.
356 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 36.
357 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.
358 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 172 f.
359 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 171.
360 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ment verwendet werden soll. Das Institutionendenken wird hier nicht eingesetzt, um rechtsdogmatisch Grenzen der Vertragsfreiheit aus dem „Wesen" des Vertrages oder seiner Funktion zu begründen. Für die rechtstheoretische Reflexionsebene,[361] die einen Kontakt zur sozialen Wirklichkeit des Rechts sucht, können Grundgedanken des Institutionenmissbrauchs jedoch adaptiert werden. Grundgedanke des Institutionenmissbrauchs ist es, dass aus der sozialen Umwelt des Rechts („Wesen" bzw. feste Funktion einer Institution) Konsequenzen für das Recht entstehen (Nichtigkeit des Gebrauchs eines subjektiven Rechts). Dabei ist ein *dogmatischer* Schluss von (sozialer) Funktion auf eine rechtliche Nichtigkeitsfolge nicht zwingend. Insbesondere ein rechtswissenschaftstheoretisches Vorverständnis, das sich vom Rechtssystem abgrenzt, möchte nicht primär Aussagen über die Dogmatik treffen. Doch gerade für eine rechtswissenschaftliche Analyse eines Rechtsinstituts kann die Funktionsanalyse ein adäquates Mittel sein; die Frage nach der sozialen Funktion eines Instituts kann das Recht produktiv irritieren. Indem die Rechtswissenschaft nach theoretischen Konzeptionen der Vertragsfunktion fragt, kann sie die auf diese Weise gewonnen Erkenntnisse produktiv für eine Kritik oder einen dogmatischen Konstruktionsvorschlag nutzen. Die Funktion bildet den Ausgangspunkt für rechtsdogmatische Anknüpfungen, nicht ihren Endpunkt.[362] Damit sind keine verbindlichen Aussagen über dogmatische Konstruktionen verbunden; die Funktionsanalyse bietet vielmehr eine rationale Grundlage für die weitere Untersuchung. Gleichzeitig wird damit die Forderung eingelöst, nach der die Rechtswissenschaft Instrumente für die hinreichende Erfassung der (unterschiedlichen) sozialen Funktionen von Rechtsinstituten sowie den mit ihnen verbundenen subjektiven Rechten entwickeln müsse.[363]

IV. Historische Kontingenz der Vertragsfunktionen

Damit stellt sich die Frage, wie die Funktionen von Verträgen beschrieben werden können, wenn man nicht auf ein ihnen immanentes Wesen abstellen möchte. Hier liegt eine soziologische Beschreibung der tatsächlichen Auswirkungen von Verträgen in der Gesellschaft nahe. Ausgangspunkt

361 *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (319 f.): Rechtswissenschaft als Reflexionstheorie des Rechts.
362 So auch *Starke*, Vertragsfreiheit und EU-Grundrechte, 2016, S. 14, 17.
363 *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (324).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

muss dabei die Einsicht sein, dass die Grundbegriffe des Privatrechts wesentliche Verschiebungen ihrer Bedeutung erfahren, wodurch auch ein Funktionswandel der einzelnen Privatrechtsinstitute eintritt.[364] Diese Verschiebungen werden provoziert durch Änderungen der gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen. Die Grundbegriffe unterliegen insbesondere einer Begriffsveränderung in Abhängigkeit von der jeweiligen Sozialstruktur einer Gesellschaft – und das bei Beibehaltung[365] der tradierten Begriffe. Änderungen der Bedeutung von Begriffen sind vor allem im Zuge von Änderungen der gesellschaftlichen Differenzierungsform zu erwarten.[366] Diese Begriffsverschiebung im Zuge des historischen und sozialen Wandels lässt sich für den Vertrag und seine Funktionen in exemplarischer Auseinandersetzung mit dem Narrativ „*from status to contract*" zeigen. Dadurch kann auch der Anknüpfungspunkt für eine Funktionsanalyse des Vertrages in einer modernen Gesellschaft präzisiert werden. Erst durch die Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierte Gesellschaft lässt sich eine darauf bezogene Funktionsanalyse des Vertrages durchführen, die die heutigen gesellschaftlichen Umstände adäquat abbildet.

I. Bedeutung und Grenzen eines Narrativs

Ein erster (historischer) Anknüpfungspunkt für die Beschreibung der gewandelten Vertragsfunktionen bei gewandelten gesamtgesellschaftlichen Verhältnissen könnte *Maines* anthropologisches Entwicklungsgesetz des „*movement from status to contract*" sein. Auf diese Idee könnte man kommen, weil das Narrativ der Entwicklung „*from status to contract*" bzw. in teilweise kritischer Konnotation umgekehrt „*from contract to status*" in der zeitgenössischen Literatur herangezogen wird, um Veränderungen des Vertrages und des Vertragsrechts zu beschreiben.[367]

Die These „*movement from status to contract*" stammt von *Henry Maine*.[368] *Maine* entwickelte dieses Entwicklungsgesetz[369] von (Pri-

364 Grundlegend zu einem solchen Funktionswandel *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 13 – 32 sowie S. 99 – 134 zum Funktionswandel des Vertrages.
365 *Auer*, Der Privatrechtsdiskurs der Moderne, 2014, S. 49 – 55.
366 *Wielsch*, in: FS Amstutz, 2012, S. 329 (329 f.) bezüglich des Eigentums.
367 *Joerges*, AG 1991, 325; *Schwab*, DNotZ Sonderheft 2001, 9; *Bruns*, JZ 2007, 385.
368 *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 173 f.
369 *Maine* lag dabei ein anthropologischer Gedanke zugrunde, „*the natural history of law*", so die Formulierung von *Pollock* in *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. XVI.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vat-)Rechtsordnungen unmittelbar für den Übergang von Rechtsordnungen archaischer Gemeinschaften zum klassischen römischen Recht,[370] bezog sie jedoch auch bereits selbst auf die Ablösung der Feudalordnung durch die Bürgerliche Gesellschaft in Europa.[371] Danach seien archaische Gemeinschaften durch eine Statusordnung geprägt, wobei *Maine* eine spezifische Konzeption von Status verfolgt.[372] Es geht ihm um die Individualperson als primäres Zurechnungs- und Verantwortungssubjekt[373] aus der Sicht des Rechts und darum, die eigene Rechtstellung eigenständig abzuändern. In archaischen Gemeinschaften seien Rechte und Pflichten einer Person vom Recht ohne seine Zustimmung auferlegt. Dieser Status werde von der – patriarchalisch[374] geprägten – Familie abgeleitet.[375]

Maine verwendet die Entwicklung „*from status to contract*" somit in einem gesamtgesellschaftlichen Kontext. Er beschreibt damit Veränderungen bezüglich der Möglichkeiten und Formen einer Änderung der Rechtsstellung innerhalb veränderter gesellschaftlicher Strukturen.

> „*The transition from archaic to classic law and the transition from feudal law to common law are both characterized by the fact that the legal situation of the individual is no longer dependent upon his social status in a hierarchic system of order but, instead, is determined by his efficiency and capabilities in a capitalistic economy, an economic order that places the institution of contract at his disposal as the instrument of free and responsible determination of legal relations.*"[376]

Damit fokussiert sich *Maine* jedoch auf eine Beschreibung der gesamten Gesellschaft unter dem Blickwinkel, inwieweit Rechtsstellungsänderungen – und damit Freiheiten – möglich sind.[377] Dabei ist für *Maine* das Haupt-

370 *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 3 V.

371 Dies betont auch die Anmerkung von *Pollok* in *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 184; so auch *Joerges*, AG 1991, 325 (328).

372 Zur Diskussion um den Statusbegriff bei *Maine* siehe *K. I. Schmidt*, 65 The American Journal of Comparative Law 145, 154 (2017).

373 Deutlichbei *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 172: „*The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account.*"

374 *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 140 f.

375 *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 172 – 174.

376 *Rehbinder*, Stanford Law Review 23, 941 (942); dies übernimmt in deutscher Übersetzung *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 3 V.

377 Deutlich *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 325 f.: „*The point which before all others has to be apprehended in the constitution of primitive societies is that the individual creates for himself few or no rights, and few or no duties. The rules which*

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unterscheidungsmerkmal moderner Gesellschaften zu früheren Gemeinschaften das Ausmaß der Sphären, die vom Vertrag eingenommen werden und damit freiere Rechtsstellungsänderungen zulassen.[378] Hinzu kommt ein anthropologischer Evolutionsgedanke: die Entwicklung antiker bzw. primitiver Gesellschaften hin zu progressiven Gesellschaften (bzw. von „Gemeinschaften" zu „Gesellschaften").[379] Man kann daher auch von einem Übergang einer Statusgesellschaft (bzw. -gemeinschaft) hin zu einer Kontraktgesellschaft sprechen.[380] Eine Aussage über veränderte Funktionen des Vertrages erfolgt dadurch nicht. *Schmidt* wies hier treffend darauf hin, dass sich Autor*innen, die mit dem Narrativ des „*from status to contract*" Veränderungen des Vertragsrechts beschreiben wollen, lediglich rhetorisch an *Maine* anlehnen.[381]

2. Status- und Zweckkontrakte

Die Unterscheidung zwischen Status und Kontrakt ist jedoch für diese Untersuchung nicht völlig gegenstandslos. *Max Weber* griff bewusst die Terminologie *Maines* auf, um sein Entwicklungsgesetz zu kritisieren,[382] indem „nicht die Entwicklung vom ‚Status' zum ‚Kontrakt', sondern – unter der Prämisse der universalhistorischen Bedeutung des Vertrages – nur ein Wechsel der Vertragsart, nämlich vom Status- zum Zweckvertrag postuliert wird."[383] *Weber* sieht damit den Vertrag als eine wesentliche Möglichkeit der Begründung von subjektiven Rechten an. Dabei unterscheidet er zwei Formen von Verträgen: Status-Kontrakte und Zweck-Kontrakte:[384] Im Zuge gewandelter gesellschaftlicher Umstände und Anforderungen an eine Rechtsordnung haben sich die Bereiche verändert, in denen Rechtsänderungen durch einen Vertrag begründet werden: Während urwüchsige Bereiche, wie

---

he obeys are derived first from the station into which he is born, and next from the imperative commands addressed to him by the chief of the household of which he forms part. Such system leaves the very smallest room for Contract."

378 *Maine*, Ancient Law, 1920 [1861; 1906], S. 319.

379 *K. I. Schmidt*, 65 The American Journal of Comparative Law 145, 151 (2017).

380 *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 36 = WuG 413 – 414.

381 *K. I. Schmidt*, 65 The American Journal of Comparative Law 145, 149, 169 f. (2017); ähnlich auch *Joerges*, AG 1991, 325 (328 f.): Rückkehr zu einer Statusordnung stehe nicht zur Debatte, dennoch sei das Status-Konzept lebendig geblieben.

382 So auch *K. I. Schmidt*, 65 The American Journal of Comparative Law 145, 153 (2017).

383 So im Nachwort von *Gephardt* zu *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 204; vgl. dort auch S. 263.

384 *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 38 f. = WuG 414 – 416.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Unterwerfung unter ein Gericht oder die Begründung eines Lehen, früher durch Statusverträge geregelt wurden, nimmt in modernen Gesellschaft der Vertrag in anderen Bereichen – insbesondere ökonomischen – eine stärkere Stellung ein. Der Vertrag ist damit eine gemeinsame Form, mit der bestimmte Rechtsänderungen vorgenommen werden können. Welche Art diese Rechtsänderung hat, hat sich jedoch im Wechsel der Gesellschaftsformen gewandelt: So wurden Verträge bereits früh in der Geschichte genutzt. Sie wurden dabei allerdings selten bzw. nur sekundär für wirtschaftliche Transaktionen verwendet. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien waren dabei personenumfassend; dies nannte *Weber* „Statusverträge".[385] Mit Aufkommen des Kapitalismus und der Anpassung des Rechts an diese wirtschaftliche Rationalität wird die moderne Form des Vertrages vor allem in der Wirtschaft genutzt und hat dabei einen engen Geltungsbereich; daher nennt *Weber* diese Art von Verträgen „Zweckverträge". „Damit der rationale Kapitalismus effektiv funktionieren kann, ist es absolut unerlässlich, dass die Übertragung von Eigentum sicher ist und problemlos funktioniert, und dies ist etwas, was nur der moderne (zweckbestimmte) Vertrag sicherstellen kann."[386] Die juristische Konzeption dieser modernen Form des Vertrages, welche den ökonomischen Tausch absichert, reagiert damit auf die Entstehung von Märkten sowie auf die Entwicklung des Geldsystems bzw. die Geldfunktion bestimmter Güter.[387]

Diese Definition der beiden Vertragsformen als Idealtypen kann auch funktional umschrieben werden: Früher erfüllte der Vertrag insbesondere eine Statusfunktion – wenn ein Vertrag geschlossen wurde, wurde damit die Gesamtrechtsstellung einer Person oder einer Gruppe verändert. Wenn jedoch Zweckkontrakte nur noch für spezifische – insbesondere ökonomische – Zwecke verwendet werden, wandelt sich auch die Funktion des Vertrages.

3. Status – Kontrakt – Rolle

Diese funktionale Re-Formulierung der Unterscheidung *Webers* zwischen Status- und Zweckkontrakten griff auch *Rehbinder* auf.[388] Ähnlich wie hier beobachtete er, dass es insbesondere bei *Weber* um Verträge und ihre

385 So auch *Swedberg*, Grundlagen der Wirtschaftssoziologie, 2009, S. 227.
386 *Swedberg*, Grundlagen der Wirtschaftssoziologie, 2009, S. 227.
387 *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 40 = WuG 416 – 417.
388 *Rehbinder*, 23 Stanford Law Review 941 (1971).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Funktion in der Gesamtgesellschaft geht. So wie *Weber* kommt auch er zum Schluss, dass immer weniger Verträge in modernen Gesellschaften eine Statusfunktion erfüllen. Anders als *Weber* geht er jedoch auch davon aus, dass eine Beschreibung moderner Verträge als Zweckkontrakte immer weniger plausibel erscheint. Er schlägt daher eine dritte Kategorie von Verträgen bzw. eine weitere Vertragsfunktion vor, die er mit dem Begriff der Rolle entwickelt. *Rehbinder* wählt für die Beschreibung des modernen Vertrages den soziologischen Rollenbegriff[389]. Das Kontraktrecht wählt als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfähigkeit den Personenbegriff, womit aber eine Privatrechtsakteur*in für das Recht sozial isoliert wird: Alle Akteure haben die gleiche Rechtsfähigkeit, Eigentumsfreiheit oder Vertragsfreiheit unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten. Das Statusrecht hingegen berücksichtigt das Individuum nur als Gruppenmitglied, also als einen sozial fest und absolut eingegliederten Teil eines Kollektivs.[390] Der moderne Vertrag und das moderne Vertragsrecht können aber durch keine dieser Beschreibungen adäquat abgebildet werden: „*The law of the welfare state considers man within his social context and again undertakes the regulation of his legal relationship, but it differentiates according to the subject's position in the social system.*"[391] Da das Recht an die jeweilige soziale Position anknüpft, greift das Recht auf soziale Rollen zurück.[392] Diese These steht dann unter der Prämisse, dass durch einen Vertrag spezifische soziale Rollen begründet bzw. stabilisiert werden, wodurch sich das Vertragsrecht irritiert. Der Vertrag dient dann weder der Begründung von Statusverhältnissen noch der gänzlich selbstbestimmten Durchführung von ökonomischen Transaktionen, sondern primär der Zuweisung bzw. Stabilisierung spezifischer Rollen. Dadurch, dass das Recht aber feste Rollen bei einem Vertrag vorsieht, verändert sich der Charakter der Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit bedeutet in Bezug auf die Rollen nicht mehr, die Rolle zu gestalten oder zu erschaffen, sondern verändert sich zur Freiheit,

389 Grundlegend *Dahrendorf*, Homo Sociologicus, 1965 auf den sich *Rehbinder* ausdrücklich bezieht.

390 *Rehbinder*, 23 Stanford Law Review 941, 950 f. (1971).

391 *Rehbinder*, 23 Stanford Law Review 941, 951 (1971).

392 *Rehbinder*, 23 Stanford Law Review 941, 951 – 953 (1971). Einen ähnlichen Zugang wählen *Childres/Spitz*, 47 New York University Law Review 1 (1972), die auf einen (jedoch zu *Rehbinder* anderer) Rollenbegriff zurückgreifen, damit den Statusbegriff präzisieren und ein Modell entwerfen, um drei Vertragstypen zu unterscheiden.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine Rolle zu wählen.[393] Damit ist keine Rückkehr zu einem Statusdenken iSe fehlenden Flexibilität bezüglich der eigenen Gestaltung der Rechtsstellung verbunden, sondern darin kommt der Anspruch des Vertragsrechts zum Ausdruck, genau diese Flexibilität rechtlich abzusichern, wozu das Vertragsrecht an Rollenbeschreibungen anknüpft.[394]

Während diese Beschreibung moderner Verträge, insbesondere in Anbetracht von Standardisierungen und AGB, eine gewisse Plausibilität bietet, fehlt eine Beschreibung der Veränderung der Gesamtgesellschaft auf der Makroebene. Der von *Rehbinder* verwendete Rollenbegriff ist ein Topos auf der Mesoebene. Gesucht wird jedoch eine *Gesellschafts*theorie, also eine Theorie, die die Gesellschaft auf der Makroebene erklären kann. Der von *Rehbinder* verwendete Begriff der Rolle ist nur ein Ausschnitt der sozialen Wirklichkeit, auf den sich der Vertrag beziehen kann und auf den das Vertragsrecht zurückgreift. Es sind vielmehr allgemein *soziale Grenzziehungen*, die heute die Institution Vertrag prägen, weshalb statt von Status oder Rolle auch allgemeiner von Inklusion und Exklusion gesprochen werden kann.[395] Hier kann die soziologische Gesellschaftstheorie der funktionalen Differenzierung Aufschluss geben: Mit ihrer Hilfe lässt sich auf der gesellschaftlichen Makroebene erklären, wie *Rehbinder* zu der Verbindung zwischen Vertrag und Rolle kommt. Gleichzeitig kann damit eine rechtstheoretische Verbindungslinie zu Ansätzen moderner soziologischer Jurisprudenz geschlagen werden, die in dieser Form noch nicht artikuliert worden ist. Zuletzt – und dies ist das Erkenntnisziel von § 4 dieser Untersuchung – können die Begriffe funktionale Differenzierung, Inklusion und Exklusion sowie Vertrag miteinander in Verbindung gebracht werden.

393 *Rehbinder*, 23 Stanford Law Review 941, 955 (1971); dem zustimmend *Nagelmüller/Krafka*, JURA 2013, 762 (767).

394 Ähnlich auch *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 431 f.; *Nagelmüller/Krafka*, JURA 2013, 762 (767).

395 So *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 3 V, jedoch ohne weitere Erläuterungen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Soziale Multifunktionalität des Vertrages in sozial differenzierten Gesellschaften

1. Funktionale Differenzierung und ihre Bedeutung für den Vertrag

Auch wenn *Maines* Narrativ des „*movement from status to contract*" keine unmittelbare Aussage zu den Vertragsfunktionen bei gewandelten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen trifft, zeigen insbesondere die Iterationen von *Weber* und *Rehbinder*, dass sich die Vertragsfunktionen in Abhängigkeit gesellschaftlicher Strukturverschiebungen gewandelt haben und wandeln. *Rehbinders* These, dass der Vertrag in der modernen Gesellschaft primär die Funktion erfüllt, einzelnen Personen Rollen zuzuweisen, genießt eine gewisse Plausibilität. Allerdings fehlt dieser These eine gesellschaftliche Beschreibung auf der Makroebene. Die Soziologie bietet dazu mehrere „Großtheoriefamilien", um die Gesellschaft zu beschreiben. Neben ungleichheits- oder kulturtheoretischen Zugängen zur Gesellschaft kennt die soziologische Gesellschaftstheorie differenzierungstheoretische Zugänge.[396] Ein solcher Zugang wird auch in dieser Untersuchung gewählt. Da die Theorie der funktionalen Differenzierung durch die Rezeption der Systemtheorie[397] bereits im Wissen der Rechtswissenschaft verankert ist, genügt es hier, lediglich einige Grundpfeiler der Theorie einzuschlagen.

Differenzierung kann als eine Grundkonstante in der Soziologie angesehen werden.[398] Das Konzept sozialer Differenzierung ist ein klassisches Theoriestück und gehört zum Kernbestand soziologischer Beschreibungen und Analysen moderner Gesellschaften.[399] Die differenzierungstheoretische Sicht auf die Gesellschaft betont dabei die horizontale Dimension: „Sie betont als prägendstes Merkmal moderner Gesellschaft, dass diese sich – im Unterschied zu allen Arten von vormodernen Gesellschaften – in ein Nebeneinander ungleichartiger Teilsysteme gliedert: Wirtschaft, Politik,

396 Zu diesen drei möglichen Zugängen zur Gesellschaftstheorie *Schimank*, Gesellschaft, 2013.

397 Dazu *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, S. 31 – 39; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 168, 234; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 13, 49.

398 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 595: „Seitdem es Soziologie gibt, befaßt sie sich mit Differenzierung."; ähnlich auch *Nassehi*, Differenzierungsfolgen, 1999, S. 105.

399 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (215); eine Übersicht über verschiedene differenzierungstheoretische Zugänge findet sich bei *Tyrell*, Soziale Systeme 4 (1998), 119.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht, Militär, Kunst, Wissenschaft, Journalismus, Bildung, Gesundheit, Sport und Intimbeziehungen."[400] Dabei können heute grundsätzlich zwei Lager von Differenzierungstheorien ausgemacht werden: Solche, die sich mehr oder weniger an der Theorie funktionaler Differenzierung im systemtheoretischen Kontext *Luhmanns* anlehnen, und solchen mit einer stärker handlungstheoretischen Konzeption.[401] In *Luhmanns* Systemtheorie geht es beim Differenzierungsbegriff um Systemdifferenzierungen, und damit um eine spezifische Ausprägung von sozialer Differenzierung.[402] Er nennt vier verschiedene Idealtypen gesellschaftlicher Differenzierungsformen[403] – quasi als „Formenkatalog":[404] Segmentäre Differenzierung, Differenz zwischen Zentrum und Peripherie, Stratifikatorische Differenzierung sowie funktionale Differenzierung. Die moderne Gesellschaft lässt sich am ehesten als funktional differenzierte Gesellschaft beschreiben.[405] „[F]unktionale Differenzierung ist eine Differenzierungsform und steht in engem Zusammenhang mit einer Theorie der modernen Gesellschaft."[406] In der *Luhmann*'schen funktionalen Differenzierungstheorie geht es primär um die *Aus*differenzierung von Systemen:[407] Die moderne Gesellschaft wird vor bestimmte Probleme gestellt, während sich im Zuge ihrer Bewältigung jeweils problembezogene Teilsysteme herausbilden. „Die moderne Gesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sie mit Bezug auf bestimmte Probleme der Gesellschaft Teilsysteme ausdifferenziert, in denen diese Probleme bewältigt werden sollen."[408] Sie formieren sich als operativ geschlossene

400 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 38.
401 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (216).
402 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 596 f.
403 Der Begriff Differenzierungsform bezeichnet das Verhältnis der Teilsysteme zueinander in einem Gesamtsystem, *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 609.
404 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 613.
405 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (216) weist darauf hin, dass oftmals das Konzept der sozialen Differenzierung mit dem Konzept funktionaler Differenzierung gleichgesetzt wird.
406 *Luhmann*, in: ders., Schriften zur Organisation 3, S. 401 (401); ähnlich auch *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 37: „Die differenzierungstheoretische Perspektive sieht als integrales Ordungsmuster der modernen Gesellschaft deren funktionale Differenzierung an."
407 Zum Prozess der Ausdifferenzierung *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 597 – 600; siehe auch *Mayntz*, in: Mayntz et al (Hrsg.), Differenzierung und Verselbstständigung, 1988, S. 11 (20 – 23, 26 – 30).
408 *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, S. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

autopoietische Systeme,[409] die sich nicht nur durch das von ihnen zu bewältigende Problem unterscheiden, sondern – medientheoretisch ausgedrückt – auch durch ihr jeweils generalisiertes Kommunikationsmedium, an dem sich die Kommunikation im System orientiert.[410] Die so ausdifferenzierten Funktionssysteme der Gesellschaft unterscheiden sich damit primär hinsichtlich ihrer binären Codierung und damit bezüglich des verwendeten Kommunikationsmediums. Darüber hinaus unterscheiden sie sich auch hinsichtlich der Programme, die sie jeweils herausbilden, beispielsweise Theorien und Methoden als grundlegende Programme in der Wissenschaft.[411]

Handlungstheoretische Konzeptionen sozialer Differenzierung nehmen zwar die systemtheoretischen Überlegungen zum Ausgangspunkt, setzen dann jedoch eigene Schwerpunkte:[412] *Luhmann akzentuiert* mit der jeweils binären Codierung der Funktionssysteme als deren Leitwerte deren weitgehend teilsystemische Autonomie und damit ihre selbstreferenzielle Geschlossenheit. Die jeweiligen generalisierten Kommunikationsmedien wie Macht oder Geld können aber gleichzeitig als Handlungsorientierung von individuellen und kollektiven Akteuren angesehen werden. Der teilsystemische Leitwert verweist dann auf eine Leistung, die vom Funktionssystem durch das sich am Leitwert orientierenden Handeln für ein Publikum von Leistungsempfängern erbracht wird. So erbringt z.B. das Rechtssystem durch seine Leistungsrollenträger wie Gerichte, Richter*innen und Anwält*innen ein gesellschaftliches Angebot von Konfliktschlichtung. Damit betont der handlungstheoretische Ansatz die Perspektive der Fremdreferenz von Funktionssystemen: Funktionssysteme sind zwar kommunikativ geschlossen und selbstreferenziell; sie produzieren aber gleichzeitig durch real handelnde Akteure Leistungen, die sich am jeweiligen teilsystemischen Publikum – z.B. Kläger*innen oder Konsument*innen – mit ihren jeweiligen Interessen ausrichten.

Worin bestehen jetzt aus der Perspektive des Rechts und der Rechtswissenschaft die Vorteile einer Anreicherung der sozialen Differenzierung als funktionale Differenzierung durch handlungstheoretische Elemente?

409 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 599 f.
410 Dazu ausführlich *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 316 – 396.
411 *Luhmann*, in: ders., Schriften zur Organisation 3, S. 401 (406).
412 Zum nachfolgenden *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 39 f.; siehe auch zur Vereinbarkeit beider Konzeptionen auf theoretischer Ebene *V. H. Schmidt*, Zeitschrift für Soziologie 2005, 406.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Rezeption der Systemtheorie in der Rechtswissenschaft wird teilweise entgegengehalten, dass sie konkrete Personen ignoriere[413] und mit ihren abstrakten Begriffen eine Analyse von Fällen bloß vortäusche, in Wirklichkeit jedoch nur rhetorisch arbeite und somit für die Rechtswissenschaft unbrauchbar sei. Daran ist zwar richtig, dass der binär codierte teilsystemische Leitwert für sich genommen nicht viel aussagt. Analysen müssen auch die im Teilsystem ausgebildeten Programmstrukturen berücksichtigen, welche evaluative und kognitive Orientierung (z.B. Theorien im Wissenschaftssystem) bieten sowie normative Vorgaben (z.B. Spielregeln im Sportsystem) setzen, um als institutionalisierte Erwartungsstrukturen das Sollen zu regulieren.[414] Diese Begriffe für eine weitergehende Analyse kann zwar bereits die an Kommunikation ausgerichtete Systemtheorie liefern. Jedoch können diese – je komplexer die zu analysierenden Fälle werden – oftmals nicht ausreichen, da sie die Mikro- und Teile der Mesoebene eines Konfliktes ausblenden. Die handlungstheoretische Perspektive reichert daher das Analysepotential der Theorie funktionaler Differenzierung um einen weiteren wichtigen Aspekt an: die Konstellationsstrukturen der Akteure. Damit können individuelle und kollektive Leistungsrollenträger sowie die Publikumsrollenträger in einem System beschrieben und ihre Stellung zueinander analysiert werden. Dabei werden insbesondere teilsystemische Governance-Regimes relevant.[415] Damit bietet die handlungstheoretische Anreicherung nicht nur für Intersystemkonflikte eine weitere analytische Ebene an; durch die genauere Betrachtung systeminterner Strukturen und Konstellationen wird erst ein Anknüpfungspunkt geschaffen, um auch Intrasystemkonflikte zu beschreiben.[416] An mehreren Stellen dieser Untersuchung wird sich die Betrachtung der Konstellationsstrukturen der Akteure als gewinnbringend erweisen; eine Dimension der Umwelt des Rechts, die rein systemtheoretischen Konzeptionen oft verschlossen bleiben muss.

Beide Konzeptionen funktionaler Differenzierung betonen dabei die Relevanz von Rollen auf der gesellschaftlichen Mesoebene. Die einzelnen Funktionssysteme bilden auf der Makroebene Programmstrukturen aus, die als Rollenerwartungen an einzelne Personen herangetragen werden. Da-

413 Besonders prägnant *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 53 – 58.

414 Vgl. *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 43 f.

415 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 43 – 45.

416 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), Soziale Differenzierung, 2011, S. 261 arbeitet insgesamt fünf „Spiele" heraus, die generalisiert die Konfliktdynamiken in funktional differenzierten Gesellschaften abbilden, siehe dazu später unten § 6 III 2 c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

durch nehmen Personen innerhalb der einzelnen Funktionssysteme jeweils spezifische Rollen ein; sie werden in ihren spezifischen Rollen in die jeweiligen Systeme inkludiert, was handlungstheoretische Konzeptionen besonders deutlich durch die Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrolle ausdrücken.[417] Damit ist auch der Bogen zu *Rehbinders* These geschlagen, dass der Vertrag in modernen Gesellschaften durch Rollen charakterisiert werden könne. Die Theorie funktionaler Differenzierung liefert dazu eine komplementäre Beschreibung der Gesellschaft auf der Makroebene.

2. Multifunktionalität als Folge von Multilateralität

Vor dem Hintergrund der analytischen Unterscheidung von Selbst- und Fremdreferenz kann unsere Entscheidung für die begriffliche Differenzierung zwischen dem Vertrag als Institut und dem Vertrag als Institution überzeugen. Der Vertrag als Institut drückt auf der Ebene der Rechtstheorie die selbstreferenzielle Perspektive des Rechts auf den Vertrag aus, während der Vertrag als Institution unterschiedliche fremdreferenzielle Perspektiven widerspiegeln kann.[418] Das bedeutet aber, dass für eine ganzheitliche Analyse des Vertrages nicht mehr nur auf die rechtliche Perspektive abgestellt werden kann. Der Vertrag ist gleichzeitig eine Operation des Rechtssystem wie auch anderer Systeme. Der Vertrag ist damit sozial multilateral.[419] Indem das Recht das Institut des Vertrages für die ganze Gesellschaft[420] zur Verfügung stellt, können auch andere Kommunikationszusammenhänge darauf zugreifen. Dadurch erfüllt der Vertrag aus Sicht anderer sozialer Systeme jeweils unterschiedliche Funktionen.[421] Daraus folgt zum einen auch, dass die einzelnen Funktionsbeschreibungen nebeneinander existie-

417 Siehe dazu ausführlicher unten § 4 III 2 a.

418 Ähnlich in Bezug auf die unterschiedlichen Beobachtungsperspektiven *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (325).

419 Für das Immaterialgüterrecht zunächst *Wielsch*, Zugangsrechte, 2008, S. 32 (dort noch mit den Begriffen Mehrsystemzugehörigkeit bzw. Multifunktionalität); dann allgemein bzgl. subjektiver Rechte *ders.*, AcP 213 (2013), 718 (746 – 749); *ders.*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (310) für das Eigentum.

420 Genauer: für die gesamte Umwelt des Rechts.

421 Nach traditioneller systemtheoretischer Semantik müsste man zwischen Funktionen und Leistungen unterscheiden: Funktionen beziehen sich auf die gesamte Gesellschaft, während der Begriff der Leistung die Perspektive eines anderen Systems einnimmt, siehe dazu *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 757 – 760.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren, sich also nicht gegenseitig ausschließen.[422] Zum anderen folgt daraus, dass im Recht nicht eine dieser Funktionsbeschreibungen für ausschließlich normativ erklärt werden sollte und nicht kann; eine Funktionsanalyse ist eine beschreibende Bestandsaufnahme der sozialen Umwelt des Rechts. Welche Konsequenzen das Recht aus einer solchen Beschreibung zieht oder ziehen sollte, ist eine andere, normative Frage, die das Recht nach seiner Eigenrationalität beantworten muss. „Die funktionale Analyse begründet also gerade keine Rechtssatz*synthese*."[423]

Die Unterscheidung zwischen Institut und Institution kann daher als rechtstheoretisches Beobachtungsinstrument des Rechts angesehen werden, mit deren Hilfe die Rechtswissenschaft die fremdreferenziell wahrgenommenen Auswirkungen der Rechtsausübung (hier: von Vertragsschlüssen, indem zwei oder mehr Parteien von ihrem subjektivem Recht der Vertragsfreiheit Gebrauch machen) in der sozialen Umwelt reflektieren kann.[424] Diese Multilateralität von Rechtsinstituten klingt bereits bei *Ludwig Raiser* an: „Es [das Privatrecht] darf sich nicht aus ängstlicher Sorge vor einem Verlust seiner Identität in seinen klassischen Denkformen abschließen, sondern muss sich der Aufgabe stellen, allein oder im Zusammenwirken mit dem öffentlichen Recht den Bereich zu ordnen und zu gestalten, den wir oben als einen ‚öffentlichen' bezeichnet haben. Das kann nur gelingen, wenn es der *Vielzahl der Lebensbereiche* und Bedürfnisse einer Industriegesellschaft dadurch Rechnung trägt, dass es gerade seine tragenden Rechtsinstitute nicht auf eine einzige gesellschaftliche Funktion festlegt, sondern eine *Mehrheit und Veränderlichkeit der Funktionen* ins Auge fasst."[425]

---

422 Zutreffend *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 129, der sich gegen eine Festlegung auf eine bestimmte Vertragsfunktion wendet: „Gegen diesen Schluß spricht indes, daß im Rahmen komplexer Gesellschaftssysteme stets mehr als nur eine einzige Vertragsfunktion vorstellbar bleibt."

423 *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 132.

424 *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (743 – 745); ähnlich auch *Teubner*, in: AK-BGB, 1980, § 242 Rn. 20: „Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen, dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen."; *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 48 f. weist darauf hin, dass jedes System über einen äußeren Bereich verfügen muss, um fremdreferenzielle Umweltanforderungen an das System systemintern zu verarbeiten und sich dadurch anpassen zu können.

425 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (222) [Hervorhebungen hinzugefügt]; Siehe ausführlicher zu *L. Raisers* Vertragstheorie unten § 4 II 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Multilateralität des Vertrages hat zuerst *Teubner* in seiner Vertragstheorie aufgegriffen und in mehreren Schritten entwickelt. Der „frühe" *Teubner*, also noch vor einer Umstellung auf ein gänzlich systemtheoretisches Denken, greift in seiner Vertragstheorie *L. Raisers* Konzeption des Vertrages als Institution auf, um den Zusammenhang zwischen Rechtsnormen und sozialen Handlungsstrukturen zu verdeutlichen.[426] Der Vertrag als Institution[427] kann dann aber nicht mehr bloß vom Parteiwillen her gedacht werden: „Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen, dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen."[428] Als unterschiedliche Steuerungsebenen greift *Teubner* dann in Anlehnung an *Luhmann*[429] die drei sozialen Ebenen von Interaktion, Institution bzw. Organisation und Gesellschaft als unterschiedliche Ebenen der Systembildung auf, die auf einen Vertrag einwirken bzw. mit ihm in einem Kopplungsverhältnis stehen. Diese Ebenen könnten dann insbesondere über die Generalklausel des § 242 BGB in das Recht zurückgeführt werden: § 242 BGB „ist dann als Verweisung auf diese drei Systembildungsebenen zu verstehen, als Transformation von deren Steuerungsimpulsen und ihre rechtsspezifische Abstimmung für vertragsrechtliche Einzelentscheidungen."[430] Es geht dann um die „Kompatibilisierung" widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung, und damit schlussendlich um eine „Vergesellschaftung" des Rechts in den Generalklauseln.[431]

Der „späte" *Teubner*, also nach der gänzlichen Umstellung auf ein systemtheoretisches Denken, verlagert das Erkenntnisinteresse dann nur noch auf die gesellschaftliche Ebene und spricht von einer „Polykontexturalität"[432] bzw. „Hybridisierung"[433] des Vertrages. Durch die noch stärkere Anlehnung an *Luhmanns* Systemtheorie wird der Fokus auf die verschie-

426 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20.
427 Beim „frühen" *Teubner* ist nicht ganz klar, ob er den Vertrag (noch) als Institution konzipiert, so *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 16, oder (bereits) den „Vertrag als System" versteht, so *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 21.
428 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20.
429 *Luhmann*, Soziologische Aufklärung 2, 1975, 9.
430 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 21.
431 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 22.
432 *Teubner*, 9 Social & Legal Studies 399, 403 (2000).
433 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

denen strukturellen Kopplungen des Vertrages zu den Funktionssystemen der Gesellschaft wie Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft etc. gelegt, womit gleichzeitig eine monistisch-wirtschaftliche Konzeption von Privatrechtsinstituten aufgebrochen werden soll.[434] Damit wird die Konzeption des Vertrages als konsensuale Austauschbeziehung zweier Rechtssubjektive noch weiter zurückgedrängt. Der Vertrag sei vielmehr gleichzeitiger Ausdruck unterschiedlicher und auseinandergehender Rationalitäten, wodurch sich die traditionelle Zweipersonenbeziehung in eine polykontexturale Beziehung gewandelt habe.[435] Ein einzelner Vertrag lässt sich in einer modernen Gesellschaft grundsätzlich in drei Operationen zerteilen, die jeweils in unterschiedlichen Systemen ablaufen:[436] (1) eine ökonomische Transaktion, (2) „*a productive act*", womit *Teubner* meint, dass jeder Vertrag in einen spezifischen sozialen Systemkontext wie Technologie, Medizin, Medien, Wissenschaft, Kunst etc. eingebunden ist und dort eine produktive Operation darstellt, sowie (3.) eine rechtliche Operation. „*The single contract is fragmented into a multiplicity of different operations, each occurring in a different mutually-closed discourse.*"[437] *Wielsch* bringt es konzise auf den Punkt:

> „Ein und derselbe Vertrag steht in der Referenz unterschiedlicher sozialer Systeme; er erscheint als gleichsam multipliziert in eine Vielzahl von nicht aufeinander reduzierbaren Projekten innerhalb verschiedener Sinnwelten. Diese spezialisierten Sinnwelten legen dem Vertrag eine je unterschiedliche Bedeutung und einen unterschiedlichen Informationsgehalt bei. Da die überwiegende Zahl von Verträgen als gegenseitige Verträge entgeltlich geschlossen wird, wird der Vertrag etwa regelmäßig als wirtschaftliche Transaktion rekonstruiert, die der Wirtschaft Informationen über Nutzungsalternativen für die gehandelten Güter gibt. Die vertragscharakteristische Leistung bringt die daneben bestehende Relevanz des Vertrages für Projekte in Technik, Wissenschaft, Medizin, Sport, Tourismus oder Kunst zum Ausdruck."[438]

Teubner blendet hier – vielleicht bewusst als Akzentverschiebung – die konkreten Akteure und Akteurinnen eines Vertrags(-schlusses) aus. Indem

434 Vgl. *Teubner*, 9 Social & Legal Studies 399, 405 (2000).
435 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 52 (2007).
436 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 52 (2007).
437 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 52 f. (2007).
438 *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (748).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Recht für sein Institut Vertrag jedoch akteursbezogene Voraussetzungen wie z.B. die Rechtsfähigkeit oder die Abgabe von Willenserklärungen stellt, können selbst bei einer systemtheoretischen Re-Konstruktion des Vertrages die daran unmittelbar beteiligten Personen (= psychische Systeme) nicht ignoriert werden.[439]

Diese unterschiedlichen Systemreferenzen können auch für den hier betrachteten Fall des Stadionverbots angewendet werden. Aus der Sicht des Rechtssystems handelt es sich um zwei übereinstimmende Willenserklärungen, durch die ein gegenseitiges Pflichtenprogramm normativ begründet und durch eine potentiell zwangsweise Durchsetzung vor staatlichen Gerichten stabilisiert wird. Aufgrund des Pflichtenprogramms wird der Vertrag als Zuschauervertrag mit gemischt-typischen Elementen kategorisiert. Aus der Perspektive des Wirtschaftssystems hingegen wird vielmehr der „Kauf" des Tickets als relevante ökonomische Transaktion wahrgenommen. Zuletzt ist der Vertrag aber auch eine Operation des Sportsystems; auch der Sport ist ein eigenes, operational geschlossenes Funktionssystem der Gesellschaft, das „aus körperlichen Leistungen, aus der Beobachtung dieser Leistungen, ihrer Aufzeichnung und schließlich dem Vergleich von Leistungen besteht."[440] Durch den Vertrag kann der Fußballfan am Erlebnis „Stadionbesuch" partizipieren; indem eine Vielzahl solcher Verträge geschlossen werden, entsteht überhaupt erst ein solches soziales Ereignis.[441]

Durch diese Perspektive der Multilateralität oder Polykontexturalität des Vertrages können insbesondere Inter-Systemkonflikte[442] freigelegt werden, worauf *Teubner* auch sein Erkenntnisinteresse beschränkt. Aufgabe des Vertragsrechts sei es, Kollisionen der „*different privities*" zu entscheiden.[443] Aber nicht jeder soziale Konflikt, der an das Recht herangetragen wird, ist ein Intersystemkonflikt, den das Recht dadurch lösen kann, indem es die Kollision unterschiedlicher Rationalitäten auf der gesellschaftlichen Makroebene aufzulösen versucht. An das Recht werden auch Intrasystemkonflikte herangetragen. Um hier adäquate Lösungen bereitzustellen, ist das Recht aber auf eine Analyse der gesellschaftlichen Mikro- und Mesoebene angewiesen. Diese Dimensionen sozialer Konflikte gehen durch eine

439 Die Konzeption des Vertrages als (meist bipolares) Interaktionssystem findet sich noch bei *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (748).
440 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 148; siehe auch unten § 4 III 2 a; § 6 II 1.
441 Ausführlich dazu unten § 6 und § 7.
442 Vgl. *Teubner*, 9 Social & Legal Studies 399, 413 f. (2000).
443 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 53 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

einseitige Betonung der funktionssystemischen Dimension verloren. Der „frühe" *Teubner* zeigte hier ein deutlicheres Gespür für die Bedeutung und die Wechselwirkungen aller gesellschaftlicher Ebenen.[444] Wendet man das vertragstheoretische Modell des „späten" *Teubners* unhinterfragt an, besteht zumindest die Gefahr, dass eine Analyse der unterschiedlichen Kopplungen eines Vertrages auf der gesellschaftlichen Makroebene verbleibt.[445] Die bloße Feststellung, dass ein Vertrag beispielsweise auch eine strukturelle Kopplung zum Sportsystem aufweist, genügt jedoch für die Analyse eines Intrasystemkonfliktes oder für komplexe Intersystemkonflikte nicht aus. Eine präzise Analyse sollte auch die jeweils funktionssysteminterne Mikro- und Mesoebene berücksichtigen. Dies erlaubt Aussagen über konkrete Machtverhältnisse innerhalb komplexer Akteurs-, Struktur- und Normgefüge. Hier zeigen sich die Ebenen, die eine handlungstheoretische Differenzierungstheorie, wie sie oben aufgegriffen worden ist, für das Recht offenlegen kann. Eine handlungstheoretische Ausrichtung der Differenzierungstheorie bietet ein präziseres Analyseraster für das multilaterale Privatrechtsinstitut des Vertrages, als dies eine Weiterentwicklung der systemtheoretischen Vertragskonzeption erlauben würde. Zudem können dann auch wieder Topoi wie Zweck, Rolle oder Organisation[446] sowie „Beziehungen sozialer Herrschaft"[447], welche auf der gesellschaftlichen Mesoebene angesiedelt sind, in einem differenzierungstheoretischen Vertragskonzept aufgegriffen werden. Der Unterschied zum „frühen" *Teubner* – und insoweit auch eine Fortentwicklung – besteht dann darin, dass diese Elemente einer institutionellen bzw. Mesoebene nicht getrennt von der Gesellschaftsebene bestehen, sondern Elemente wie Rollen, Organisationen oder Macht- und Herrschaftsverhältnisse innerhalb der einzelnen sozialen Funktionssysteme gedacht werden. Eine Analyse beginnt somit auf der gesellschaftlichen Makroebene und „zoomt" danach auf die Meso- und Mikroebene der jeweils mit dem Vertrag strukturell gekoppelten Funktionssysteme.

444 Vgl. auch die Analyse der Wechselwirkungen einzelner Ebenen am Beispiel der Angehörigenbürgschaften bei *Teubner*, KritV 2000, 383 (392 – 396).

445 Es wird hier bewusst von einer Gefahr gesprochen, weil auch beim „späten" Teubner noch die Bedeutung der anderen Ebenen zumindest erkennbar bleibt: *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 53 (2007): „*Each of these contracting worlds imposes on the transaction a different „privity," [sic!] i.e., different boundaries, different rules of membership, different principles of exclusion and inclusion.*"

446 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 50 – 52.

447 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für die Funktionsanalyse bedeutet das, dass die bisherige Diskussion um die Vertragsfunktionen entlang der sozialen Multilateralität des Vertrages re-konstruiert werden muss. Damit kann auch nicht mehr von *der einen* Vertragsfunktion gesprochen werden; die Funktionen des Vertrages müssen in Bezug auf seine vielfältigen Systemkontexte re-formuliert werden. Analytische Aussagen über die Funktionen von Privatrechtsinstitutionen können damit nur noch systemrelativ getroffen werden.[448] Dies führt zur Multifunktionalität des Vertrages. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, dass keine der rechtswissenschaftlich bereits diskutierten Funktionen eine hinreichende theoretische Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes um die Stadionverbote ermöglichen wird; dies liegt insbesondere daran, dass das „produktive" Element des Vertrages nicht bzw. kaum berücksichtigt wird; der Systembezug zum (Fußball-)Sport mit seinem eigenen institutionellen Setting bleibt ausgeblendet.

Die hier vorgestellte Konzeption der Multilateralität des Vertrages mit einer jeweils systemspezifischen Funktionsanalyse weist – trotz teilweise unterschiedlicher gesellschaftstheoretischer Grundannahmen und Erkenntnisinteressen – erhebliche Überschneidungen mit einer diskurstheoretischen Konzeption des Vertrages auf. Die verschiedenen „Gründe" eines Vertrages, welche *Lomfeld*[449] herausarbeitet und versucht, in ihren wechselseitigen Bezügen zu beschreiben und rechtsdogmatisch zu re-formulieren, sind dabei weitgehend identisch mit den in dieser Untersuchung identifizierten Vertragsfunktionen. Die Multilateralität des Vertrages mit verschiedenen Funktionsbeschreibungen kann damit als soziologische, differenzierungstheoretische Grundlage für diese diskurstheoretische Perspektive gesehen werden. Ähnlichkeiten bestehen ebenfalls zur rechtsphilosophischen Fragestellung, die verschiedene Hintergrundannahmen über das Vertragsrecht aufzudecken versucht.[450] Die hier vertretene Konzeption des Vertrages, der je nach Systemkontext andere, wandelbare Funktionen erfüllt, steht jedoch einer Ansicht entgegen, die monolateral das Willenselement eines Vertrages heranzieht – also als Systemreferenz die einzelne Privatrechtsakteur*in wählt –, sie zum „Kern der Rechtsidee der Moderne"[451] ernennt

448 So bereits allgemein zu funktionalen Analysen *Luhmann*, AöR 94 (1969), 1 (9).

449 *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015.

450 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 34; danach folgen die einzelnen Theorieangebote, aber mit einer zweifelhaften Unterscheidung zwischen (für ihn relevanten) „Theorieangeboten" außerhalb des Rechts und (für ihn irrelevanten) äußeren „Umständen" (z.B. politischen).

451 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 120.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und deshalb – auf rechtsphilosophischer, nicht dogmatischer (!) Ebene[452] – eine multilaterale Beschreibung des Vertrages zulasten einer Theorie der Handlungshoheit aufgibt.[453]

VI. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel konnte zunächst gezeigt werden, dass der Stadionverbotsfall über das Hausrecht als besitz- und eigentumsrechtliches Institut hinaus auch eine vertragliche Dimension aufweist. Nach hier vertretener These ist es die vertragliche Ebene, auf der die relevanten Wertentscheidungen getroffen werden müssen, sodass eine rechtstheoretische Annäherung an den Fall über eine Analyse des Vertrages erfolgen sollte. Für diese Untersuchung wird der Vertrag rechtstheoretisch *gleichzeitig* als privatrechtliches Institut und eine soziale Institution beschrieben. Deren verbindendes Element sind Funktionsbeschreibungen des Vertrages als fremdreferenzielle Beobachtungen von Verträgen, die auf die eigenreferenzielle Beobachtung des Rechts zurückwirken. In der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft dürfen solche Funktionsbeschreibungen nicht (mehr) monolateral erfolgen, sondern müssen die Multilateralität des Vertrages berücksichtigen. Daraus folgt, dass multiple Funktionen möglich sind, welche jeweils auf unterschiedlichen strukturellen Kopplungen mit anderen (Funktions-)Systemen beruhen. Eine Sichtung dieser Funktionen erfolgt im nächsten Kapitel, wobei jede Funktionsbeschreibung darauf hin befragt werden soll, welche Perspektive sie auf den Stadionverbotsfall offenlegt.

452 Ausdrücklich *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 121.

453 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 124: „Gerade die interaktive Handlungshoheit verbürgt eine systemische Eigenständigkeit spezifisch rechtlicher Überlegungen zum Schuldvertragsrecht gegenüber anderen Arten normativ-praktischer Reflexionen, wie etwa den ethischen Fragen der individuellen Selbstbestimmung sowie ökonomischen, soziologischen oder diskurstheoretischen Analysen."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 3 Vertragsfunktionen in der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft

Im vorherigen Kapitel wurde der Vertrag als multilaterales Rechtsinstitut und gleichzeitig als soziale Institution konstruiert. Die Verbindung zwischen diesen beiden Seiten des Vertrages bildet der Funktionsbegriff: Das (formale) Rechtsinstitut Vertrag erfüllt je nach Kontext bzw. Perspektive unterschiedliche soziale Funktionen. In der funktional differenzierten Gesellschaft sind – zumindest von der gesellschaftlichen Makroebene betrachtet – die relevanten Kontexte die einzelnen Funktionssysteme der Gesellschaft. Ziel dieses Kapitels ist es, die bisher im rechtstheoretischen Diskurs verbreiteten Funktionsbeschreibungen des Vertrages aufzugreifen, sie differenzierungstheoretisch zu ordnen und sie – entsprechend der hier gestellten Anforderungen an eine Rechtstheorie[454] – daraufhin zu befragen, welche Perspektive sie auf den Fall der Stadionverbote ermöglichen.

Im Zentrum geht es dabei um die Fragen, inwieweit die etablierten Funktionsbeschreibungen die dem Fall zugrunde liegenden sozialen Konflikte adäquat rekonstruieren können und auf welche Sozialtheorien das Recht dabei zugreifen kann bzw. sollte. Beide Fragen bedingen einander: Die zweite Frage ist zunächst methodische Voraussetzung für die erste, denn erst wenn das Recht Zugriff auf die relevanten Sozialtheorien hat, kann es auf der Ebene der Rechtstheorie den sozialen Konflikt rechtsintern verarbeiten. Allerdings findet auch die rechtstheoretische Begriffsbildung bereits mit Blick darauf statt, welche Umweltaspekte für das Recht relevant sind bzw. sein sollten.[455] Die jeweilige Funktionsbeschreibung gibt daher bereits vor, in welchen sozialen Systemen sich eine Rechtswissenschaftler*in nach welchen Sozialtheorien umsehen muss. Daraus folgt, dass nicht jede Funktion – als rechtstheoretischer Begriff – gleichermaßen dafür geeignet ist, einen bestimmten sozialen Konflikt rechtstheoretisch zu erfassen.

Nachdem zwei allgemeine Folgen der These der Multilateralität für eine funktionale Betrachtung des Vertrages erläutert wurden (I.), werden die

454 Siehe dazu oben § 1 III 3 a.

455 Damit ist die Frage nach Funktionen des Vertrages oder des Vertragsrechts niemals nur beschreibender Natur, sondern – aufgrund der genuin normativen Struktur des Rechts – immer auch normativ aufgeladen, so *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einzelnen Funktionen auf ihren Erkenntnisgewinn bezüglich des Stadionverbotsfalls untersucht. Als Funktionen des Vertrages in der modernen Gesellschaft werden hier die Selbstbestimmungsfunktion (II.), die Gerechtigkeitsfunktion (III.), die ökonomischen Funktionen (IV.), die Ordnungsfunktion (V.) sowie die Regulierungsfunktion (VI.) identifiziert. Indem diese etablierten Funktionsbeschreibungen auf den Stadionverbotsfall angewendet und nicht weiterentwickelt werden, geht es in diesem Kapitel auf der Ebene der Rechtstheorie nicht um eine Arbeit *an* bisher etablierten Funktionsbeschreibungen des Vertrages bzw. Vertragstheorien, sondern um eine Arbeit *mit* diesen Theorien. Es geht darum, sich mit aktuellen Iterationen bestimmter Theoriefamilien auseinanderzusetzen und sie auf ihre Perspektive auf den Stadionverbotsfall hin zu befragen.

I. Folgen der Multilateralität des Vertrages

1. Funktionen des Vertrages und des Vertragsrechts

Die Frage nach den real vorzufindenden Funktionen des *Vertrages* zu stellen, ist für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung eher unüblich. Üblicherweise werden die Funktionen des *Vertragsrechts* diskutiert. Dies trifft auch für rechtssoziologische Betrachtungen zu, die oftmals mithilfe der Funktionen des Rechts Beschreibungen primär auf der gesellschaftlichen Makroebene anbieten, welche Leistungen das Recht für die Gesellschaft erfüllt.[456] Aus der Multilateralität des Vertrages folgt jedoch, dass der Vertrag immer ein rechtliches Institut und *gleichzeitig* auch eine soziale Institution ist. Nach der oben gewählten juristischen Definition des Vertrages ist der Vertrag damit nie ein bloßes Faktum, nie ausschließlich eine „Tatsache des Rechts“[457]. Gleichzeitig ist damit der Vertrag niemals vom Vertragsrecht losgelöst, denn den Vertrag könnte es ohne ein Vertragsrecht, das dieses Institut bereitstellt, nicht geben.

Aus der Multilateralität des Vertrages folgt, dass die Funktionen des Vertrages von den Funktionen des Vertragsrechts auf analytischer Ebene

456 *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 186 – 190; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2014, S. 98 – 112; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 48; *Baer*, Rechtssoziologie, 2023, S. 117 – 168.

457 *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, [1913] 1989, S. 81 – 110.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu trennen sind.[458] Gleichzeitig bedingen sich beide Ebenen, weil es ohne das Vertragsrecht den Vertrag für andere soziale Systeme nicht – oder zumindest nicht in einer rechtlichen Form – geben würde. Dadurch entsteht ein Dilemma: Auf der einen Seite soll die gesellschaftliche Einbettung der tatsächlich geschlossenen Verträge in verschiedene soziale Systeme betont werden. Auf der anderen Seite sollen Rechtstheorie und (rechts-)soziologische Beschreibung des Vertrages miteinander verbunden werden. Eine Vielzahl von modernen rechtstheoretischen Modellen knüpft jedoch an den Funktionen des Vertragsrechts, nicht an den Funktionen des Vertrages an. Würde die Untersuchung diese Beschreibungen des Vertragsrechts ignorieren, könnte kaum an bisher erfolgte Diskurse angeschlossen werden; Wissensquellen würden versiegen.

Im Folgenden werden die Funktionsbeschreibungen des Vertrages daher sowohl an den Funktionen des Vertrages als auch den Funktionen des Vertragsrechts anknüpfen. Dadurch entsteht der praktische Erkenntnisvorteil, dass rechtstheoretische Diskurse aufgegriffen werden können, die primär auf Funktionen des Vertragsrechts abstellen. Der Nachteil besteht darin, dass eine klare analytische Trennung dieser beiden Funktionsbeschreibungen aufgegeben wird. Soweit es möglich ist, wird jedoch innerhalb der jeweiligen Funktionsbeschreibung zwischen den Ebenen gedanklich differenziert. Dabei wird sich zeigen, dass ein solches methodisches Vorgehen eine unbeabsichtigte Nebenfolge nach sich zieht: Es offenbart, dass viele Funktionsbeschreibungen des Vertragsrechts sowie manche Rechtsprinzipien auf der Funktionsbeschreibung des Vertrages als Institution implizit zurückgreifen und/ oder darauf aufbauen.[459] Zum Teil wird daher die Funktion des Vertragsrechts lediglich darin gesehen, die tatsächlichen bzw. tatsächlich möglichen Funktionen des Vertrages zu ermöglichen oder zu begrenzen.[460] Darin liegt keine Herabstufung des Vertragsrechts; damit wird lediglich der Schwerpunkt einer Analyse verschoben: Das wesentliche Element einer rechtstheoretischen Analyse ist die Funktion des Vertrages, auf denen das Vertragsrecht aufbaut. Diesem Analysefokus entsprechend,

458 Deutliche Trennung auch bei *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 35.

459 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 311 bezeichnet daher Vertragsfunktionen als normative Grundideen des Vertragsrechts.

460 Von einer Ermöglichungs- und Begrenzungs- bzw. Regulierungsfunktion des Vertragsrechts sprechen *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (14 f.); *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 35 – 44.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist das Erkenntnisinteresse hier nicht auf die einzelnen Rechtsprinzipien und ihrem (richtigen) Verhältnis zueinander gerichtet.[461]

2. Unterkomplexität der Dichotomie von individuellen und überindividuellen Funktionen

Rechtstheoretische Untersuchungen, die nach den Funktionen des Vertrages bzw. nach den Funktionen der Vertragsfreiheit fragen, teilen vereinzelt die Funktionsbeschreibungen grob in individuelle und überindividuelle Funktionen ein.[462] Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Vertrag primär als Selbstbestimmungsinstrument für die einzelne Privatrechtsakteur*in bzw. für die am Vertrag beteiligten Parteien gedeutet wird.[463] Dadurch wird der Referenzpunkt „Individuum" überbetont (individuelle Funktionen), während andere (System-)Referenzen unter dem Topos des „Kollektiven" invisibilisiert werden. Bereits die multilaterale Rekonstruktion von Teubner mit den Begriffen Interaktions-, Organisations- und Institutionenebene[464] zeigt drei konkrete Referenzen auf, an denen Funktionsbeschreibungen eines Vertrages ansetzen können. Entsprechend der hier vertretenen Konzeption der Multilateralität des Vertrages kann jedes (soziale) System als Referenzpunkt für eine Funktionsbeschreibung herangezogen werden. Eine Untersuchung der Vertragsfunktionen in Bezug auf alle sozialen Systeme kann hier nicht unternommen werden.[465] Vielmehr sollen die bisher im rechtstheoretischen Diskurs vorgetragenen Vertragsfunktionen nach ihrer jeweiligen Systemreferenz geordnet werden. Diese Vertragsfunktionen werden dann jeweils daraufhin befragt, welche Einsichten sie auf den Stadi-

461 Siehe beispielsweise zur Frage des Verhältnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 163 – 281.

462 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59 – 62, 62 – 77.

463 Deutlich *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59: „Die Vertragsfreiheit […] zugunsten des Einzelnen als Individuum gewährt. Alle überindividuellen Funktionen […] sind damit Reflexe und Folgen ihrer individualrechtsschützenden Bestimmung."

464 Siehe dazu oben § 2 V 2.

465 Wie die nachfolgende Funktionsuntersuchung zeigen wird, werden nur ganz bestimmte strukturelle Kopplungen des Vertrages mit nicht-rechtlichen Funktionssystemen innerhalb der Vertragstheorie für relevant befunden. Funktionsbeschreibungen des Vertrages beispielsweise für die Kunst oder die Wissenschaft fehlen in der Vertragstheorie und finden sich eher implizit in primär praktisch-dogmatisch orientierten Arbeiten. An dieser Stelle besteht Forschungsbedarf, wobei auf dem hier vorgestellten Modell der Funktionsanalyse des Vertrages als multilaterales Rechtsinstitut aufgebaut werden könnte.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

onverbotsfall ermöglichen. Deutlich wird dabei, dass sie den konkreten sozialen Konflikt auf der Ebene der Rechtstheorie nicht adäquat oder nur zu Teilen beschreiben können.

II. Selbstbestimmungsfunktion

In der Differenzierung zwischen individuellen und überindividuellen Funktionen des Vertrages kommt eine deutliche Fokussierung auf die einzelne Privatrechtsakteur*in bzw. die am Vertrag beteiligten Parteien zum Ausdruck: Die Funktionsbeschreibung erfolgt relativ zu einer individuellen Person. Diese ist der Referenzpunkt für die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages.

Das rechtliche Institut des Vertrages eröffnet den Privatrechtsakteur*innen einen Freiheitsraum, um die selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach ihrem Willen zu ermöglichen.[466] Der Vertrag dient damit Privatrechtsakteur*innen zur Ausübung ihrer Freiheit nicht nur in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch in rechtlicher. An dieser Selbstbestimmungsfunktion knüpft auch das privatrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit an. Die Vertragsfreiheit ist in der modernen Gesellschaft die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie, weshalb die Begriffe oft synonym verwendet werden.[467] Mit der Vertragsfreiheit werden dem Individuum Mechanismen – Verträge – zur Verfügung gestellt, mit denen es die aus seinem Selbstverwirklichungsbedürfnis heraus erwachsenen Interessen rechtsverbindlich formulieren und durchsetzen kann; der Vertrag ist Mittel zur Selbstbestimmung.[468] Die Funktion des Vertrages wird dahingehend beschrieben, dass er „Handlungsinstrument der Freiheit durch Selbstverpflichtung" sei.[469] Dabei können drei Ausübungsformen unterschieden werden: Vertragsbegründungsfreiheit (Abschluss- und Kontrahentenwahlfreiheit), Vertragsabänderungs- und beendigungsfreiheit sowie Inhalts- und Gestaltungsfreiheit.[470]

466 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.
467 *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 17; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 13, 63.
468 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 63.
469 *Rademacher/G. Schulze*, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 10.
470 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 67 – 70.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Formelles Verständnis von Selbstbestimmung

Die Funktion des Vertrages in Bezug auf Selbstbestimmung kann damit zunächst als Bereitstellung eines rechtlichen Instrumentariums beschrieben werden, mit dem der Einzelne oder die Einzelne ihren tatsächlichen Willen rechtlich umsetzen kann.[471] Der Vertrag ermöglicht „Selbstbestimmung durch rechtliche Selbstgestaltung"[472]. Diese tatsächliche Funktionsbeschreibung als Selbstbestimmungsinstrument übersetzt das Recht insbesondere mit dem Rechtsprinzip der Privatautonomie; die Privatautonomie als Rechtsprinzip überführt diesen Einsatz von Verträgen in das Recht. Die Privatautonomie als Rechtsprinzip ist ein nach der Autonomie des Rechtssystems selbst zu gestaltender Begriff mit latentem Inhalt und keine bloße Übernahme außerrechtlicher Phänomene.[473] Privatautonomie in diesem Sinne kann dann wie folgt definiert werden: Privatautonomie bedeutet „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen"[474]. Etwas ausführlicher: „Freiheit bedeutet im Privatrecht einmal rechtliche Handlungsfreiheit in dem Sinne, dass der einzelne Akteur an Stelle staatlicher Reglementierung und Zuteilung seine rechtlichen Beziehungen zu anderen selbstbestimmt regeln kann, d.h. Rechtsverhältnisse mit Dritten eingehen kann und zwar jeweils willkürlich ohne Angabe von Gründen."[475] Oder: Privatautonomie sei „die Befugnis der Rechtssubjekte, ihre privatrechtlichen Angelegenheiten selbstständig und eigenverantwortlich nach ihrem eigenen Willen zu gestalten."[476]

---

471 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (277), der dort auch ausdrücklich den funktionalen Bezug zwischen Privatautonomie und Selbstbestimmung herstellt: „Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden indessen nicht um ihrer selbst willen gewährleistet, sondern dienen vor allem der Selbstbestimmung der Person."

472 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 6.

473 Wie hier *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 f.; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 16 – 22; *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (14 – 16). Anders jedoch *Flume*, FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (136), der die Privatautonomie der Rechtsordnung vorgegeben und sie als von ihr zu verwirklichendem Wert ansieht.

474 *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 1992, S. 1.

475 *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 98 (§ 10 Rn. 28).

476 *Bork*, BGB AT, 2016, Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dazu stellt das Privatrecht Willenserklärungen zur Verfügung, mit denen der tatsächliche Wille[477] – neben anderen Faktoren[478] – rechtlich über- und umgesetzt werden kann, sodass er schlussendlich in einen Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft münden kann. Eine solche Bedeutung von Selbstbestimmung kam insbesondere in der Willenstheorie bezüglich des Geltungsgrundes einer Willenserklärung zum Ausdruck, welche im 19. Jahrhundert und in den Anfangsjahren des BGB vorherrschend war.[479] Auch heute wird der freie Wille, der in einer Willenserklärung zum Ausdruck kommt, als Grundelement jeden Vertrages angesehen.[480] Ein formales Verständnis von Privatautonomie – iSe Zuweisung von Entscheidungszuständigkeiten – ist damit identisch mit einer formal verstandenen Vertragsfreiheit – iSe Freiheit, durch Einigung Rechtswirkungen herbeizuführen.[481]

Formell ist dieses Verständnis von Selbstbestimmung, weil es weitgehend[482] von sozialen Kontexten abstrahiert. Einziger Anknüpfungspunkt in der Umwelt des Rechts ist ein nach außen hin ausgedrückter menschlicher Wille – weitgehend egal wie, also unter welchen Umständen, dieser gebildet wurde.[483] Ist die Selbstbestimmungsfunktion einmal als relevante Vertragsfunktion benannt, so kann auch der individuelle Wille als Grundlage und Begründung für rechtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag in Anspruch genommen werden.[484] Die Selbstbestimmung, die der Vertrag demnach ermöglicht, greift damit aber dennoch implizit auf soziale Kontexte zurück.

477 *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (142) bezeichnet den Vertrag als Mittel zur „Willensherrschaft".

478 Vgl. dazu *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 337 – 340.

479 Siehe dazu *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 337 f. Kritisch zum Topos „Wille" im Kontext der Privatautonomie *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 294 f.

480 *Rademacher/G. Schulze*, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 6 – 9, 14 – 16; deutlich auch *Möslein*, in: BeckOGK-BGB, § 145 Rn. 7.

481 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 294.

482 Selbst *Flume*, der einem rein-formalem Verständnis von Privatautomonie am nächsten kommt, betont die Bedeutung von rechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit, die auf den Schutz vor Fremdbestimmung gerichtet sind: *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (143 f.); *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 182 f. liest *Flume* sogar mit einem materialen Verständnis von Vertragsfreiheit.

483 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 22.

484 Grundlegend *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 13 f., 17; jüngst aufgegriffen von *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 37, der jedoch einsieht, dass eine solche Konzeption des Vertrages nur für die grundsätzliche Anerkennung des Vertrages funktionieren kann, jedoch keine Möglichkeit bietet, die vielfältigen Aspekte der Materialisierung des Vertragsrechts abzubilden, da sie konsequenterweise die inhaltlich-rechtlichen Vorgaben des Vertrages ausblende.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Indem sie für irrelevant erklärt werden, werden solche sozialen Verhältnisse, insbesondere Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse, stabilisiert, die auch ohne den Vertrag vorherrschen. Selbstbestimmung wird demnach zwar ermöglicht, aber nur in den Grenzen, die die Umwelt des Rechts den Privatrechtsakteur*innen vorgibt. Prägnant formuliert *Drexl*: „Unter *formaler* Privatautonomie versteht man die den einzelnen gewährte und gesicherte Möglichkeit, ihre Beziehungen untereinander *eigenbestimmt, aber nicht notwendig selbstbestimmt*, innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Verträge zu regeln. *Eigenbestimmung* bezeichnet in diesem Zusammenhang die formale Befugnis, durch Einigung mit anderen Rechtswirkungen zu begründen. *Selbstbestimmung* verlangt darüber hinaus in einem materiellen Verständnis, dass das autonom Vereinbarte nicht auf Fremdbestimmung beruht."[485]

Nach einer solchen Konzeption von Selbstbestimmung erfüllt im Stadionverbotsfall der Vertrag bzw. eine Vertragsverweigerung genau diese Funktion: Sowohl dem Fußballfan als auch dem Betreiber des Stadions steht das Institut des Vertrages zur Verwirklichung ihres jeweiligen Willens zur Verfügung. Der Fußballfans möchte in das Stadion bzw. nicht aus diesem ausgeschlossen werden. Der Stadionbetreiber möchte diese Person gerade nicht im Stadion haben. Beide Willen treffen aufeinander, aber schlussendlich wird nur der Wille des Stadionbetreibers rechtlich stabilisiert, indem kein Vertrag geschlossen wird bzw. ein bestehendes Dauerschuldverhältnis gekündigt werden kann. Denn der Vertragsmechanismus bedarf der Willens*übereinstimmung*.[486] Da die Willen nicht übereinstimmen, bleibt der *status quo* erhalten. Für ein formales Verständnis von Selbstbestimmung ist damit die ursprüngliche Zuweisung von Handlungsrechten – *property rights* – maßgeblich.[487] Der Vertrag greift zwar auf eine soziale und ökonomische Verteilung von Handlungsoptionen zurück, abstrahiert jedoch davon, indem sie als Umwelt des Rechts für weitgehend irrelevant erklärt wird.

485 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 295 [Hervorhebungen im Original].

486 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 99 spricht von einer „schuldrechtliche[n] Rechtsmacht" eines Menschen in Bezug auf einen anderen Menschen, welche sich aus der Möglichkeit einer vertraglichen Einigung generiere.

487 Ähnliche Beobachtung bei *Zumbansen*, 14 Indiana Journal of Global Legal Studies 191, 196 (2007).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Materielles Verständnis von Selbstbestimmung

a. Tatsächliche Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung

Diesem formalen Verständnis[488] von (nahezu) ungebundener und kontextloser formaler Vertragsfreiheit, welche auch nur formale Selbstbestimmung bzw. Eigenbestimmung ermöglicht, steht heute ein materiales Verständnis gegenüber.[489] Die Vertragsfreiheit – und die dadurch erzeugten Verträge – ermöglicht Selbstbestimmung, aber als immanent gebundene Freiheit.[490] Mit dieser Perspektivverschiebung ist verbunden, dass der Vertrag als Instrument tatsächlicher Selbstbestimmung verstanden wird: Der Vertrag ist kein bloß formales Instrument, das zur rechtlichen Durchsetzung eines „vorgefundenen" individuellen Willens dient, sondern ein Rechtsinstitut, das die Voraussetzungen tatsächlicher (rechtsgeschäftlicher) Selbstbestimmung intern verarbeitet. Teilweise wird sogar der Begriff der Selbstbestimmung von vornherein nur auf die Materialisierung der formal verstandenen Privatautonomie bezogen.[491] Eine so verstandene Vertragsfreiheit hängt eng mit der Persönlichkeitsentfaltung zusammen. Die zentrale Funktion der Vertragsfreiheit wird in der „rechtlichen Effektuierung der *Selbstbestimmung* des Einzelnen als Ausdruck seines [...] Anspruchs auf freie *Entfaltung seiner Persönlichkeit*"[492] gesehen. Damit ist der Vertrag nicht nur ein bloßer formal-rechtlicher Mechanismus zum Vertragsschluss, sondern ein

488 Auch wenn *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. S. 87, 120 mit seinem Konzept der „Handlungshoheit" versucht, auf Materialisierungstendenzen im Privatrecht zu reagieren, verbleibt er tendenziell bei einer formalen Vorstellung von Selbstbestimmung und dem Willen als maßgeblichen rechtlichen Faktor für den Vertrag; auch wenn *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 39 – 43 die Bedeutung formal verstandener Selbstbestimmung hervorhebt, rechtfertigt er auf S. 43 f. insbesondere die Inhaltskontrolle mit materialer Selbstbestimmung: „Darin liegt nicht nur kein Gegensatz zur Privatautonomie, sondern im Gegenteil ihre Verteidigung gegen einseitige Selbstbestimmung."

489 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 183 bezeichnet ein materielles Verständnis von Privatautonomie heute als „herrschend".

490 Dazu *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 94 – 105.

491 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 7: „Der Begriff der Selbstbestimmung deckt sich mit jenem der materiellen Freiheit. [...] Durch den Begriff der Selbstbestimmung kommt der Charakter der aktiven Rolle der Marktteilnehmer zum Ausdruck. Es geht nicht nur um die Freiheit vom Zwang anderer, sondern um die Sicherung der Chance, Ziel und Mittel wirtschaftlichen Handelns selbst zu bestimmen."

492 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtliches Instrument zur (selbstbestimmten) Persönlichkeitsentfaltung.[493] Die primäre Funktion eines Vertrages für die Parteien bestehe in der Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmte Interessenverwirklichung.[494] Deutlich wird hier, dass die Selbstbestimmungsfunktion die individuellen Vertragsparteien als Referenzpunkt wählt: Jeder Mensch habe bestimmte essentielle Bedürfnisse, die er oder sie rechtlich – blendet man sozialstaatliche Instrumente aus – „nahezu ausschließlich durch den Abschluss von Austauschverträgen erfüllen kann."[495]

Die Begriffe tatsächliche Selbstbestimmung bzw. materiale Vertragsfreiheit werden herangezogen, um zu betonen, dass es für die Wirksamkeit von Verträgen vermehrt auf die tatsächliche Selbstbestimmung beider Parteien ankommt und nicht auf die (bloß formale) Möglichkeit eines Vertragsschlusses.[496] Es geht darum, soziale Situationen in der Umwelt des Rechts rechtsintern zu verarbeiten, in denen es an tatsächlicher Selbstbestimmung mangelt; es geht nicht darum, dass tatsächliche Selbstbestimmung immer für die Wirksamkeit einer Willenserklärung benötigt wird.[497] Auch wenn die rechtstheoretische Begriffsverschiebung von Selbstbestimmung in der Rechtsanwendung erhebliche Veränderungen bewirkt, bedeutet der Begriff Selbstbestimmung auf einer abstrakteren Ebene eher Kontinuität: „Denn sie ändert nichts daran, den Vertrag als Instrument zur Selbstbestimmung zu sehen – ja sie verstärkt diesen Gedanken geradezu noch! Der Zusammenhang von Vertrag und Selbstbestimmung wird präzisiert, aber keineswegs aufgegeben."[498]

Diese Erweiterung in der Funktionsbeschreibung des Vertrages liegt schon darin begründet, dass am Vertrag zwei Parteien mitwirken müssen, sodass die individuellen Dimensionen von Selbstbestimmung der beiden Parteien nicht getrennt voneinander betrachtet werden können.[499] Wenn zutreffend die Vertragsfreiheit – und damit das Institut des Vertrages –

493 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.
494 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 236.
495 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 237 unter Verweis auf *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 14.
496 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 17 f.
497 So aber die vertragstheoretische Konzeption von *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 70 f.
498 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 19.
499 Ähnlich *Rittner*, JZ 2011, 269 (271): „als ob der Einzelne seine Rechtsverhältnisse wirklich selbstherrlich gestalten könnte – und nicht in aller Regel erst im Einvernehmen mit einem oder mehreren anderen, also in einem Vertrag."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als die wichtigste Erscheinungsform der Privatautonomie in der modernen Gesellschaft bezeichnet wird, dann verwirklicht sich auch rechtliche Selbstbestimmung im Regelfall in einer immanent gebundenen Form: „Das reguläre Instrument der privatautonomen Rechtsgestaltung ist nach alledem der Vertrag, vor allem der Austauschvertrag."[500]

b. Die Grenzen des Materialisierungsbegriffs

Mit dem Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung ist (auch) die Materialisierung des Privatrechts angesprochen. Die Materialisierung des Privatrechts ist „ein schillernder Begriff, der für verschiedene Deutungen offen ist"[501]. Spezifische Wandlungen des Vertragsrechts werden unter dem Leitgedanken der Materialisierung beschrieben,[502] wobei damit drei unterschiedliche Sichtweisen verbunden sind: Materialisierung der Vertragsfreiheit, der Vertragsgerechtigkeit und die dem Vertragsrecht zugrunde liegende „weltanschaulich-politische Grundhaltung".[503] In dem hier verwendeten Begriffsverständnis soll Materialisierung jedoch nur auf die Vertragsfreiheit – also auf die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages – bezogen werden.

Als Gegenbegriff zu einem formalen Privatrechtsverständnis entstanden, bezeichnet die Materialisierung der Vertragsfreiheit insbesondere eine stärkere Berücksichtigung der tatsächlichen Voraussetzungen von Selbstbestimmung.[504] „Es geht um die Ergänzung der formalen Privatautonomie um Regelungen, die die Eigenbestimmung hin zur Selbstbestimmung ergänzen. Hierin liegt die Materialisierung der Vertragsfreiheit."[505] Das Begriffspaar formale und materiale Vertragsfreiheit bzw. Selbstbestimmung soll ausdrücken, dass die Privatautonomie in zwei Weisen verstanden werden kann: (1.) formal als rechtliche Freiheit zum Abschluss und zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen und (2.) material als tatsächliche Freiheit zur Bildung der zugrunde liegenden Entscheidung.[506]

500 *Rittner*, JZ 2011, 269 (272).
501 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (18).
502 Jüngst zusammenfassend *Specht*, Diktat der Technik, 2019, S. 96 – 172.
503 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (276 f.).
504 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (18).
505 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 295 f.
506 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (277 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Knüpft man an diese Dichotomie an, kennzeichnet der Topos Materialisierung einen Prozess im Rechtssystem, in dem die Bedingungen der Selbstbestimmung in Freiheit und Gleichheit komplexer sind als dies ein klassisch-liberales Privatrechtsverständnis wahrhaben wollte. Damit wird statt formaler Freiheit und Gleichheit materiale Privatautonomie im Sinne echter Selbstbestimmung betont:[507] „Während die faktische Übereinstimmung der Parteien für das formale Privatrecht sakrosant ist, erscheint es [sic!] dem materialisierten Privatrecht, wenn nicht suspekt, so doch prüfungsbedürftig".[508] Materialisierung der Vertragsfreiheit bedeutet eine stärkere Betonung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit im Privatrecht,[509] was sich insbesondere durch eine verstärkte Inhaltskontrolle von Verträgen, durch die AGB-Kontrolle, durch eine Zunahme des Verbraucherrechts und allgemein durch den Einfluss des Verfassungsrechts sowie des Unionsrechts ausdrückt.[510]

Neben dieser Prozessdimension des Begriffs drückt Materialisierung aber auch eine gewisse Gegenläufigkeit aus: „Dieser der Institution des Vertrages immanente Antagonismus bedeutet zugleich, dass es nicht nur einen Unterschied, sondern geradezu einen Gegensatz zwischen rechtlicher und tatsächlicher, formaler und materialer Vertragsfreiheit gibt; denn während die Kompetenz zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen wie dargelegt grundsätzlich auf Verbindlichkeit angelegt und angewiesen ist, tendiert das Prinzip der Selbstbestimmung verstanden als tatsächliche Entscheidungsfreiheit zur Lösbarkeit der Verträge."[511] Dabei ist jedoch die Entgegensetzung von formalem und materialisiertem Privatrecht eine Überzeichnung. Denn die Gewährleistung echter Selbstbestimmung war schon immer Kernaufgabe des Privatrechts, auch des BGB von 1900.[512] Der formale Charakter des BGB in seiner Ursprungsgestalt ergibt sich daraus, dass der

507 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (19); *Säcker*, in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 37 – 56.

508 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (19).

509 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (280).

510 Zu den unterschiedlichen Dimensionen der Materialisierung *Wagner*, in Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (96 – 177).

511 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (279).

512 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (19); *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (280 f.); *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, 2001, S. 1 – 12, 275 – 283. Siehe überblicksartig zu den herkömmlichen Sicherungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (24 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Katalog an Sicherungen dabei jedoch kurz gehalten wurde.[513] Materialisierung des Privatrechts heißt dann, dass vermehrt auf Gefährdungen der Entscheidungsfreiheit – z.B. mit dem modernen Verbraucherschutzrecht oder der Inhaltskontrolle – reagiert wird bzw. werden soll, die jenseits dieser etablierten Kategorien der herkömmlichen Rechtsgeschäftslehre stehen.[514]

Der Begriff der Materialisierung ist demnach für eine Analyse eines konkreten Falles wenig geeignet. Der Prozessbegriff der Materialisierung hilft nicht weiter. Er ermöglicht zwar nach bestimmten Problemen – hier: der tatsächlichen Selbstbestimmung – zu fragen; eine Analyse oder gar Lösung dieser Probleme ist mit diesem Topos nicht möglich. Dennoch kann der Gegensatz von formaler und materialer Vertragsfreiheit auch für die Dogmatik fruchtbar gemacht werden: Er kommt besonders stark in der an der Selbstbestimmungsfunktion anknüpfenden Dogmatik im Verfassungsrecht zur Vertragsfreiheit zum Ausdruck.[515]

c. Grenzen der Topoi „strukturelle Unterlegenheit" und „strukturelles Ungleichgewicht"

Neben den spezielleren Materien des Verbraucherrechts oder der AGB-Kontrolle hat insbesondere das Bundesverfassungsgericht mit der Handelsvertreter-[516] und der Bürgschaftsentscheidung[517] sowie durch die Folgerechtsprechung[518] der Materialisierung der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie eine dogmatische Form gegeben. Die zentrale Frage in der

513 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (25); so auch das Argument bei *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 482.

514 *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (25); siehe dazu *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (296 – 304) sowie *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung, 1998, S. 266 – 280, 282 – 302; vgl. auch *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 119, der zwischen „alten" und „neuen" Schranken des Vertragsrechts unterscheidet und die „neuen" Schranken beeinflusst von der sozialen Einbettung des Vertrages sieht.

515 Vgl. *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 273: „Die Bürgschaftsentscheidung verpflichtet das Privatrecht also zur dogmatischen Umsetzung der Materialisierung der Vertragsfreiheit."

516 BVerfGE 81, 242 – *Handelsvertreter* [1990].

517 BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaft* [1993].

518 BVerfG, Urt. v. 06.02.2001, 1 BvR 12/92 – *Ehevertrag*; BVerfG, Beschl. v. 07.09.2010, 1 BvR 2160/09 – *Preiserhöhungsklausel*; vgl. auch die Übersicht bei *Wendland*, Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Bürgschaftsentscheidung war, ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluss und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten, worin – falls dies nicht der Fall sei – eine Verkennung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie liege.[519] Das Gericht hat damit ausdrücklich ein materiales Verständnis von Privatautonomie, von tatsächlicher Selbstbestimmung, im Auge.[520] Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages liegt damit auch der verfassungsrechtlichen Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes über die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit zugrunde.

Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht hier nicht nur ein vorherrschendes Verständnis von formaler Privatautonomie disruptiv irritiert, sondern zugleich einen dogmatischen Lösungsweg für die Materialisierung gefunden und damit die Prüfungspflicht konkretisiert: Die formale Vertragsfreiheit in ihrer Abwehrdimension muss mit ihrer Schutzpflichtendimension in Ausgleich gebracht werden.[521] Dabei soll eine Inhaltskontrolle[522] von Verträgen nur bei einer Fremdbestimmung durch den Vertrag erfolgen. Eine solche Fremdbestimmung liege – kumulativ – in Fällen (1.) typisierbarer Fallgestaltungen (2.) eines strukturellen Vertragsungleichgewichts bzw. einer strukturellen Unterlegenheit vor, bei denen (3.) für eine Vertragspartei ungewöhnlich belastende Folgen eintreten.[523] Die Voraussetzung der ungewöhnlich belastenden Folgen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Folgerechtsprechung aufgegeben.[524] Das Kriterium der Typisierbarkeit wurde zutreffend dahingehend umschrieben, dass der soziale Konflikt kein

---

tragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 374 – 401 (mit einem Fokus auf der AGB-Kontrolle).

519 BVerfGE 89, 214 (231) – *Bürgschaft* [1993].

520 *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 (296).

521 Kritisch gegenüber dieser dogmatischen Konstruktion *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (70 f.).

522 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 273 weist darauf hin, dass dabei unklar sei, ob aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht immer eine Inhaltskontrolle folge oder ob es allgemein darum gehe, auf der Ebene des Privatrechts für tatsächliche Selbstbestimmung zu sorgen.

523 BVerfGE 89, 214 (232) – *Bürgschaft* [1993]; *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 273.

524 In BVerfG, Urt. v. 06.02.2001, 1 BvR 12/92 – *Ehevertrag*, Rn. 30 findet sich zwar noch die Formulierung der „besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten", welche dort jedoch „nur" als Indiz für die ungleiche Verhandlungsposition herangezogen wird; siehe auch die Auswertung bei *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 374 – 401; in BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 38 finden sich jetzt jedoch die „Fallgestaltungen, die

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einzelfall sein darf; es muss sich um „schwerwiegende Fälle mit Breitenwirkung“[525] handeln.[526] Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesen Entscheidungen hat sich darauf fokussiert, in welchen Fällen eine „strukturelle Unterlegenheit“ vorliegt:

Mit dem Topos des vertraglichen Ungleichgewichts greift das Bundesverfassungsgericht das Kriterium der gestörten Vertragspartität auf.[527] Problematisch an diesem Kriterium ist jedoch, dass unklar bleibt, nach welchen Kriterien eine Störung festgestellt werden soll und wie genau ein „Gleichgewicht“ aussehen muss.[528] Der Topos der Vertragsparität ist dabei ein Proxy: Es kann nicht darauf ankommen, dass die Vertragspartner in jeder Hinsicht ein (Macht-)Gleichgewicht aufweisen – insbesondere wenn Verträge in immer weniger Fällen ausgehandelt werden.[529] Vielmehr geht es bei diesem Topos wieder um Selbstbestimmung: Es geht um die Ermittlung von Konstellationen, in denen eine Vertragspartei nicht tatsächlich selbstbestimmt über den Vertragsschluss oder -inhalt entscheiden kann: Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages erklärt, „worum es bei der Diskussion um die Vertragsparität eigentlich geht. Die Vertragsparität soll die Selbstbestimmung sichern, nicht umgekehrt. Die Selbstbestimmung ist der eigentliche grundgesetzlich geschützte Wert.“[530]

In der Rezeption dieser Entscheidungen durch die privatrechtswissenschaftliche Literatur wurde – neben tendenziell eher polemischer Kritik[531] – zutreffend hervorgehoben, dass die Begriffe Vertragsimparität oder strukturelles Ungleichgewicht bzw. strukturelle Unterlegenheit zwar heuristisch nutzbar sind, sie inhaltlich als solche jedoch nicht oder kaum ausfüllbar

sich besonders belastend auswirken“ als Alternativfall zur strukturellen Unterlegenheit.

525 *Wagner*, in: Blauchrock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (76).

526 Vgl. zu diesem Aspekt auch unten § 9 I 3 bezüglich des Verhältnisses Privatrecht und Verfassungsrecht.

527 Dazu eingehend *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (15 – 25).

528 *Adomeit*, NJW 1994, 2467; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (24); *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 273.

529 Vgl. *Rittner*, JZ 2011, 269 (272).

530 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 274.

531 Siehe nur die Wortwahl von *Diederichsen*, AcP 198 (1998), (226): „methodologische[r] Staatsstreich“ und *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (9): „Grundrechtsverständnis ist außerordentlich unbestimmt und mit intellektueller Redlichkeit nur schwer nachvollziehbar“.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seien.[532] Damit läuft der Begriff Gefahr, Phänomene von Fremdbestimmung, die das Privatrecht bewältigen muss, auf bloße Schlagworte zu reduzieren,[533] und keine exakte Analyse der Ursachen und Wirkungszusammenhänge in problematischen Fällen durchzuführen. Die Begriffe weisen damit dasselbe Unbestimmtheitsproblem wie der Selbstbestimmungstopos an sich auf.

Zur Konkretisierung behilft man sich bis heute mit dem methodischen Instrument der Fallgruppenbildung,[534] wobei unterschiedliche Ansätze zur Fallgruppenbildung ausgearbeitet worden sind.[535] Überzeugend ist die Dreiteilung von (1.) wirtschaftlicher Unterlegenheit, (2.) psychischer, intellektueller bzw. emotionaler Unterlegenheit sowie (3.) situativer Unterlegenheit.[536] Während mit der ersten Konstellation insbesondere Monopolphänomene sowie wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse wie in der Handelsvertreterentscheidung eingefangen werden sollen, erfasst die zweite Fallgruppe „Situationen, in denen die unterlegende Partei typischerweise aufgrund erheblichen emotionalen und familiären Drucks sowie aufgrund psychischer oder intellektueller Defizite zu einer sie objektiv benachteiligenden Vereinbarung gedrängt wird."[537] Bei der situativen Unterlegenheit ergebe sich die Vertragsimparität nicht aus wirtschaftlicher oder emotionaler Stellung der Parteien zueinander oder aus bestimmten Fähigkeiten/Eigenschaften einer Vertragspartei, sondern aus der Art und Weise des Vertragsschlusses; hierunter fällt insbesondere die AGB-Kontrolle.[538]

Insbesondere bei den ersten beiden Fallgruppen wird deutlich, dass es hierbei nicht (nur) um die isolierte bipolare Beziehung der Vertragsparteien zueinander geht. Es geht vielmehr um spezifische Aspekte, die außerhalb

532 *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 8, im Anschluss an *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 15; ähnlich auch *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 14, 25; der Sache nach ebenfalls *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (15 – 35).

533 So der Impetus bei *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 8 f.

534 Allgemein methodisch zur Fallgruppenbildung *R. Weber*, AcP 192 (1992), 516.

535 Siehe die Übersicht bei *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 402 Fn. 200.

536 Im Anschluss an *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 403 – 411.

537 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 405, der hierunter die Bürgschafts- und Ehevertragsfälle einordnet.

538 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 409; auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 275 f. stellt u.a. auf die „Struktur der Vertragssituation" ab.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Vertragsbeziehung als Relation liegen: um die Stellung der einzelnen Parteien im gesamten Wirtschaftssystem, die Rolle der Partei innerhalb des sozialen Systems der Familie, etc. *Teubner* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das strukturelle Ungleichgewicht nicht nur ein Proxy für Selbstbestimmung ist, sondern ebenfalls als Proxy für Intersystemkonflikte gedeutet werden kann. Diese These entwickelt er in Auseinandersetzung der Bürgschaftsentscheidung, die er überzeugend als Intersystemkonflikt zwischen dem Wirtschaftssystem und dem sozialen System Familie (Makroebene) rekonstruiert, der sich dann in einem Rollenkonflikt der Tochter beim Vertragsschluss manifestiert (Mikroebene).[539] Die einzelne, ganz konkrete Vertragsbeziehung ist dabei nur sekundär von Bedeutung; es geht primär um „strukturelle" soziale Konflikte, also um äußere Umstände des Vertragsschlusses.[540] Es ist diese soziale Umwelt des Vertrages, die sich auf die Vertragsparteien und dann auf den einzelnen Vertrag auswirken.[541]

Wendet man diese Konkretisierungen der aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht auf den Stadionverbotsfall an, so zeigen sich die Grenzen dieses Instituts: Versteht man mit *Teubner* den Topos der strukturellen Unterlegenheit als Umschreibung eines Intersystemkonfliktes, so kann die Schutzpflicht hier nicht herangezogen werden, weil es sich beim Stadionverbotsfall um einen Intrasystemkonflikt im Fußballsport handelt. Auch die von der Rechtsdogmatik entwickelten Fallgruppen passen nicht: Der Fußballfan mag vielleicht dem DFB finanziell unterlegen sein, jedoch wirkt sich dieser Umstand nicht auf den Konflikt aus. Viele Fußballfans wie der Ultra im Stadionverbotsfall zeichnen sich zwar durch eine starke, auch emotionale Verbundenheit zu „ihrem" Verein aus.[542] Eine mit den Angehörigenbürgschaften oder mit Eheverträgen verbundene psychische wie emotionale

539 *Teubner*, KritV 2000, 383 (392 – 396).

540 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 275, der hier insbesondere die Marktverhältnisse für relevant hält.

541 Zutreffend *Rödl*, in: JB Junger Zivilrechtswissenschaftler 2013, S. 375 (378 – 380). Dies ist auch deshalb zu betonen, weil z.B. in rein ökonomischen Kontexten der (funktionierende) Wettbewerb weitgehend „Machtungleichgewichte" bzw. ein fehlendes Aushandeln eines Vertrages kompensiert. Es geht also immer um die Systemkontexte des Vertrages und den dort vorherrschenden Strukturen; siehe dazu *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (19 – 21); den Wettbewerb und das Wettbewerbsrecht als Instrument für tatsächliche Selbstbestimmung rückt in den Fokus *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 296 – 301.

542 Siehe dazu unten § 6 II 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zwangssituation ist jedoch nicht erkennbar. Auch beim Vertragsschluss waren keine situativen Fremdbestimmungselemente vorhanden.

Das überrascht nicht: Der Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung als Gegenspieler zur Fremdbestimmung, der hier in dogmatische Form gegossen wird, versagt für diese Fallkonstellation. Denn in allen Fällen, die unter dem Oberbegriff der Schutzpflicht oder dem strukturellen Ungleichgewicht diskutiert werden, geht es um Fälle, in denen ein Vertrag geschlossen worden ist – eine rechtliche Bindung also besteht –, sich diese rechtliche Bindung aber mit dem Gedanken tatsächlicher Selbstbestimmung als unvereinbar erweist und deshalb eine Inhaltskontrolle des Vertrages durchgeführt wird, womit schlussendlich eine Möglichkeit für die fremdbestimmte Partei geschaffen wird, sich vom Vertrag zu lösen. Es geht – um beim Topos der Schutzpflicht zu bleiben – um den Schutz vor dem (ungünstigen) Vertrag, um den Schutz vor Fremdbestimmung durch den Vertrag. Aber diese Situation liegt im Stadionverbotsfall nicht vor: Der Ultra will gerade die Vertragsbeziehung aufrechterhalten. Es geht hier nicht um einen Schutz vor dem Vertrag, sondern darum, den Vertrag zu erhalten bzw. aufrecht zu erhalten. Es geht nicht um eine fremdbestimmte Verkürzung von Freiheitsräumen, sondern um die Sicherstellung der durch den Vertrag begründeten erweiterten Handlungsspielräume des Fußballfans, ins Stadion gehen zu können und am Fußballsport als Publikum teilhaben zu können. Die Schutzpflicht vor Fremdbestimmung gerät hier an ihre Grenzen. Genau das erkennt auch das Bundesverfassungsgericht in der Stadionverbotsentscheidung, wenn es sich dazu entscheidet, den Fall nicht über Art. 2 Abs. 1 GG – als Schutzpflicht gegenüber dem Fußballfan – zu lösen: „Die in Frage stehende Beschwer des Ausschlusses von Fußballspielen erlangt ihr verfassungsrechtliches Gewicht jedoch nicht in der Bedeutung und dem Ausmaß der hierin liegenden Freiheitsbeschränkung, sondern in der Verwehrung der Teilnahme an einer einem breiten Publikum geöffneten Großveranstaltung.“[543]

d. Selbstbestimmungsfunktion als Ausgangspunkt, nicht als Endpunkt

Die Beschreibung, dass der Vertrag tatsächliche Selbstbestimmung gewährleistet, hat auf rechtstheoretischer Ebene einen Vorteil. Die Selbstbestim-

543 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 38.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mungsfunktion ermöglicht danach zu fragen, ob in einem konkreten Fall ein Vertrag Ausdruck tatsächlicher Selbstbestimmung ist. Damit öffnet sich die Rechtstheorie wieder den sozialen Kontexten eines Vertrages und den Vertragsparteien: Erst dadurch wird es möglich, Fragen nach den Bedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung zu stellen. Was auf den ersten Blick wünschenswert scheint, entpuppt sich jedoch – gerade unter Berücksichtigung der Bedingungen, die in dieser Untersuchung an die Rechtstheorie gestellt werden – als wenig weiterführend. Die rechtstheoretische Beschreibung, dass das Institut des Vertrages auch materiale Selbstbestimmung gewährt, gibt noch keine Hinweise darauf, in welchen sozialen Kontexten welche Faktoren zur Bestimmung der Bedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung relevant werden. So wird ernüchternd festgestellt, dass „für einzelne Bereiche" die materiale Vertragsfreiheit zu den Prinzipien des geltenden Rechts gehöre.[544] Der Topos der Selbstbestimmung erlaubt es, jeden Fall der Gesellschaft mit Vertragsbezug als Selbstbestimmungsproblem zu rekonstruieren. Da damit aber jeder Fall erfasst werden kann, können aus dem Begriff Selbstbestimmung selbst keine weiteren, konkreten Begriffe zur Analyse eines Falles abgeleitet werden.[545] „Mit etwas Abstand betrachtet gibt es keine Entwicklung im Privatrecht, die nicht zugleich etwas über Privatautonomie aussagen würde, und wohl kaum eine Frage des Privatrechts, die man nicht zugleich als Frage nach Inhalt und Grenzen der Privatautonomie formulieren könnte."[546] Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages ermöglicht demnach gerade mit einem materialen Verständnis von Selbstbestimmung nach den jeweiligen Kontexten von Selbstbestimmung zu fragen. Aber seine Generalisiertheit erschwert für eine Rechtstheorie die Verarbeitung von außerrechtlichem Wissen: Auf welche Wissensbestände soll bzw. kann zurückgegriffen werden? Nach welchen Kriterien können Gesellschaftstheorien herangezogen werden? Damit soll nicht gesagt werden, dass eine Re-Spezifizierung der Selbstbestimmungsfunktion auf unterschiedliche soziale Kontexte unmöglich wäre; Ansätze dazu finden sich bereits in der Rechtswissenschaft.[547] Das Problem dieses generalisierten

544 *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352 (358).

545 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (423 f.) spricht von der „Armut der Privatautonomie als Privatrechtsprinzip".

546 *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 91 (93).

547 Ausdrücklich *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 7: „Konkretisierung auf das Wirtschaftliche"; zumindest nach Teilrechtsgebieten, aber nicht nach sozialen Kontexten, differenzieren die Beiträge in Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Konzeptes wird weiterhin deutlich bei den Konkretisierungsversuchen des „strukturellen Ungleichgewichts" bzw. der „gestörten Vertragsparität". Die herausgearbeiteten Kriterien bzw. Fallgruppen werden nur selten nach sozialen Kontexten strukturiert.[548]

Aus diesen Gründen wird die Selbstbestimmungsfunktion für diese Untersuchung nicht als überzeugender rechtstheoretischer Anknüpfungspunkt gewählt, sondern – nach einem Durchgang durch andere Funktionen des Vertrages – die Inklusionsfunktion des Vertrages als eigenständige Vertragsfunktion in der modernen Gesellschaft identifiziert. Je nach Perspektive kann diese jedoch auch als Konkretisierung der Selbstbestimmungsfunktion konstruiert werden.[549] Es handelt sich hierbei um eine erkenntnistheoretische Strategie: Indem der Topos der Selbstbestimmung verlassen wird, kann damit gleichzeitig der begriffliche Ballast von Vertragsparität und Fremdbestimmung verlassen werden, um damit den Blick für einen anderen Typ von sozialem Problem zu akzentuieren.

Vereinzelt wurde die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages als die einzige Funktion dieses Privatrechtsinstituts angesehen: Mit der Gewährleistung eines Mindeststandards vertraglicher Selbstbestimmung sei „die Funktion des Rechtsinstituts ‚Vertrag' auch erschöpfend beschrieben".[550] *Busche* entwickelt diese These ebenfalls mit dem rechtstheoretischen Instrumentarium des institutionellen Rechtsdenkens. Der methodische Unterschied zu dieser Untersuchung liegt jedoch darin, dass es Busche mit dieser These primär um eine normativ-dogmatische Aussage geht:[551] Da das geltende Vertragsrecht wesentlich von der Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages geprägt sei, sei auch nur diese Funktionszuschreibung für normativ-dogmatische Aussagen relevant. In dieser Untersuchung werden jedoch Vertragsfunktionen aus der Beobachtungsperspektive identifiziert. Damit wird der Funktionsbegriff deskriptiv verwendet, sodass die – hier nicht anzuzweifelnde – Funktion der Selbstbestimmung nicht andere Funktionen des Vertrages ausschließt. Es ist richtig, dass in jedem Vertrag auch (immer) ein Stück weit Selbstbestimmung (sei es individuelle oder

548 Für ein „situationsbezogenes Verbraucherschutzrecht", das primär auf situative Ungleichgewichtslagen abzielt *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 282 – 396.

549 Vgl. dazu unten § 4 V 2.

550 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 106, der dort auch ausdrücklich andere Funktionen ausschließt.

551 Deutlich in seiner Auseinandersetzung mit dem institutionellen Rechtsdenken: *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 106 – 108.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beiderseitige) liegt und dies der normative Kern des heutigen Privatrechts ist. Jedoch kann damit nicht das gesamte Vertragsrecht adäquat beschrieben und erklärt werden, was sich bereits beim „klassischen" Topos des Verkehrsschutzes zeigt.[552] Den Vertrag als multilaterales Rechtsinstitut zu betrachten, heißt, über die Selbstbestimmungsfunktion hinaus zu blicken und andere Funktionen, andere Systemzusammenhänge, aufzudecken.[553] Hierin besteht der analytische Mehrwert.

Überträgt man diese Überlegungen auf den Stadionverbotsfall zeigen sich die Schwächen deutlich: Die Selbstbestimmung der Stadionbetreiberin kam bereits durch eine formale Konzeption zum Vorschein. Ein materiales Verständnis von Selbstbestimmung kann aber auch fragen, ob der Vertrag – bzw. hier der Umstand, dass kein Vertrag zustande gekommen ist – auch für den Fußballfan Ausdruck tatsächlicher Selbstbestimmung ist. Daran, dass kein Vertrag zustande gekommen ist, zeigt sich bereits die erste Schwäche: Der Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung ist eng mit dem Begriff der Fremdbestimmung verbunden. Das wird so verstanden, dass tatsächliche Selbstbestimmung bedeutet, durch einen Vertrag nicht fremdbestimmt zu werden.[554] Deutlich wird hier, dass damit Fälle adressiert werden (sollen), in denen ein Vertrag eigentlich – also nach einem formalen Verständnis – wirksam zustande gekommen ist, aber nun nach einem rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt gesucht wird, um Gründe für die Nichtgeltung des Vertrages auf dogmatischer Ebene zu ermitteln. Schwierigkeiten des Selbstbestimmungstopos ergeben sich somit für Fälle, in denen überhaupt kein Vertrag zustande gekommen ist, der Vertrag also nicht als Grund bzw. Perpetuierung von Fremdbestimmung gedeutet werden kann. Der *status quo* wurde aufrechterhalten; der Fußballfan wird durch den Vertrag nicht in seiner Selbstbestimmung beeinträchtigt. Doch selbst wenn man dieses Problem ausräumen kann, müsste danach gefragt werden, in welchen sozialen Kontexten aus welchen Gründen ein Vertrag in welchem Ausmaß notwendig für tatsächliche Selbstbestimmung ist. Die Selbstbestimmungsfunktion kann daher nur die Fragen ihrer Funktionsbedingungen aufwerfen. Für ihre Beantwortung bedarf es eines konkreten rechtstheoretischen Modells. Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages kann auf analyti-

552 Vgl. *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (726 f.).

553 Kritisch aber gegen ein solches Vorgehen im Kontext „sozialer Vertragstheorien" *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 86 f.

554 Siehe dazu oben § 3 II 2 b, c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scher Ebene damit immer nur den Ausgangspunkt, niemals den Endpunkt einer Betrachtung bilden.

Damit stellt sich die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages für die rechtstheoretische Einordnung des Stadionverbotsfalls sogar als doppelt ungeeignet heraus: (1.) Da die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages oftmals nur für bereits geschlossene Verträge fruchtbar gemacht wird, um daran anknüpfend zu fragen, ob der Vertrag als Instrument der Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umgeschlagen ist. Damit geht es also um Fälle, in denen der wirksame Vertrag als soziales Problem identifiziert wird. Im Stadionverbotsfall geht es jedoch um einen sozialen Konflikt, in dem ein Vertrag begehrt wird bzw. sich gegen eine Kündigung gewehrt wird. Eine solche Situation, in der der Zugang zum Vertrag als Instrument der Selbstbestimmung abgeschnitten wird, wird nur selten thematisiert.[555] Doch selbst wenn der Zugang zum Vertrag als Problem materieller Selbstbestimmung rechtstheoretisch verarbeitet werden würde, bleibt (2.) das Problem, dass gänzlich unklar bleibt, warum und inwieweit der Zuschauervertrag zur Ausübung der Persönlichkeit von Fußballfans relevant wird.[556]

III. Gerechtigkeitsfunktion

Eine weitere Funktion, die Verträge erfüllen können, ist ihr Beitrag zur Gerechtigkeit. Der soziale Referenzpunkt nach den hier gewählten Vorannahmen ist nicht ganz klar. In der modernen Gesellschaft sind Fragen der Gerechtigkeit keine allgemein gesellschaftlichen Fragen, sondern wurden weitgehend auf die Philosophie verlagert.[557] Spricht man also von einer Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages oder des Vertragsrechts, dann wird die Fremdreferenz der Philosophie auf das Recht gewählt; oder präziser: die (für das Recht normativ unverbindliche) Reflexionsperspektive

555 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 105 (mit Vorblick auf die Dogmatik des allgemeinen Kontrahierungszwangs); ähnlich auch *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 118 f. sowie *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 106 – 115, 894 – 899.

556 Auch die Versuche von *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 268 – 272 sowie *Staake*, SpuRt 2018, 138 (140), den Stadionverbotsfall grundrechtlich über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu re-konstruieren, adressieren dieses Problem nur unzureichend.

557 Vgl. zu moralischer Kommunikation *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 396 – 405.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des wissenschaftlichen Teilsystems Philosophie. Anders als die anderen Funktionen, die in diesem Abschnitt behandelt werden, erfüllt der Vertrag keine konkrete, empirisch nachweisbare Funktion für andere soziale Systeme oder individuelle Privatrechtsakteur*innen, sondern es geht um Beschreibungsversuche, dass und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zu Gerechtigkeit beiträgt. Die Idee von Gerechtigkeit als philosophisches Konzept kann somit nicht unmittelbar in das hier gewählte soziologische Modell eines Vertrages eingebettet werden. Allerdings handelt es sich bei der Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages um eine der wesentlichen rechtstheoretischen Reflexionsperspektiven auf den Vertrag, weshalb auch ihre Perspektive auf den Stadionverbotsfall eingenommen werden soll. Dieser Perspektive geht es weniger um den Vertrag als Institution, also um die Tatsache, dass tatsächlich eine Vielzahl von Verträgen in der sozialen Umwelt des Rechts geschlossen werden, sondern deutlicher als anderen Funktionsbeschreibungen um das Vertragsrecht.[558] Der funktionalistische Zugriff auf den Vertrag erfolgt damit tendenziell umgekehrt zur hier gewählten Methode: Gerechtigkeit wird als Funktion – oder „Idee" bzw. Rechtsprinzip[559] – des Rechts allgemein begründet, um dann zu begründen, dass auch das Vertragsrecht – und damit der Vertrag – diese Funktion erfüllt.[560] Entsprechend der oben ausgeführten Grenzen der Unterscheidung zwischen Vertragsfunktionen und Funktionen des Vertragsrechts kann dann aber davon gesprochen werden, dass der Vertrag als Institution die Funktion erfüllt, zur Gerechtigkeit beizutragen.[561] Gerechtigkeit sei gar „idealtypisch Zweck jeden Vertrages".[562] Diese Funktionsbeschreibung führt dazu, dass

558 Deutlich *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 5: „Die Grundthese dieser Arbeit, wonach die Gerechtigkeit auch in ihrer Ausprägung als iustitia distributiva die Idee des Vertragsrechts bildet, führt zu einem funktionalistischen Ansatz, der das Vertragsrecht auch in seiner regulativen Kapazität analysiert und bewertet."

559 Mit den unterschiedlichen Begriffen „Funktion" einerseits und „Idee" bzw. „Prinzip" andererseits ist im rechtswissenschaftlichen Diskurs oft eine Perspektivverschiebung verbunden: Funktion ist der Begriff der Fremdreferenz, während Idee oder Prinzip die Kehrseite der Selbstreferenz ist. *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 131 f. geht sogar so weit, dass die Vertragsgerechtigkeit dem Recht naturrechtlich vorgegeben sei. Unter der hier gewählten Prämisse der Autonomie des Rechtssystems ist eine solche Aussage unhaltbar.

560 Anschaulich der Begründungsweg bei *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 11 – 15 einerseits und 15 – 25 andererseits.

561 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60 spricht zwar von der „gerechtigkeitsstifenden Funktion" der Vertragsfreiheit, meint aber damit den konkreten gerechten Austausch, der durch einen Vertrag erzeugt wird.

562 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Vertragsgerechtigkeit – ähnlich wie die Privatautonomie – auch aus der Selbstreferenz des Rechtssystems als Rechtsprinzip rekonstruiert wird.[563]

Die rechtsphilosophische Perspektive versucht mit Gerechtigkeitstopoi Anforderungen an den „gerechten" Vertrag aufzustellen, die dann im Vertragsrecht verarbeitet werden können.[564] Die folgenden Überlegungen knüpfen daher stärker an das Vertragsrecht an; dennoch geht es auch hier darum, welchen rechtstheoretischen Zugriff die Gerechtigkeitstopoi auf den Stadionverbotsfall erlauben. Deutlich wird dabei, dass ähnlich wie der Topos der Selbstbestimmung alle Gerechtigkeitstopoi auf eine Konkretisierung – u.U. auch mithilfe sozialwissenschaftlichen Wissens – angewiesen sind.

1. Iustitia commutativa

Der klassische rechtstheoretische Zugriff auf den Vertrag mit dem Gerechtigkeitstopos erfolgt mithilfe der aristotelischen Unterscheidung von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* als die beiden Grundformen der Partikulargerechtigkeit.[565] Diese Gerechtigkeit im speziellen Sinn bezieht sich auf Güterverteilungen und legt als relevantes Kriterium die Gleichheit

563 Eingehend zur Vertragsgerechtigkeit als Rechtsprinzip *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 105 – 162; die (materielle) Vertragsgerechtigkeit als Prinzip des europäischen Vertragsrechts betont *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 11; anders – aber infolge seiner normativen Vorannahmen konsequent – *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 281 (im Kontext der speziellen Gleichheitssätze): „Im Vertragsrecht ist es insbesondere ausgeschlossen, die Institution des Vertrages entgegen ihrer Verwurzelung im Selbstbestimmungsprinzip mit der Wertidee der Gerechtigkeit ‚aufzuladen'." Damit sei der Aspekt der „Vertragsgerechtigkeit" nicht Bestandteil der Institution des Vertrages.

564 Ähnlich *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 53: ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit als Gründe zur Rechtfertigung von Rechtsnormen. Näher zu den unterschiedlichen Perspektiven der Gerechtigkeit auf den Vertrag und (!) das Vertragsrecht *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 16 – 25.

565 Siehe dazu die juristische Rezeption bei *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 9 – 34; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 55: „bis auf den heutigen Tag maßstabsetzende Konzeption der Vertragsgerechtigkeit".

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

an.[566] Die Reflexionsperspektive[567] der *iustitia commutativa*[568] hat das Vertragsrecht als klassischen Anwendungsfall – bereits bei *Aristoteteles*.[569] Sie gilt als die Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts.[570] Bei dieser Austauschgerechtigkeit wird „das Gerechte" ohne Ansehung der konkret am Vertrag beteiligten Personen ermittelt.[571] Sie fokussiert sich auf das Verhältnis der konkret betroffenen Vertragsparteien[572] und blendet den (sozialen) Kontext des Vertrages weitgehend aus, weshalb sie für das vertragsrechtliche Paradigma des bipolaren Austauschvertrages die naheliegende Gerechtigkeitsform sei.[573] Die Idee der Gleichheit wird daher bei der *iustitia commutativa* auf die Gleichheit der Subjekte im Verhältnis zueinander re-spezifiziert: Es geht lediglich darum, dass sich zwei Personen als freie Gleiche gegenüberstehen.[574] Damit betrachtet die Austauschgerechtigkeit „das betroffene Austauschverhältnis unter einem Brennglas, das Aspekte ignoriert, die über das unmittelbare Verhältnis der Beteiligten hinausgehen. Die *iustitia commutativa* abstrahiert von solchen Aspekten, die zwar nicht geleugnet, aber eben nicht betrachtet werden. Damit ist eine weitgehende Dekontextualisierung

566 *Hinsch*, in: Goppel et al. (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, 2016, S. S. 77 (77).

567 Die Gerechtigkeit als eine von vielen Reflexionsperspektiven zu betrachten ist auf die hier vorgestellte Multilateralität von Privatrechtsinstituten zurückzuführen. Anders ist der methodische Zuschnitt und das Erkenntnisinteresse bei *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, dem es erstens um eine monistische Begründung des Privatrechts geht (S. 59 – 63) und für den zweitens lediglich die philosophischen Konzepte von ausgleichender und verteilender Gerechtigkeit zur Begründung des Rechts herangezogen werden können (S. 53). Folgt man dem Konzept der Multilateralität des Vertrages kann dieser Ansatz selbst bei der Beschränkung auf die „Kernmaterien des Privatrechts" Delikt, Eigentum und Vertrag (S. 30) nicht überzeugen: Selbst diese Grundinstitutionen lassen sich aus verschiedenen Reflexionsperspektiven heraus erklären.

568 *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 53 – 59, 267 – 361 verwendet auch für den Vertrag den übergeordneten Begriff der ausgleichenden Gerechtigkeit.

569 Vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 26, 45.

570 *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 57; *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 43.

571 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 10 f.; *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 41 f.; *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57.

572 *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57: „Die Beziehung ausgleichender Gerechtigkeit ist damit eine zweipolige Beziehung. Der maßgebliche interpersonale Bezug besteht zwischen diesen beiden."

573 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 153.

574 *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

verbunden."[575] Durch diese Dekontextualisierung wird der Blick für die konkrete Vereinbarung der Parteien eröffnet; die autonome Vereinbarung wird zum entscheidenden Maßstab der durch das Vertragsrecht bewirkten Verteilung. Dabei zeigt sich eine nahe Affinität der *iustitia commutativa* zur Vertragsfreiheit.[576] Damit erhält sie einen prozeduralen Charakter:[577] Es kommt nicht auf eine bestimmte inhaltliche Richtigkeit des Vertrages an, sondern die angemessene Gegenleistung bestimmt sich aus dem, was die Parteien freiwillig vereinbart haben.[578]

Damit ist jedoch die Bestimmung des Gerechten nicht unabhängig von jedem Kontext.[579] „Hier [bei Verträgen] muss entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen die Parteien ‚das Gleiche' erhalten. Auch diese Frage ist abhängig vom jeweiligen Kontext des Geschäfts sowie von politischen Entscheidungen, die das jeweils geltende Vertragsrecht geprägt haben. Aus heutiger Sicht würde eine liberale Vertragstheorie etwa zu der Annahme neigen, dass das ‚Gleiche' die Parteien grundsätzlich dann erhielten, wenn der Austausch ihrer freien Vereinbarungen entspricht. Schon diese Sichtweise ist aber politisch von liberalem Gedankengut geprägt; es wäre auch voreilig, sie *Aristoteles* zu unterstellen. Es ist dabei zwar denkbar, die Privatautonomie als Maßstab für das Gleiche zu betrachten. Darin liegt aber bereits eine politische Wertung: ein Bekenntnis zur Privatautonomie als Bestandteil einer liberalen Marktordnung."[580] Die Parteivereinbarung als Maßstab für das Gerechte heranzuziehen ist damit also nicht zwingend. Welche anderen Maßstäbe für welchen konkreten Fall herangezogen werden können, bleibt jedoch dieser theoretische Zugriff schuldig.[581]

Aus der Perspektive der *iustitia commutativa* ergeben sich damit keine konkreten Aussagen für den Stadionverbotsfall: Stadionbetreiber und Fan treten sich als gleich freie Privatrechtsakteure gegenüber. Versteht man die *iustitia commutativa* mit einem liberalen Vorverständnis, dann ist der Ausschluss des Fans bzw. der ihm verweigerte Zugang zum Zuschauerver-

575 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 155.
576 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 155.
577 Siehe dazu auch unten § 3 III 2.
578 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 46.
579 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 44.
580 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 44.
581 Dies erkennt auch *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. S. 16 f. an; die Kontextabhängigkeit der aristotelischen Theorie der Austauschgerechtigkeit betont ebenfalls *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 60 – 64.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trag oder Stadion „gerecht". Es ist gerecht, weil sich im Ausschluss bzw. in der Verweigerung die Nicht-Vereinbarung der Parteien ausdrückt. Oder man zieht den Gedanken der Austauschgerechtigkeit überhaupt nicht heran, weil – ähnlich wie im Falle der Selbstbestimmungsfunktion – kein Vertrag (mehr) besteht, der auf seine Gerechtigkeit hin befragt werden könnte. Versteht man die *iustitia commutativa* als philosophische Reflexionspraxis, die primär auf den Vertrag und nicht auf die Vertragsparteien schaut, müsste gefragt werden, in welchem sozialen Kontext dieser Vertrag steht, um ein Gerechtigkeitsurteil fällen zu können. Dies kann der Topos der *iustitia commutativa* jedoch nicht selbst leisten. Eine Beschreibung des sozialen Kontextes setzt den Rückgriff auf außerrechtliches und außerphilosophisches, nämlich soziales bzw. sozialwissenschaftliches, Wissen voraus.

2. Prozedurale Vertragsgerechtigkeit

Setzt man die *iustitia commutativa* mit einem liberalen Vertragsverständnis gleich, so ermöglicht die Perspektive einer prozeduralen Vertragsgerechtigkeit konkretere Topoi. Aufgrund der Ausfüllungsbedürftigkeit der *iustitia commutativa* bestehen wesentliche Überschneidungen zu prozeduralen Vertragsgerechtigkeitskonzeptionen.[582] Stellvertretend dafür steht die Konzeption der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus *Schmidt-Rimplers*.[583]

Prozedurale Konzeptionen der Vertragsgerechtigkeit betonen den Vertragsmechanismus als solchen, der zu (prozedural) gerechten Ergebnissen führe. Durch das Aushandeln der Vertragsbedingungen werde in der Regel ein angemessener und somit gerechter Ausgleich der Interessen beider Parteien erzielt. Dies war bereits Teil eines formal-liberalen Vertragsdenkens.[584] *Schmidt-Rimpler* hat dann jedoch mit seiner Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus den Gedanken eines tatsächlichen Verhandlungsgleichgewichts aufgegriffen: Der rationale Interessenausgleich führt jedenfalls in der Tendenz regelmäßig zu objektiv gerechten Ergebnissen im Sinne einer fairen Güterverteilung. Dies sei auf breite Zustimmung

582 Diese Parallelen erkennt auch *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht 1997, S. 48 – 50.

583 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130; ergänzend *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 3; dazu und daran anknüpfend *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 208 – 277.

584 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestoßen und bilde die Grundlage für eine der wirkmächtigsten Theorien zum Verständnis der Vertragsgerechtigkeit.[585]

Dahinter steht der Gedanke, dass die Parteien regelmäßig keiner für sie benachteiligenden Einigung zustimmen werden. Aufgrund des gegenseitigen Zustimmungserfordernis bei einem Vertrag werden ungünstige, egoistische oder missbräuchliche Vertragsinhalte durch ein „Abschleifen" der Willen neutralisiert bzw. paralysiert.[586] Jedenfalls unter den Bedingungen rationaler Entscheidung, hinreichender Informationen und annähernder Verhandlungsparität führe der Vertragsmechanismus so zu einem angemessenen Interessenausgleich.[587] Aufgrund der starken Prämissen, die hier gesetzt werden, sprach *Wolf* zutreffend von einer Richtigkeits*chance* des Vertrages.[588] Die materielle Korrektur („Inhaltskontrolle") des Vertragsinhalts erfolge somit durch die Vertragspartner*in, sodass egoistische Interessen neutralisiert werden können.[589] „Das Verhandlungsergebnis ist somit nicht *per se* gerecht, weil die Parteien es so wollen[590], sondern weil sich die Parteien aufgrund der Tatsache, dass ihr jeweiliger Verhandlungspartner dem Einigungsvorschlag zustimmen muss, regelmäßig auf ein Ergebnis einigen, das jedenfalls im Grundsatz die Gewähr dafür bietet, dass es den Kriterien objektiver Gerechtigkeit entspricht."[591] Damit hängt die Richtigkeitsgewähr eines Vertrages eng mit tatsächlicher Selbstbestimmung zusammen, was auch in *Wendlands* Vertragstheorie den entscheidenden Verknüpfungspunkt beider Funktionen ausmacht: Der Vertrag kann nur dann seine Gerechtigkeitsfunktion erfüllen, wenn der Vertrag tatsächliche Selbstbestimmung gewährleiste.[592]

Diese Zusammenfassung von *Wendlands* Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages hat einen bestimmten Duktus beibehalten: Es ist bezeichnend, wie häufig er diese Vertragstheorie mit den Worten „im Grundsatz" oder „in der Regel" einschränkt. Deutlich wird hier wie voraussetzungsvoll seine

585 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 61; zuvor bereits *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (284).
586 *Schmidt-Rimpler*, in: FS Raiser (1974), S. 3 (5).
587 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (157 f.); *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 3 (12, 24).
588 *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 74.
589 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (162).
590 So aber *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (141, 143).
591 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 61.
592 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60, für den tatsächliche Selbstbestimmung insbesondere annähernde Vertragsparität und tatsächliche rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit bedeutet; siehe zu diesem Zusammenhang oben § 3 II 2 a, c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Theorie von Vertragsgerechtigkeit ist. Noch deutlicher wird es, wenn er die Richtigkeitsgewähr *Schmidt-Rimplers* durch das Harvard-Modell der Vertragsverhandlungen ergänzt: *Wendland* postuliert ein Idealbild[593] des Vertrages, das nicht nur durch ein einfaches Aushandeln des Vertrages gekennzeichnet ist, sondern durch spezifische Formen des Aushandels, die insbesondere auf ein Kooperationsverhalten der Parteien aufbauen.[594] Was hier deutlich wird, ist die Anwendungsabhängigkeit von Privatrechtstheorie: Die Weiterentwicklung prozeduraler Vertragsgerechtigkeit über ein Vertragsverhandlungsmodell passt perfekt in *Wendlands* Forschungsprogramm. Im Kern geht es ihm um die Entwicklung von Maßstäben zur Inhaltskontrolle von AGB. Für Vertragsrechtskonflikte, in denen Vertragsbestimmungen nicht ausgehandelt werden, eine theoretische Konzeption des Vertrages zu wählen, die auf ein ideales Aushandeln der Vertragsinhalte abzielt, ist ein erkenntnisreicher Ansatz. Er ist nur in seinem Anwendungsbereich begrenzt.

Die These der Richtigkeitsgewähr oder Richtigkeitschance des Vertrages im Allgemeinen und die Konzeption *Wendlands* im Besonderen haben eine gewisse Eingängigkeit: Verträge werden durch das Zusammenkommen von zwei Privatrechtsakteur*innen geschlossen, sodass durch ein Aushandeln oder das Nichtzustandekommen eines Vertrages prozedural gerechte Ergebnisse erzeugt werden können. Das Problem liegt damit nicht in der Funktionsbeschreibung des Vertrages selbst, sondern – folgt man dem hier vertretenen Funktionspluralismus des Vertrages – darin, welche tatsächlich auftretenden Fälle der Gesellschaft adäquat mit dieser Funktion erfasst und beschrieben werden können. Die wesentliche Schwäche dieses Denkmodells liegt darin, dass in der modernen Gesellschaft immer weniger Verträge tatsächlich ausgehandelt werden.[595] Dadurch verspricht dieser rechtstheoretische Zugang zum Vertrag aber auch in immer weniger Fällen eine adäquate rechtstheoretische Basis für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung zu bieten. So liegt es auch im Stadionverbotsfall: Weder der ursprünglich geschlossene Zuschauervertrag noch das Hausverbot, welches zu einer Kündigung des Vertrages geführt hat, wurden ausgehandelt. Auch wenn ein Vertrag nicht geschlossen worden wäre, so stünde die Ablehnung

593 Dies erkennt *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 257 ausdrücklich selbst.

594 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 234 – 260.

595 Ähnliches Argument bei *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Vertragsschlusses auf Seiten des Vereins nicht am Ende eines Aushandlungsprozesses. Vielmehr werden Tickets standardisiert und meist unpersönlich, auf elektronischem Wege verkauft. Sollte der betroffene Fußballfan in einer Gefährderdatenbank gelistet sein, so würde ihm „automatisch" der Vertragsschluss untersagt. Daher ist auch die Forderung, dass eine annähernde Vertragsparität zwischen den Parteien im Grundsatz vorliegen sollte, eine idealisierende Theorieannahme[596]. Es sind zwar gegebenenfalls die oben angeführten Voraussetzungen wie tatsächliche Selbstbestimmung oder Vertragsparität, die in der modernen Gesellschaft fehlen, diese Aspekte sind jedoch nur dann relevant, wenn Verträge ausgehandelt werden. Eine moderne Vertragstheorie sollte dies berücksichtigen. Damit bietet die Funktionsbeschreibung, dass Verträge im Regelfall zu prozeduraler Gerechtigkeit führen, keinen geeigneten Anhaltspunkt für den Stadionverbotsfall. Mithilfe dieser Funktionsbeschreibung können zwar Kriterien herausgearbeitet werden, in denen der Vertrag keine Richtigkeitsgewähr *unter der Annahme einer Vertragsverhandlung* aufweist. Werden Verträge aber nicht ausgehandelt und geht es nicht um die Maßstabsbildung für eine Inhaltskontrolle, ist nach anderen rechtstheoretischen Beschreibungsversuchen zu suchen.

3. Iustitia distributiva

Während grundsätzliche Einigkeit darüber besteht, dass die Institution des Vertrages die Funktion kommutativer Gerechtigkeit erfüllt, wird dies für die *iustitia distributiva* unterschiedlich beurteilt: In der Vergangenheit wurden die beiden Gerechtigkeitsformen recht einseitig auf die Teilrechtsordnungen verteilt. Da das Privatrecht von den konkreten Personen der Vertragsparteien abstrahiere, sei es – insbesondere das Vertragsrecht – der Referenzpunk für die *iustitia commutativa* im Recht, während sich die *iustitia distributiva* im Öffentlichen Recht verwirkliche.[597] Diese grobe Einteilung ist heute überwunden; allerdings sind die konkreten Ausprägungen der Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht noch ungeklärt. *Canaris* fasst die Gebote der beiden Gerechtigkeitsformen im Vertragsrecht als Regel-Ausnahmeverhältnis auf: Grundsätzlich werde das Vertragsrecht durch die *iustitia commutativa* beherrscht, aber im Ausnahmefall können auch

596 Ähnlich auch *Rittner*, JZ 2011, 269 (271 f.).
597 Siehe dazu *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 35, 99 – 134.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

distributive Elemente damit verwirklicht werden.[598] Diese bedürfen jedoch aufgrund der Vertragsfreiheit eines besonderen Legitimationsbedarfs; andernfalls drohe eine „Überfremdung oder gar Denaturierung".[599] Demgegenüber entwickelt *Arnold* die These, dass das Vertragsrecht in gleicher Weise von beiden Gerechtigkeitsformen beherrscht wird.[600] Diese Frage spielt hier keine Rolle; es gilt vielmehr aufzuzeigen, welche rechtstheoretische Perspektive die *iustitia distributiva* auf den konkreten Stadionverbotsfall ermöglicht. Oder anders: Ob und mit welchen Topoi der Stadionverbotsfall auf rechtstheoretischer Ebene re-konstruiert werden kann. Zudem ist die Abgrenzung zwischen beiden Gerechtigkeitsformen bei privatrechtlichen Normen fließend.[601] *Arnold* arbeitet daher zutreffend heraus, dass beide Gerechtigkeitsformen jeweils unterschiedliche gerechtigkeitstheoretische Perspektiven auf den Vertrag einnehmen.[602] Dies ist mit den hier gewählten Grundannahmen der Multilateralität des Vertrages zu vereinbaren: Ob Argumente bzw. Topoi der *iustitia distributiva* Elemente des Rechts (bzw. der Rechtstheorie) sind, entscheidet das Recht als autopoietisches System selbst; hier interessieren uns aber insbesondere fremdreferenzielle Reflexionsperspektiven.

a. Inhalt und Kontextabhängigkeit

Bei der verteilenden Gerechtigkeit geht es um die Verteilung von Vergünstigungen oder Belastungen. Diese Verteilung betrifft eine Mehrzahl an Personen, wobei die Verteilung in Abhängigkeit von einem bestimmten Kriterium erfolgt. Die Personen müssen dieses Kriterium erfüllen bzw. nicht erfüllen; entsprechend dieses Kriteriums erfolgt die Verteilung.[603] „Iustitia distributiva ist Gerechtigkeit *in* Ansehung der Person, iustitia com-

598 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 35.

599 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 125.

600 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 137.

601 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 13 – 15.

602 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 153; gegen eine strikte Trennung der Gerechtigkeitsformen und daher auch gegen eine feste Zuordnung von Rechtsinstituten zu nur einer der Formen *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 887 – 889.

603 *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 54. Zu der verteilenden Instanz im Vertragsrecht siehe *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 286 – 288.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mutativa Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person."[604] Es geht um die gerechte Verteilung von Gütern durch – nach traditioneller Auffassung – das Gemeinwesen.[605] Dadurch ist die *iustitia distributiva* ebenfalls zunächst ein weitgehend formales Gerechtigkeitsprinzip.[606] Insbesondere der Verteilungsmaßstab kann nur in Abhängigkeit spezifischer Kontexte bestimmt werden. Daher erkennt *Canaris* ausdrücklich, dass es bei Aussagen der *iustitia distributiva* nicht um „überzeitliche" Aussagen gehen sollte:[607] „Für die Beantwortung der Frage, nach welchem Maßstab in einer bestimmten Problemlage Gleichheit und Ungleichheit zu bestimmen sind, ergibt sich aus dem Gedanken der iustitia distributiva *als solchem* nur sehr wenig."[608]

Daraus folgt für Canaris jedoch nicht, dass der Gerechtigkeitstopos allgemein und die Verteilungsgerechtigkeit im Besonderen unbrauchbar wären. *Canaris* wendet ein, dass die *iustitia distributiva* zwar relativ in Bezug auf den angestrebten Zweck gedacht werden müsse, aber dadurch nicht inhaltsleer werde; vielmehr komme es auf eine teleologische Folgerichtigkeit an.[609] Der Zweck lasse sich dabei aus der „Natur der Sache" ableiten.[610] Den einzigen – „richtigen" – Zweck und damit den Maßstab einer Verteilung aus ihrer Natur heraus zu ermittelt, erscheint gerade unter den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Annahmen einer funktional differenzierten Gesellschaft unmöglich. *Arnold* führt hier zutreffend aus, dass man nicht exakt bestimmen kann, nach welchem Maßstäben und in welchen Situationen die Verteilung vorzunehmen ist.[611] Wenn aber keine klaren Aussagen über den Verteilungsmaßstab in einem konkreten Fall getroffen werden können, worin besteht dann der Vorteil des Topos der *iustitia distributiva* für einen rechtstheoretischen Zugang zum Vertrag?

604 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 11 mwN.
605 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 121.
606 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 289.
607 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 15.
608 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 16.
609 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 19.
610 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 20 f.
611 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 97. Bezeichnend ist, dass dies beide an *Aristoteles* Flötenbeispiel illustrieren und damit für denselben Fall zu unterschiedlichen Zweckbeschreibungen kommen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Arnold sieht den Vorteil insbesondere darin, dass es der Begriff ermögliche, die klassisch-liberale bipolare Perspektive auf den Vertrag mit seinen beiden Vertragsparteien aufzubrechen und damit eine größere Kontextualisierung erlaube: „Die iustitia distributiva berücksichtigt dagegen vertragsfremde Aspekte insoweit, als das Vertragsrecht die Entscheidung getroffen hat, den Blick vom konkreten Vertragsverhältnis zu lösen und Folgewirkungen im sozialen und ökonomischen Kontext des Falles durch Verallgemeinerung und Folgenanalyse einzubeziehen. [...] Die iustitia distributiva zwingt dazu, die Einbettung des Sachverhalts in soziale, ökonomische und gesellschaftliche Kontexte zu berücksichtigten."[612] Dabei sollten insbesondere die sozialen und ökonomischen Rollen der am Vertrag beteiligten Parteien berücksichtigt werden.[613]

Hier zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass der Gerechtigkeitstopos der *iustitia distributiva* maßgeblich von einer vorherigen gesellschaftstheoretischen Konstruktion bzw. wirtschafts- bzw. sozialwissenschaftlichen Analyse abhängt.[614] Dies können aber die Topoi der Verteilungsgerechtigkeit nur eingeschränkt selbst leisten. Die Reflexionspraxis der *iustitia distributiva* ermöglicht vielmehr *nach* einer solchen Analyse lediglich eine normative – aber auch außerhalb des Rechts stehende – Bewertung der sozialen Analyse: Sie eröffnet die Möglichkeit, die vorgefundenen Umstände mit einem Ungerechtigkeitsurteil zu versehen. Damit leistet auch der Topos der *iustitia distributiva* keinen Erkenntnisgewinn für den Stadionverbotsfall: Zwar kann er soziale Beschreibungen des Falls rechtstheoretisch verarbeiten. Aber wie der Fall konkret beschrieben werden kann, bleibt unklar. Eine rechtstheoretische Funktionsbeschreibung des Vertrages sollte nicht nur offen für jede Art von sozialem und sozialwissenschaftlichem Wissen sein. Damit tritt exakt das ein, was von Kritikern einer interdisziplinären Methode kritisiert wird: Wenn die Rechtstheorie offen für alle außerrechtlichen Wissensbestände ist, dann tritt eine Paralysierung aufgrund Überforderung ein.[615] Ein rechtstheoretisches Konzept des Vertrages – hier in Form einer Funktionsbeschreibung – sollte jedoch bereits eine Vorselektion treffen können. Dies leistet die *iustitia distributiva* bisher nicht.

612 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 156.
613 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 157.
614 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 156 verweist in Fn. 743 dann auch ausdrücklich auf *Rehbinder*, Standford Law Review 1971, 941, also auf ein Paradebeispiel für soziologische Jurisprudenz; vgl. dazu oben § 2 IV 3.
615 Vgl. dazu oben § 1 III 3 a, b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

b. Konkretisierungsansätze und ihre Probleme

Zurecht wurde daher gefordert, dass der Gedanke der *iustitia distributiva* insbesondere hinsichtlich des Vertrages konkretisiert werden müsse.[616] Dabei kann am Gerechtigkeitstopos angeknüpft und Unterfälle der *iustitia distributiva* gebildet werden oder man knüpft an ihren konkreten Erscheinungsformen im Vertragsrecht an.

Zur Konkretisierung des Gerechtigkeitstopos werden die Leistungs-, Bedarfs- bzw. Bedürfnis-[617], Chancen- und Verfahrensgerechtigkeit (sowie die Belastungsgerechtigkeit auf der Seite der verteilenden Instanz) als Präzisierungsversuche herangezogen.[618] Mich überzeugen auch diese Topoi wenig; sie werfen bei einer Anwendung auf den Stadionverbotsfall mehr Fragen auf als sie beantworten können: Was sind vorliegend die maßgeblichen Leistungsgesichtspunkte, die für einen Zugang zum Stadion sprechen? Nur die Zahlungsbereitschaft? Hat sich durch die „negative Leistung" (potentielle Störereigenschaft) der Fan den Zugang zum Stadion „verspielt"? Wie sollen im Stadionverbotsfall die Bedürfnisse ermittelt werden? Sind hier die subjektiven Bedürfnisse eines einzelnen Fans maßgeblich? Was sind in der modernen Gesellschaft objektive Bedürfnisse? Der Bezugspunkt des Topos der Chancengerechtigkeit bleibt ebenfalls unklar. Sind davon nur die funktionssystemübergreifenden Chancen wie die Chance auf Bildung oder Erwerbsarbeit erfasst? Geht es hier um die Chance, mit einem Vertrag Zugang zu einem Fußballstadion zu erhalten? Falls ja, welche Chancen sind in diesem Fall angemessen: Genügt das Institut einer formal verstandenen Vertragsfreiheit, die die Möglichkeit eines Vertragsschlusses ermöglicht? Ist die Chance zum Zugang in ein Stadion überhaupt aus einer gesamtgesellschaftlichen Gerechtigkeitsperspektive relevant? Einzig der Topos der Verfahrensgerechtigkeit verspricht, einen Teil des sozialen Konfliktes zu erfassen. Bereits in der Beschreibung des Stadionverbotsfalls[619] – und dies ist

616 Vgl. *Kaulbach/Schirmer*, AcP 220 (2020), 796 (801) – Diskussionsbeitrag von *Hellgardt*. Zu modernen Konzeptionen distributiver Gerechtigkeit, die hier nicht näher ausgewertet können, siehe den Überblick bei *Hinsch*, in: Handbuch Gerechtigkeit, 2016, S. 77 (79 – 83).

617 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 64 – 67 unterscheidet weiter zwischen subjektiven und objektiven (Grund-)Bedürfnissen.

618 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 21 f., 63 – 75.

619 Siehe dazu oben § 1 I 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

später aufzugreifen[620] – zeigte sich, dass ein zentrales Element des sozialen Konfliktes in der Vergabepraxis von Stadionverboten liegt, nämlich dass diese häufig ohne eigenständige Sachverhaltsaufklärung der Vereine erteilt werden. Doch auch hier zeigt sich die Maßstabsarmut: Welche Verfahrensschritte sind gerecht?

Daneben existieren Präzisierungsversuche der *iustitia distributiva*, die nach ihren privatrechtlichen Erscheinungsformen fragen. Für das Vertragsrecht wurden die Topoi soziale Umverteilungsgerechtigkeit, Verhaltenssteuerung bzw. Prävention, Schwächerenschutz, die Regelung von Interessen- oder Risikogemeinschaften sowie Gemeinwohlinteressen als Ausprägungen der *iustitia distributiva* identifiziert.[621] *Canaris* nannte als Ausnahmebereiche, in denen die *iustitia distributiva* in das Vertragsrecht hineinwirkt, insbesondere die Fälle, in denen der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht wirkt.[622] Hier interessierte ihn der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht, der dadurch geprägt sei, dass ein Arbeitgeber eine „Verteilungsmacht"[623] inne habe, weil er als Instanz Vor- und Nachteile in der Organisation verteilt. Dadurch sei die Situation – wie für Fälle der *iustitia distributiva* typisch – nicht durch Gleichordnung, sondern als Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet.[624] Der Inhalt der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung folge dann dem von ihm postulierten Gebot teleologischer Folgerichtigkeit.[625]

Der Stadionverbotsfall lässt sich nur schwer durch diese bisher identifizierten Ausprägungen der Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht re-konstruieren. Die Topoi werfen ebenfalls mehr Fragen als Antworten auf: Ist der Fußballfan gegenüber dem Verein bzw. dem DFB als Verband „schwächer"? Was macht diese Schwäche aus und warum ist sie gerade hier relevant? Liegt der Besuch eines Fußballstadions im Gemeinwohlinteresse? Es handelt sich darüber hinaus auch nicht um einen Konflikt, der sich

620 Siehe unten § 6 III 2 b cc, § 7 III 3.

621 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 158 – 160, 272 – 285.

622 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 35 f.; ähnlich auch *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 1 AGG, Rn. 6: "Der allgemeine Gleichheitssatz spricht die Verteilungsgerechtigkeit bei der Zuweisung von Gütern oder Lasten an."

623 Den Begriff hat in diesem Kontext *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1948], S. 1 (13) geprägt.

624 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 37.

625 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in einem Arbeitsverhältnis abspielt. Dennoch hat der generalisierte Gedanke, dass die *iustitia distributiva* und der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht zusammenhängen, etwas für sich. So wurde auf der Zivilrechtslehrertagung 2019 angedacht, dass auch der Stadionverbotsfall mit dem Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit rekonstruiert werden könne, da sich hier durch die Einbeziehung von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht die Frage nach neue Formen von Teilhabeansprüchen stellt.[626] Doch die Verknüpfung zwischen Stadionverbotsfall, allgemeinem Gleichheitssatz und *iustitia distributiva* konnte hier leicht aus der *ex post*-Perspektive postuliert werden: Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits einen Aufschlag mit der rechtlichen Lösung des Konfliktes über Art. 3 Abs. 1 GG gemacht, der dann nachträglich über Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit kontextualisiert bzw. „gerechtfertigt" werden konnte. Wodurch ist aber der soziale Konflikt gekennzeichnet, dass das Recht mit einer Form eines Teilhabeanspruchs[627] darauf reagiert, der dann als Symptom der Verteilungsgerechtigkeit gedeutet wird? Der Topos der *iustitia distributiva* kann diese Frage nicht beantworten.

Die rechtsphilosophische Reflexionsperspektive auf den Vertrag allgemein, die an der Gerechtigkeitsfunktion anknüpft, und die Perspektive der *iustitia distributiva* im Besonderen sind damit – wie es *Canaris* treffend formuliert hat – zwar geeignet, eine Vielzahl von relativen Gerechtigkeitsaussagen zu treffend.[628] Diese relativen Aussagen müssen jedoch in der Tiefe ihrer Beschreibung unterkomplex bleiben, solange kein Rückgriff auf eine vorherige (sozialwissenschaftliche) Analyse oder einen bisherigen Diskurs genommen werden kann.[629] Damit eröffnet die Gerechtigkeitsfunktion des

626 Vgl. *Kaulbach/Schirmer*, AcP 220 (2020), 796 (801) – Diskussionsbeitrag von *Lobinger*.

627 Dies wird im Kontext der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wieder aufgegriffen, siehe unten § 9 IV.

628 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 22.

629 Ähnlich kritisch zur Operabilität von Gerechtigkeitsbegriffen *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 54: „Beinahe zwangsläufig kommt es daher zur Anwendung abstrakter Gerechtigkeitsbegriffe, in die weder die im Einzelfall zu besorgenden Probleme noch die zu ihrer Lösung maßgeblichen Gründe eingearbeitet werden konnten", wodurch „eine Scheinrationalität im Vertragsrecht Einzug" erhält; ebenfalls kritisch im Kontext privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 891 f.: „Dazu kann die Dichotomie der aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffe nichts Substantielles beitragen." (S. 892).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vertrages – insbesondere mit der weiten Perspektive der *iustitia distributiva* – zwar die Möglichkeit, viele unterschiedliche Bereiche des Privatrechts unter dem gemeinsamen Topos der Gerechtigkeit zu diskutieren und zu rekonstruieren. Daher überrascht es auch nicht, dass sowohl *Canaris*[630] als auch *Arnold*[631] auf privatrechtliche Teilgebiete zurückgreifen, die bereits relativ ausführlich im Rechtsdiskurs verhandelt worden sind. Für neue Phänomene wie den Fall der Stadionverbote eignet sich die Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages auf rechtstheoretischer Ebene weniger dafür, konkrete Aussagen über den zugrundeliegenden sozialen Konflikt zu treffen. Je weiter sich bestimmte Phänomene von den klassischen Verteilungsgütern wie Geld, Erwerbseinkommen, Ressourcen oder Chancen, insbesondere hinsichtlich Bildung,[632] entfernen, desto schwieriger wird die Operationalisierbarkeit der Verteilungsgerechtigkeit. Anders sieht dies – nicht überraschend – *Arnold*: Er betont, dass gerade weil die *iustitia distributiva* den Zugriff auf die entscheidenden sozialen Kontexte ermögliche, neue Fälle damit einer dogmatischen Lösung überführt werden können.[633] Richtig ist dabei, dass die *iustitia distributiva* aufgrund ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit eine Vielzahl von neuen Fällen der Gesellschaft auf der Ebene des Rechtstheorie verhandelbar macht. Gleichzeitig macht es ihre inhaltliche Unbestimmtheit unmöglich, konkrete Beschreibungen des sozialen Konfliktes zu liefern; Beschreibungsversuche mithilfe der *iustitia distributiva* müssen immer mit zu abstrakten Topoi operieren.[634] Die Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages kann damit für diese Untersuchung nicht der richtige Anknüpfungspunkt sein.

630 *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 78 – 85.

631 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 297 – 437.

632 Vgl. zur Diskussion um diese klassischen Bezugspunkte der Verteilungsgerechtigkeit *Sen*, Gleichheit? Welche Gleichheit?, 2019 [1979].

633 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 295 f.

634 Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass und wenn das Recht moderne Konkretisierungsansätze der *iustitia distributiva* aufgreift und produktiv verarbeitet, vgl. dazu beispielsweise *Traub*, in: ders./Kittel (Hrsg.), Need-Based Distributive Justice, 2020, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Ökonomische Funktionen des Vertrages

Historischer Ausgangspunkt des heutigen Verständnisses von Vertragsfreiheit und des Vertrages waren nicht nur philosophische Konzepte der Selbstbestimmung, sondern auch – und vielleicht sogar primär – wirtschaftliche Aspekte. Der Vertrag ist damit auf das Engste mit dem Wirtschaftssystem gekoppelt.[635] Mit der Entstehung von Märkten stellte sich unmittelbar die Frage, wie die neu entstandene freie Marktwirtschaft rechtlich zu konstituieren sei. „Oder mit anderen Worten: Es stellte sich die Frage, auf welche Weise die Verbindungen zwischen Recht und Wirtschaft durch Vertrag zu nutzen seien und ob alternative Verbindungen mit Recht, vor allem die Verbindung von Recht und Politik, zugelassen werden sollten, und wenn ja, nach welchen Regeln und in welchem Ausmaß."[636] Mit der rechtlichen Stabilisierung von Markttransaktionen wurde der Grundstein für das heutige – auch rechtliche – Verständnis des Vertrages gelegt. Vereinzelt wird darüber hinaus dem Vertrag sogar eine anthropologische Konstante des Wirtschaftens entnommen.[637] Nimmt man wie hier eine differenzierungstheoretische Perspektive auf den Vertrag ein und fragt nach den ökonomischen Funktionen eines Vertrages, wird damit die Systemreferenz des Wirtschaftssystems eingenommen.[638]

1. Effizienzfunktion

Diese strukturelle Kopplung zwischen Rechts- und Wirtschaftssystem durch den Vertrag hat auch die ökonomische Analyse des Recht erkannt. Dabei verknüpft sie das subjektive Recht der Vertragsfreiheit mit der ökonomischen Rationalität; auch sie stellt die Privatautonomie an den Anfang ihrer Überlegungen. Allerdings findet eine Begriffsverschiebung statt, die die Auswechselung der Systemreferenz deutlich werden lässt: Privatautonomie wird zur Präferenzautonomie. Damit geht es immer noch um individuelle Entscheidungen der Privatrechtsakteur*innen, aber sie sind nicht mehr

635 Schon *Max Weber* beschreibt die Ausweitung der Vertragsfreiheit mit der Marktverbreiterung, siehe *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 35 f. = WuG 413; aus kritischer Perspektive ebenso *Kaiser*, KJ 1976, 60.

636 *Abegg*, KritV 2004, 197 (201).

637 *Jeggle*, Historische Anthropologie 25 (2017), 265 (266).

638 Ansätze, die keinem differenzierungstheoretischen Ansatz folgen, setzen teilweise die ökonomische Systemreferenz mit einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive gleich, so z.B. *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

primär relevant für die eigene menschliche Selbstbestimmung, sondern primär als Ausdruck von (wirtschaftlichen) Präferenzen.

Danach wird die Präferenzautonomie auch durch Rechtsordnungen gewährleistet und zwar in Form der Privatautonomie als autonome Gestaltung rechtlicher Verhältnisse durch den Einzelnen. Die „Privatautonomie erfasst einen wichtigen Teilaspekt der Präferenzautonomie. Präferenzautonomie betrifft die autonome Gestaltung des eigenen Lebens ‚schlechthin', Privatautonomie die privatautonome Gestaltung rechtlicher Verhältnisse."[639] Die Präferenzautonomie findet ihre Rechtfertigung bzw. ihren Ursprung im Freiheitsgedanken und im Gedanken der Selbstbestimmung. Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts ist jedoch eine andere Funktion von Bedeutung. Präferenzautonomie, und somit die Vertragsfreiheit, dient der Effizienz; Beschränkungen führen zu Effizienzverlusten: „Was dies heißt, kann man sich gut an der bereits erwähnten Institution der Vertragsfreiheit verdeutlichen. Wenn zwei Personen einen bestimmten Vertrag abschließen, dann tun sie dies, weil sie sich beide subjektiv von dieser Transaktion einen Vorteil versprechen. Beide gehen davon aus, dass sie nach Abwicklung des Vertrages besser dastehen als vorher. Dieser Kalkulation liegen ihre persönlichen Präferenzen zugrunde. Nicht jedermann würde den Vertrag abschließen wollen, den sie geschlossen haben. Denn nicht jedermann würde sich selbst aufgrund seiner persönlichen Präferenzen davon einen Vorteil versprechen. Anders diejenigen, die den Vertrag tatsächlich abschließen. Bei ihnen liegt es offenbar so, dass sie dieses Geschäft als für sich vorteilhaft ansehen und zwar auf Grundlage ihrer persönlichen Präferenzen.."[640] Mithilfe von Verträgen können Individuen Güter nach ihren Präferenzen entsprechend verteilen, und so einen Zustand herbeiführen, der die Präferenzen aller Gesellschaftsmitglieder optimiert.[641] Geht man von gängigen Wohlfahrtstheorien aus, wonach sich die Wohlfahrt aus individuellem Nutzen ergibt, und dass sich dieser wiederum aus individuellen Präferenzen ergibt,[642] so erhöhen Verträge insgesamt den Wohlstand einer Gesellschaft.[643] Wird nun in diesen Grundsatz der Vertragsfreiheit eingegriffen, wird „dadurch eine potentiell Pareto-superio-

639 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 332. Siehe zum Begriff der Privatautonomie oben § 3 II.
640 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333.
641 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23 f.
642 Siehe dazu *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 24.
643 *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 471 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

re und damit effiziente Transaktion verhindert."[644] „Freiwillig abgeschlossene Verträge Privater implizieren bei Abwesenheit externer Effekte eine Effizienzverbesserung".[645] Die Institution des Vertrages erfüllt damit als Institution im Wirtschaftssystem die Funktion, ein Niveau möglichst hoher Wohlfahrt herbeizuführen.[646] „Wenn Verträge zugleich Ausdruck einer effizienten Güterallokation im Sinne einer pareto-optimalen Verteilung von Ressourcen durch Wettbewerb sind, dann gewinnt die Vertragsgerechtigkeit über ihre rechtliche, ethische und individualschützende Bedeutung für den Einzelnen hinaus eine ökonomische, auf den Wohlstand einer Gesellschaft gerichtete Dimension."[647]

An der Funktionsbeschreibung, dass Verträge zu Effizienz führen, knüpfen auch die ökonomische Analyse des Vertragsrechts und die Vertragstheorie der Institutionenökonomik an. Sie untersuchen mit Begriffen wie Principal-Agenten-Problemen oder unvollständigen Verträgen Situationen, in denen der Vertrag gerade nicht zu einer effizienten Ressourcenallokation führt und versuchen mit rechtlicher Anreizsetzung und Verteilung von Eigentums- und Kontrollrechten einen effizienten Zustand wiederherzustellen.[648]

Die ökonomische Funktion des Vertrages ist eine außerrechtliche Beschreibung bzw. eine Beobachtung aus der Fremdreferenzperspektive des ökonomischen Systems. Ähnlich wie bei der Selbstbestimmungs- und Gerechtigkeitsfunktion ist diese Beschreibung lediglich der Ausgangspunkt für Überlegungen, welche Möglichkeiten und Grenzen die Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte im Rechtssystem selbst haben können. Oder anders formuliert, ob und inwieweit Effizienz – ähnlich wie die Vertragsfreiheit (Selbstbestimmung) und die Vertragsgerechtigkeit – ein Rechtsprinzip ist oder sein kann, entscheidet sich nach der Eigenrationalität des Systems Recht.[649]

644 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333.
645 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333 f.
646 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23.
647 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 65.
648 Siehe überblicksartig zur ökonomischen Vertragstheorie *Erlei*, ORDO 2016, 451; *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2017, S. 131.
649 Dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 393 – 485.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Vertrag und Markt

Über die Funktionsbeschreibung aus der Perspektive der Ökonomie und Ökonomik, dass Verträge zu Wohlfahrtsgewinnen infolge von Effizienzgewinnen führen, ist die soziale Funktion von Verträgen für das Wirtschaftssystem jedoch viel grundlegender: Die Institution Vertrag stabilisiert erst das Wirtschaftssystem in der modernen Gesellschaft und sichert dadurch seine Eigenrationalität. Den Zugriff der Ökonomik auf eine kollektive Dimension des Vertrages betont auch *Mestmäcker*, wenn er sagt: „Die durch Verträge gestaltete wirtschaftliche Wirklichkeit ist Gegenstand wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis."[650] Im Zentrum steht dabei die Stabilisierung der wirtschaftlichen Institution des Marktes durch privatrechtliche Institute. Der Markt kann wirtschaftssoziologisch definiert werden als „der auf wechselseitigen Nutzenvorteilen beruhende Tausch von Gütern".[651] Der Markt ist dabei ein möglicher – und im modernen Wirtschaftssystem der dominierende – sozialer Mechanismus, um Güter zu produzieren und zu verteilen.[652]

Verträge und Vertragsfreiheit werden als „unverzichtbare Grundvoraussetzungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung"[653] oder als das „zentrale Funktionselement jeder privatrechtlich verfassten, marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung"[654] angesehen: Wenn Güter und Leistungen nicht nach einem vorgefertigten Plan verteilt werden, sondern Angebot und Nachfrage sowie die individuellen Präferenzen der Marktakteure über die Güterverteilung entscheiden, bedarf es Mechanismen, mit denen die Marktteilnehmer*innen ihre Präferenzen durch Kauf- bzw. Verkaufsentscheidungen ausdrücken können und ggf. über Preise und sonstige Bedingungen frei verhandeln können. Die moderne Marktwirtschaft setzt auf eine dezentrale Allokation und Verteilung durch den Marktmechanismus. Dabei ist es aber genau genommen der Konsens beider Marktseiten –

650 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (441).

651 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (215); die Nähe des Marktes zur Idee des Austausches hebt auch *J. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 9 – 11 hervor.

652 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (215).

653 *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 101 f. (§ 10 Rn. 33).

654 *Möslein*, in: BeckOGK, § 145 BGB Rn. 2; ähnlich *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 25: „essentieller Bestandteil einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung".

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

also jeder Vertragsschluss zwischen Angebots- und Nachfrageseite – der die Marktparameter (insbesondere Menge und Preis) erzeugt: „Die marktwirtschaftliche Ordnung basiert also auf gegenseitiger Koordination durch Konsens, dessen rechtliche Verkörperung wiederum der Vertrag ist."[655] Indem der Vertrag also individuelle Entscheidungen im wirtschaftlichen Kontext ermöglicht, wird der Markt als wirtschaftliche Institution stabilisiert;[656] die moderne Wirtschaftsordnung, die auf dem Marktprinzip und Wettbewerb[657] aufbaut, und mit diesen beiden Institutionen Bezug zu eigenständigen Entscheidungen der Marktakteure nimmt, hängt damit eng mit dem Selbstbestimmungsgedanken zusammen.[658] Die Wirtschaftsordnung baut weitgehend nicht auf – juristisch gesprochen – Realakten, sondern auf Verträgen auf.[659] „*Markets are social institutions that facilitate exchange transactions. Therefore, they require a regime of freedom of exchange – a contract regime.*"[660] Der Vertrag ist eine – aber auch nur eine von vielen – institutionelle Voraussetzung, die strukturierte Muster des Austauschs schafft.[661] Aus der Sicht des Wirtschaftssystems und seiner wissenschaftlichen Reflexionspraxis der Ökonomik geht der individuelle Vertrag in quantifizierbaren Größen unter, sodass die Wirkungen einer dezentral geplanten Wirtschaft wissenschaftlich erfassbar werden.[662] Mit dem Auswechseln der Systemreferenz ändern sich auch die Rollen der am Vertrag beteiligten Akteur*innen: Aus Käufern und Verkäufern – um die Vertragsrollen des wohl wirtschaftlich (noch) wichtigsten Vertragstyps zu wählen – werden wirtschaftliche Rollen: Anbieter und Nachfrager bzw. Produzenten und Konsumenten.[663] Diese ökonomische Rollenbeschreibung wirkt wiederum

655 *Möslein*, in: BeckOGK, § 145 BGB Rn. 2.

656 Ähnlich auch *Frankel*, 73 Boston University Law Review 389, 398 (1993): „Binding contracts are essential for the creation of our markets."

657 Je nach Definition ist der Wettbewerb keine eigenständige Institution des Wirtschaftssystems, sondern bereits Teil der Institution Markt, vgl. dazu *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (216).

658 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 31, 34.

659 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 31; *J. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 53: Verträge als „den Markt konstituierende Einzelakte".

660 *Frankel*, 73 Boston University Law Review 389, 389 (1993).

661 Zu den Voraussetzungen und der historischen Entwicklung von Märkten *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (217 – 220).

662 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (442).

663 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (217).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf das Privatrecht zurück: Das Verbraucherrecht ist wohl das Teilrechtsgebiet, an dem am besten die bereits oben diskutierte These *Rehbinders* exemplifiziert werden kann, dass das moderne Vertragsrecht stark durch ein Rollendenken geprägt ist.[664] Die Begriffe Konsumenten und Produzenten werden in das Recht mit den Rollenbegriffen Verbraucher[665] und Unternehmer zurückübersetzt.

Die strukturellen Kopplungen zwischen Recht und Wirtschaft durch rechtliche Institutionen sind der Ausgangspunkt für verschiedene Erkenntnisse: Beispielsweise, dass unterschiedliche Rechtsinstitute unterschiedliche Formen von Märkten konstruieren und das Recht hier bewusst zum *market design* eingesetzt werden kann.[666] Oder dass die heutigen Finanzmärkte primär privatrechtlich codiert sind.[667]

Erst die ökonomische Funktionsbeschreibung des Vertrages – also die Berücksichtigung ökonomischer Makrostrukturen und ihre Interdependenzen mit dem Vertrag – kann die Interdependenzen zwischen allgemeinem Vertragsrecht und dem Wettbewerbsrecht aufzeigen.[668] Der Vertrag kann vor allem dann zu einem angemessenen Interessenausgleich der Parteien führen, wenn der Vertrag entweder bei annähernder Vertragsparität ausgehandelt wird oder wenn ausreichender Wettbewerb auf Anbieterseite besteht, sodass ein ausreichendes Maß an selbstbestimmter Auswahlfreiheit auf Nachfrageseite besteht. Dass das Wettbewerbsrecht damit an den Makrostrukturen im Wirtschaftssystem anknüpft (Wettbewerb),[669] um Funktionsvoraussetzungen des Instituts des Vertrages zu sichern, das primär

664 Siehe dazu oben § 2 IV 3; vgl. auch *G.-P. Calliess*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 213 (216 – 221, 234 – 237).

665 Siehe zum Verbraucherbegriff als Rollenbegriff *Hoffmann*, Die Verbraucherrolle, 2019, insb. S. 70 – 81.

666 *J. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 49 – 54, 78 – 81.

667 *Pistor*, Der Code des Kapitals, 2020.

668 Grundlegend *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235; zuvor ansatzweise *ders.*, JZ 1964, 441 (443 f.).

669 Im juristischen Diskurs wird sich zwar intensiv über die Funktion des Wettbewerbsrechts („Schutzzwecke") gestritten – siehe dazu *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 418 – 502 – gemein ist allen jedoch, dass sie sich ausschließlich auf das Wirtschaftssystem mit seiner Institution Wettbewerb beziehen und *innerhalb* dieser ökonomischen Rationalität unterschiedliche Positionen betonen (Wohlfahrt, individuelle Freiheit, Schutz der Institution Wettbewerb, usw.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entlang seiner Selbstbestimmungsfunktion re-konstruiert wird, gilt heute als gesicherte Erkenntnis.[670]

3. Perspektive auf den Stadionverbotsfall

Aus dieser Perspektive ist der Zuschauervertrag in das ökonomische System eingebettet. Aus dieser Sicht ist der Vertrag eine ökonomische Kommunikation: eine Transaktion. Es gibt keinen Anlass, an der Effizienz eines zustande gekommenen oder nicht zustande gekommenen Zuschauervertrag zu zweifeln: Zwar werden steigende Fußballticketpreise von Fußballfans als Problem artikuliert,[671] jedoch ist dies Ausdruck von Angebot und Nachfrage. Dies ist auch nicht das Problem im Stadionverbotsfall; es geht nicht darum, dass sich der fragliche Fußballfan ein Ticket nicht hätte leisten können. Der soziale Konflikt mag eventuell auch eine wirtschaftliche Komponente haben, weil die Stadionbetreiber ein ökonomisches Interesse daran haben, gefährliche Fußballfans auszuschließen, um allen Zuschauer*innen ein sicheres Fußballevent bieten zu können.[672] Der Schwerpunkt des Konflikts spielt sich aber nicht im Wirtschaftssystem selbst ab.

4. Grenzen des Wettbewerbsrechts

Die Interdependenz zwischen Einzelvertrag und den wirtschaftlichen Institutionen Markt und Wettbewerb eröffnen grundsätzlich auch den Zugriff auf das Wettbewerbsrecht.[673] Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht stehen dahingehend in enger Verbindung, als dass das Wettbewerbsrecht einige der wichtigsten Funktionsvoraussetzungen von Verträgen, nämlich Ge-

670 Auf diesem Zusammenhang bauen beispielsweise auf: *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 296 – 301; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 198 – 201; *H. Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 (563).

671 *Bleeker-Dohmen et al.*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (512, 517).

672 Siehe dazu unten § 6 I, III 1; § 7 II 2 a.

673 Der Begriff des Wettbewerbsrechts soll abstellend auf den Schutzzweck und den Sprachgebrauch im Unionsrecht dem Begriff des Kartellrechts vorgezogen werden – wie hier *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 58 f.; *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim et al. (Hrsg.), Kartellrecht, 2020, Einführung Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

währleistung von Wettbewerb[674] und dadurch Neutralisierung von Machtasymmetrien, absichert.[675] Die ökonomische Funktion des Vertrages erlaubt damit einen Zugriff auf den Topos des Monopols und auf das Wettbewerbsrecht. Beide führen jedoch nach hier vertretener These für den Stadionverbotsfall nicht weiter.

a. Grenzen des Monopolbegriffs

Auch die Interdependenzen zwischen Einzelvertrag und Markt bzw. Wettbewerb spielen hier keine Rolle. In der Literatur tauchte in der Rezeption des Stadionverbotsbeschlusses zwar vereinzelt der überkommende Monopoltopos in Bezug auf den DFB auf.[676] Zunächst spielt eine Monopolstellung aus der Perspektive der ökonomischen Funktion des Vertrages keine Rolle. Der Monopoltopos spielt im Wettbewerbsrecht keine eigenständige Rolle mehr, sondern wurde von allgemeineren Begriffen wie der Marktmacht oder der Markbeherrschung abgelöst.[677] Wenn es um diesen Missbrauch der Marktmacht geht, geraten zwar bezüglich Sportverbände einige potentielle Problemkreise hinsichtlich seiner (un)mittelbaren Mitglieder, beispielsweise in Form von aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen,[678] oder hinsichtlich gegenüber Nichtmitgliedern, beispielsweise im Bereich der Veranstaltungsausrichtung, des Sponsoring oder der Sportartikel,[679] in den Blick. Aber Stadionverbote sind keine solchen wirtschaftsbezogenen – eben markt- bzw. wettbewerbsbeschränkenden – Verhaltensweisen. Soweit erkennbar, gibt es ebenfalls keine Bedenken hinsichtlich des Marktes für Zuschauertickets (Ticketing), dass der DFB hier eine potentielle markt-

674 Es existieren zwar unterschiedliche Funktionszuschreibungen des Wettbewerbsrechts, die jedoch dem Grunde nach alle auf die Sicherung des Wettbewerbs gerichtet sind; im Detail wird „nur" dem Wettbewerb als sozialer und wirtschaftlicher Institution jedoch eine andere Bedeutung und Funktion zugesprochen.

675 Grundlegend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010 [1933], S. 108 – 205; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 198 – 201.

676 *Michl*, JZ 2018, 910 (916).

677 Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB Rn. 91 – 95, 98 f., Art. 102 AEUV Rn. 73 – 81; vgl. auch zur gesunkenden Bedeutung des Monopoltopos in den ökonomischen Wettbewerbstheorien *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 284 – 315.

678 *Heermann*, WRP 2015, 1288.

679 *Heermann*, WRP 2016, 147.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mächtige Stellung – beispielsweise in Form zu hoher Preise oder durch Exklusivvereinbarungen[680] – missbraucht hätte.

Man kann zwar den Monopoltopos hier so verstehen, dass insbesondere bei bundesweiten Stadionverboten einer betroffenen Person keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, andere Fußballveranstaltungen zu besuchen. Aber damit verdunkelt der Monopolbegriff aus mehreren Gründen nur die (Wertungs-)Zusammenhänge: (1.) Sind aus rein ökonomischer Perspektive der Besuch eines Fußballspiels und der Konsum eines Spiels durch Radio oder Fernsehen substituierbar. (2.) Geht man dennoch von der ökonomischen Funktion des Vertrages aus, dann ist der Monopoltopos unterkomplex; das moderne Wettbewerbsrecht hat hier – u.U. auch unter Rückgriff auf eine industrieökonomische Reflexionsperspektive[681] – mit den Begriffen Marktabgrenzung, Marktmacht und Marktmachtmissbrauch spezifischere und präzisere Instrumente entwickelt, um ökonomische Macht zu adressieren. Zwar wird auch aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive manchmal von einer Monopolstellung der Sportverbände aufgrund des Ein-Platz-Prinzips gesprochen.[682] Meistens wird der Monopoltopos dann aber wirtschaftsbezogen konkretisiert. Präzise formuliert beispielsweise *Heermann*: „Ein nationaler oder internationaler Sport(dach)verband verfügt aufgrund des Ein-Platz-Prinzips grundsätzlich über eine marktbeherrschende Stellung zumindest auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Veranstaltungen der von ihm repräsentierten Sportart sowie auf dem Markt für die Zulassung von Athleten oder Clubs zu verbandsseitig durchgeführten Sportwettkämpfen."[683] Die sportbezogene Alleinstellung des DFB und anderer Sportdachverbände ist damit nicht für sich genommen der Anknüpfungspunkt für das Wettbewerbsrecht, sondern eine potentiell (!) daraus folgende Marktmacht für spezifische Märkte.

680 Siehe zu Exklusivvereinbarungen beim Ticketing BKartA, Beschl. v. 04.12.2017, B 6-132/14-2 – *CTS Eventim*.

681 Grundlegend *Motta*, Competition Policy, 2004; *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2020, S. 176.

682 So z.B. *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 3; *Heermann*, WRP 2019, 145 (145): „monopolistische pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen".

683 *Heermann*, WRP 2016, 147 (148).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Wettbewerbsrecht und Leistungsrollenträger im Sport

Insbesondere in den letzten Jahren wurden die Zugriffsmöglichkeiten des Wettbewerbsrechts auf den sportlichen Bereich intensiv diskutiert. Ausgangspunkt ist die Kommerzialisierung des Profisports.[684] Besonders der Fußballsport ist in Deutschland eine bedeutende wirtschaftliche Branche, was den grundsätzlichen Zugriff des Wettbewerbsrechts nahelegt: „Aus der Perspektive des Wirtschaftsrechtlers ist der Sport samt seiner vielfältigen Ausprägungen eine Branche, in der Unternehmen am Markt tätig werden, die wie – jede Branche – ihre Eigenheiten hat. […] Auf die wirtschaftlichen Aktivitäten im Sport sind die wirtschaftsrechtlichen Regeln anwendbar."[685] Es gibt keinen eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereich für den Sport; die einstige Sonderregel des § 31 GWB für die Sportrechtevermarktung ist längst aufgehoben.[686] Trotzdem ist besonders die Handhabung von sportbezogenen Regelungen problematisch. Hintergrund für ein spezielles wettbewerbsrechtliches Prüfungsraster für Maßnahmen im Bereich des Sports ist, dass sich das Produkt „Sport" in einer Hinsicht von anderen Produkten unterscheidet, nämlich in gewisser Hinsicht sind Wettbewerber aufeinander angewiesen, um im sportlichen Wettkampf miteinander antreten zu können;[687] die Eigenrationalität des Sports erfordert teilweise Unterwerfungen an gemeinsame Regeln. Der EuGH entwickelte daher in der Entscheidung *Meca-Medina* wichtige klärende Leitlinien: Während die genuin wirtschaftliche Tätigkeit von Sportverbänden immer schon unter das Wettbewerbsrechts fiel, waren Regeln rein sportlichen Charakters problematisch. Der EuGH entschied, dass selbst Regeln rein sportlichen Charakters („sportliche Regelwerke"), wie z.B. die Regeln der Dopingkontrolle und daran anknüpfende Ausschlüsse als Sanktionen, grundsätzlich einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterliegen können.[688]

Damit liegt zwar eine allgemein akzeptierte Ausdehnung des Wettbewerbsrechts auf sportinterne Sachverhalte vor. Aber: Das Wettbewerbsrecht

684 Siehe zur Kommerzialisierung auch unten § 6 I.
685 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (138).
686 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (140).
687 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (141).
688 EuGH, Urt. v. 18.07.2006, C-519/04 P – *Meca-Medina*, Rn. 27, 32 f.; zusammenfassend *Podszun*, NZKart 2021, 138 (142).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbleibt bei einer prinzipiell wirtschaftlichen Logik[689] und umfasst nur die verbandsinternen Sachverhalte, die auch neben dem Sportbezug auch einen starken Wirtschaftsbezug, insbesondere zur Institution des Wettbewerbs haben. „Dem Kartellrecht kommt dabei besondere Bedeutung zu, da es das Rechtsgebiet ist, das auf asymmetrische Situationen wirtschaftlicher Macht zugeschnitten ist. In Fällen, in denen durch die Ausübung der Verbandsautonomie wirtschaftliche Wirkungen für die Beteiligten entstehen, die Ausdruck einer Wettbewerbsbeschränkung sind, wird die privatautonome Regelung kartellrechtlich beschnitten."[690] Dies lässt sich für alle Sportkartellrechtsfälle zeigen: Der (zeitweise) Ausschluss von Sportler*innen aufgrund eines Doping-Verstoßes wirkt sich auf ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit[691] aus, ebenso geht es bei der Entsendung von Wertungsrichtern oder beim Abstellen von Nationalspielern für internationale Wettbewerbe um ihre jeweilige Berufsfreiheit.[692] Bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften geht es immer auch um wirtschaftliche Auswirkungen – das Wettbewerbsrecht verbleibt bei einer ökonomischen Rationalität. Diese (auch) wirtschaftliche Dimension mag zwar in fast allen Konstellationen zwischen Vereinen, Verbänden, professionellen Sportler*innen sowie Sponsoren, Veranstaltern o.ä. zu bejahen sein.[693] Die sportbezogenen Regelungen, die bisher dem Kartellrecht unterlagen, betrafen aber soziologisch gesprochen immer nur Leistungsrollenträger im Sportbereich. Nur die Leistungsrollenträger im Sportbereich können diese (auch) wirtschaftliche Dimension auslösen, die für die Eigenrationalität des Wettbewerbsrechts essentiell ist. Die Stadionverbote adressieren hingegen Fußballfans, also soziologisch gesprochen eine Teilmenge der Publikumsrolle des Sports. Durch Stadionverbote sind sie nicht in ihrer wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt. Eine wirtschaftliche Dimension lässt sich nur über das Ticketing herstellen, welches jedoch – wie oben dargelegt – unproblematisch ist. Das Wettbewerbsrecht gerät aufgrund seiner wirtschaftlichen Logik hier an seine Grenzen.

Zwar gibt es auch vereinzelt jüngere Ansätze, die in Auseinandersetzung mit aktuellen Fällen der Gesellschaft, den strikten Bezug des Wettbewerbs-

689 Die Beschränkung des Wettbewerbsrechts auf *wirtschaftliche* Machtphänomene kommt ausdrücklich beispielsweise bei *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 4, 80 f. zum Ausdruck.

690 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (145).

691 *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 5 – 7 spricht daher zutreffend von den *wirtschaftlichen* Interessen der Sportler*innen und Dritten.

692 Vgl. die Fälle bei *Podszun*, NZKart 2021, 138 (144).

693 So *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechts zur wirtschaftlichen Rationalität aufzubrechen versuchen und seinen Anwendungsbereich ausdehnen möchten.[694] Wenn man so möchte, kann die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung des BGH zu Facebook,[695] die zentral auf die Stellung der Verbraucher*innen[696] – soziologisch also die Publikumsrolle im Wirtschaftssystem – abstellt und teilweise nicht- bzw. nicht primär ökonomische Wertungen in den Missbrauchstatbestand miteinbezieht,[697] in einem solche Sinne gelesen werden.[698] Hier ist jedoch noch erheblicher Forschungsbedarf notwendig. Die bisherigen Strukturen des Wettbewerbsrechts sprechen gegen eine allgemeine Responsivität in den hier diskutierten Fällen der Gesellschaft: Macht und Partizipationsprobleme kann das Wettbewerbsrecht nur auffangen, solange sie einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen. Das Wettbewerbsrecht knüpft gerade nicht an einen allgemeinen Machtbegriff an, wie ihn *Böhm* vor Augen hatte, sondern an Machtpositionen im Wirtschaftssystem.[699]

V. Ordnungs- bzw. Infrastrukturfunktion und Kooperationsfunktion

1. Der Vertrag als Teil der Privatrechtsgesellschaft

Die ökonomische Funktion des Vertrages betont unter anderem die Stabilisierung von ökonomischen Transaktionen durch privatrechtliche Verträge. Darin kann über die wirtschaftliche Komponente hinaus eine Ausprägung einer weiteren Vertragsfunktion gesehen werden: die Ordnungsfunktion. Die Funktion des Vertrages kann aus der Sicht beider Parteien darin gesehen werden, dass durch den Vertrag eine stabile Grundlage für die Zukunft

694 *Kingreen*, JöR 65 (2017), S. 1 (38): „Eine wichtige Rolle bei der einfach-rechtlichen Regulierung sozialer Macht spielt schließlich das Kartellrecht."; *Reinelt*, in: Hetmank/Rechenberg (Hrsg.), Kommunikation, Kreation und Innovation, 2019, S. 173.

695 BGH, Beschl. v. 23.06.2020, KVR 69/19 – *Facebook*.

696 Die Verbraucher*innen als Marktakteure betont in diesem Kontext *Podszun*, GRUR 2020, 1268 (1273 – 1276).

697 Siehe für eine eingehende Analyse des Falls und des rechtlichen Problems *Grewe*, Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument, 2020; *C. Schönberger*, Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs, 2022.

698 Siehe dazu *Reinelt*, in: Hetmank/Rechenberg (Hrsg.), Kommunikation, Kreation und Innovation, 2019, S. 173.

699 Überzeugend *H. Schweitzer*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 447 (471 – 473).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebildet wird, was sich auch im vertragsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* ausdrückt.[700]

Darüber hinaus – und hier wird die bilaterale Perspektive der am Vertrag beteiligten Parteien verlassen – kommt dem Vertrag eine objektive, gesamtgesellschaftliche Ordnungsfunktion zu, die sich aus der Einbettung der Privatautonomie in das Gefüge der Rechtsordnung ergibt: Die Interessenverwirklichung der Parteien erfolge immer vor dem Hintergrund einer konkreten Sozialordnung. Deshalb „kann sich die Funktion der Privatautonomie als Rechtsinstitut nicht in der unterschiedslosen Anerkennung der Parteivereinbarung erschöpfen."[701] Die Privatautonomie, insbesondere in ihrer Erscheinungsform der Vertragsfreiheit, ist eine „Form sozialer Ordnung".[702] Diese soziale Ordnung wird als dezentrale gesellschaftliche Ordnung beschrieben, wobei die Regelung der Güterzuteilung im Gegensatz zu einer zentralen staatlichen Ordnung – also ähnlich wie die ökonomische Funktion – betont wird: Größere Sachnähe, Kreativität und Eigenverantwortung der Parteien werden für das Ziel der gesellschaftlichen Ordnung eingesetzt.[703] Der Vertrag weist eine über die Parteien hinausreichende Ordnungsfunktion bzw. eine „organisatorische Natur" auf, weil er als Einzelvertrag nicht nur zwei Parteien miteinander verbindet, sondern als wiederkehrendes Muster (Institution) die Personen miteinander verbindet, die in dauerhaften oder wiederkehrenden Vertragsbeziehungen stehen.[704] Gesellschaftliche Ordnung und die (privatrechtliche) Rechtsordnung stehen damit in einem engen Zusammenhang: „Gesellschaftliche *Steuerung durch Privatautonomie* bei gleichzeitiger Bindung an die *objektive Rechtsordnung*: Mit dieser Kurzformel lässt sich die auf materielle Gerechtigkeit des Ver-

700 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (279).

701 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 62.

702 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 62, der dies jedoch auf eine Gerechtigkeitsforderung bezieht, da jede Privatrechtsordnung auf Gerechtigkeit gerichtet sein müsse.

703 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 64.

704 Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1989 [1913], S. 51: „Die organisatorische Natur aller dieser Verträge tritt sofort deutlich zutage, wenn nicht bloß, wie das gewöhnlich zu rein praktisch-juristischen Zwecken geschieht, die beiden Parteien, die den Vertrag abschließen, sondern der ganze Kreis von Personen ins Auge gefaßt wird, die miteinander durch regelmäßigen vertragsmäißigen Güteraustausch verbunden sind."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einbarten gegründete Ordnungsfunktion der Vertragsfreiheit zusammenfassen."[705]

Damit bezieht sich *Wendland* implizit auf die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, welche auf *Franz Böhm* zurückgeht:[706] Demnach sei das Privatrecht infolge der Französischen Revolution zugleich zu einem wesentlichen Teil der Gesellschaftsordnung als Ganzes geworden.[707] Indem die herrschende Ständeordnung überwunden werden konnte, konnte das Privatrecht Grundelement einer neuen Gesellschaftsordnung werden, die auf der Gleichordnung aller Mitglieder aufbaut. „Das Privatrecht stellt nun die Grundordnung für das Verhältnis der Einzelnen zueinander dar. Die Bezeichnung als Privatrechtsgesellschaft bringt zum Ausdruck, dass das Privatrecht nicht nur einen rechtlichen Rahmen für Individualbeziehungen begründet, sondern eine Gesellschaftsverfassung."[708] Der Vertrag als privatrechtliches Institut und gesellschaftliche Institution ist damit wesentlicher Teil dieser Gesellschaftsverfassung.[709] Dem Privatrecht und seinen Grundinstitutionen kommt damit eine Infrastrukturfunktion[710] zu: Der Vertrag ist die primäre gesellschaftliche Handlungsform, von der die Privatrechtsakteure nach eigenem Belieben Gebrauch machen können.

Dieses Bild einer Gesellschaft entspricht nicht den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Grundannahmen einer modernen, funktional differenzierten Gesellschaft. Bereits *Ludwig Raiser* wies darauf hin, dass das Bild der Privatrechtsgesellschaft rückwärts gewandt ist.[711] Damit hat sich aber der Topos nicht erledigt: Die Privatrechtsgesellschaft war vielmehr einer der historischen Ausgangspunkte – und damit Bedingung – für die funktionale Differenzierung der Gesellschaft. Indem die Privatrechtsgesellschaft mit den offenen Begriffen des Privatrechts Pluralismus ermöglichte, war sie die Grundlage für die Entstehung und Ausdifferenzierung der

705 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 64; die Ordnungsfunktion des Vertrages betont ebenfalls *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64 f.).

706 Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75.

707 *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (2).

708 *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (4).

709 Siehe *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (5) zu den konkreten Bestandteilen der Privatrechtsgesellschaft.

710 So *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 56 – 59.

711 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1967], S. 162 (179); *ders.* in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (221 Fn. 26).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

modernen Gesellschaft.[712] Die Bedeutung des Topos der Privatrechtsgesellschaft besteht damit heute nicht mehr darin, die gesellschaftliche Ordnung als solche zu beschreiben. Sie besteht vielmehr darin zu verdeutlichen, dass privatrechtliche Institute Teil der gesamtgesellschaftlichen Ordnung sind. Oder um es konkreter für den Vertrag in der funktional differenzierten Gesellschaft auszudrücken: Der Vertrag ist nicht mehr Teil *der* Gesellschaftsordnung, sondern Teil *einer Vielzahl von* gesellschaftlichen Ordnungssystemen. Der Vertrag ist wesentliches Element von privaten Ordnungen[713], die sich jeweils systemspezifisch ausdifferenziert haben und ausdifferenzieren. Damit ist auch das Verhältnis von subjektiven Freiheitsrechten – hier: der Vertragsfreiheit – und kollektiven Strukturen angesprochen: „Aus freiheitlichem Handeln der Einzelnen entstehen kollektive Ordnungen. Diese Ordnungen, die hier als soziale Systeme beschrieben werden, strukturieren ihrerseits die Spielräume für autonomes Handeln."[714] Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages ermöglicht demnach nicht nur Kooperation und den Aufbau sozialer Ordnungen. Aus soziologischer Perspektive sind es gerade die so entstandenen kollektiven Strukturen – insbesondere soziale Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene –, die faktisch über die Ausübung weiterer subjektiver Rechtspositionen entscheiden.

Diese Ordnungsfunktion sollte nicht auf die oben diskutierten Ausprägungen der wirtschaftlichen Funktion des Vertrages – also die Ordnung von Märkten oder Effizienz – beschränkt werden. „Der vertragliche Austausch ist indessen nicht nur in seiner ökonomischen Funktion eine Erscheinungsform gesellschaftlicher Kooperation".[715] Indem das Recht der Gesellschaft seine Institution Vertrag bereitstellt, können die einzelnen Akteure in jedem Funktionssystem den Vertrag als Instrument sozialer Ordnung und Kooperation nutzen. Damit ist aber jede aus der Privatautonomie (Selbstbestimmungsfunktion) entstehende Ordnung nicht nur irgendeine normative Ordnung, sondern eine genuin rechtlich-normative Ordnung – eine soziale Ordnung, die mit einer rechtlicher Institution stabilisiert

712 Ähnlich *Canaris*, in: FS Lerche, 1993, S. 873 (875); speziell zum Vertrag und seinem Beitrag zu sozialer Differenzierung *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 61, 65 – 68. Siehe allgemein zum Übergang zur funktional differenzierten Gesellschaft *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 707 –743.

713 Ausführlich dazu unten § 7.

714 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 67.

715 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (442).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird.[716] Dieser Zusammenhang ist es auch, der es aus rechtlicher Sicht geboten erscheinen lässt, die Wechselwirkungen von subjektiven Rechten und den darauf aufbauenden sozialen Ordnungen als rechtliche Probleme zu thematisieren: Wenn durch die Ausübung von privatrechtlichen Instituten Dysfunktionen auf der Ebene kollektiver Strukturen entstehen, dann ist es das Recht, das zum Entstehen dieses Zustandes geführt hat bzw. dazu beiträgt, dass dieser Zustand aufrecht erhalten wird.

Diese Erweiterung der Ordnungsfunktion des Vertrages erlaubt es auf rechtstheoretischer Ebene, diese Funktionsbeschreibung für andere, nichtökonomische, soziale Systeme zu re-spezifizieren. Wir können dann die Frage stellen, wie Verträge in einem konkreten sozialen System – z.B. dem Sport- oder dem Kunstsystem – eingesetzt werden, um soziale Ordnung innerhalb dieses Systems zu stabilisieren. Dieser Zusammenhang von Vertrag und seinen kollektiven Strukturen wird später unter dem Schlagwort „Private Ordnung" wiederaufgegriffen werden.[717]

2. Kooperationsfunktion im Wirtschaftssystem

Wie Verträge in einem bestimmten sozialen System, nämlich dem Wirtschaftssystem[718] und dort insbesondere in Organisationen sowie zur Bildung und/ oder Stabilisierung sozialer Ordnung genutzt wurden und werden haben *Maccaulay* und *MacNeil* mit ihren Untersuchungen zu den *relational contracts* sowie *Wiliamson* gezeigt. Zutreffend führt *Starke* aus, dass aus institutionenökonomischer Perspektive der Markt nicht die einzig relevante ökonomische Institution ist. Verträge lediglich in Bezug zum Markt zu setzen, erscheint inzwischen zu eng.[719]

Wiliamson wird zwar häufiger der hier bezeichneten ökonomischen Funktion des Vertrages zugeordnet, weil seine Überlegungen zu *markets-hybrids-hierachies* Ausgangspunkt der Vertragstheorie der Institutionenökonomik waren. *Wiliamson* beobachtete, dass Waren und Dienstleistungen nicht nur am Markt oder in (vertikal integrierten) Organisationen

716 So wohl auch *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (442), der aber nur von „normative[r] Ordnung" spricht.

717 Siehe dazu unten § 7.

718 Die enge Verbindung der *relational contract theory* und der ökonomischen Analyse des Rechts betonen auch *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 68.

719 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausgetauscht und erbracht werden, sondern dass sich auch hybride Kooperationen ausgebildet haben. Die Art und Weise, wie Waren und Dienstleistungen als ökonomische Transaktionen durchgeführt werden, lasse sich daher als Kontinuum zwischen den beiden Idealtypen Markt und (hierarchische) Organisation beschreiben, in deren Mitte hybride Kooperationsstrukturen liegen.[720] Das Erkenntnisinteresse liegt dabei darauf zu ermitteln, in welchen Fällen welche Organisationsform die geringsten Transaktionskosten erwarten lässt.[721] Aber *Wiliamsons* Beobachtungen sind von viel allgemeinerer Natur: Als einer der ersten hat er die Kooperationsfunktion von Verträgen in ökonomischen Kontexten herausgearbeitet. Denn die hybriden Formen sind nichts anderes als spezielle, auf längere Zeit angelegte Vertragsbeziehungen.

Weitgehend unabhängig davon und auch zunächst unabhängig voneinander beobachteten *Maccaulay* und *Macneil*, dass in verschiedenen ökonomischen Branchen Verträge nicht mehr ausschließlich durch ihren punktuellen Transaktionscharakter beschrieben werden können.[722] Vielmehr ließen sich immer mehr Vertragskonstellationen beobachten, in denen die Vertragsparteien beispielsweise ihre Warenzulieferungen über einen längeren Zeitraum mit komplexen dauerhaften Vertragsbeziehungen regeln. Die Verträgen dienen hier nicht mehr primär dem jeweils punktuellen Austausch Waren gegen Geld, sondern legen nun in erster Linie Verhaltenspflichten oder Anpassungsmöglichkeiten der weiteren Geschäftsbeziehungen fest.[723] „*In the ‚relational' view of Macaulay and Macneil, parties treat their contracts more like marriages than like one-night stands.*"[724] Verträge ließen sich – so die Generalisierung – als „transactional contracts" bzw. „discrete transactions" und als „contractual relations" bzw. „relational contracts" beschreiben.[725] Dabei bilden der Transaktions- und der Beziehungspol jeweils Extreme vertraglichen Verhaltens, wobei eine Tendenz zum Beziehungscharakter von Verträgen attestiert wird.[726] Dies offenbart und verdeutlicht zwei Aspekte von Verträgen und ihrer Beziehung zur Umwelt

720 *Williamson*, Markets and Hierarchies, 1975.
721 Vgl. *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, S. 28 – 30.
722 Zu den Unterschieden und zur Rezeption von *Macaulay* und *MacNeil* siehe *Wheeler*, Journal of Law and Society 44 (2017), S74 – S92.
723 Ähnlich auch die Rezeption bei *Martens*, in: BeckOGK-BGB, § 314 Rn. 21.
724 *Gordon*, Wis. L. Rev. 1985, 565 (569).
725 *MacNeil*, Southern California Law Review 47 (1974), 691 (720 – 725); *ders.*, Wis. L. Rev. 1985, 483; *Macaulay*, American Sociological Review 28 (1963), 55; *ders.*, Wis. L. Rev 1985, 465.
726 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Rechts: Verträge sind zum einen stark in soziale, außerrechtliche Beziehungsgeflechte eingebettet, die über den Vertrag nachgezeichnet werden oder diesen stabilisieren:

> „*To express this in another way, their work shows how economic purposes and actions are deeply embedded in social fields, in densely woven webs of local customs, conventional morals, bonds of loyalty and entrenched power hierarchies.*"[727]

Zum anderen verdeutlicht diese relationale Vertragstheorie[728], dass Verträge auch zum Aufbau von längerfristigen sozialen, primär ökonomischen, Beziehungen genutzt werden können. Verträgen kommt damit eine Kooperationsfunktion zu.[729] Während im angloamerikanischen Recht die Theorie der *relational contracts* primär der Bewältigung von Problemen mit Dauerschuldverhältnissen dient,[730] wurden die Beobachtungen von *MacNeil* und *Macaulay* ansatzweise für das deutsche Recht dahingehend fruchtbar[731] gemacht, komplexe Langzeitverträge als Sonderfall von Dauerschuldverhältnissen zu etablieren.[732]

Trotz des großen Erkenntnisgewinns[733] der Unterscheidung zwischen *transactional* und *relational contracts* sind diese Konzepte Limitierungen unterworfen: Unmittelbar sind sie lediglich auf wirtschaftliche Vertragskontexte anzuwenden. Dies stellt die Kooperationsfunktion des Vertrages in dieser Untersuchung vor eine Herausforderung: Sie bietet für ökonomische Systemkontexte ein adäquates Begriffsinstrumentarium, um soziale Relationen vertragstheoretisch abzubilden. Doch was ist mit „Kooperationen" in nicht-ökonomischen Kontexten, wie z.B. im Stadionverbotsfall? Auch der

727 *Gordon*, Wis. L. Rev 1985, 565 (574); siehe auch zur sozialen Einbettung des Vertrages *Grundmann*, ERPL 2016, 409 (414).

728 So der Begriff bei *Hennemann*, Interaktion und Partizipation, 2020, S. 62 – 64.

729 Den Kooperationscharakter der *relational contracts* betonen auch *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 70 f.

730 So *Oechsler*, RabelsZ 60 (1996), 91 (109); *Martens*, in: BeckOGK-BGB, § 314 Rn. 21.

731 Kritisch zur dogmatischen Rezeptionsfähigkeit *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 82 – 88, die aber gleichzeitig die ökonomischen und soziologischen Erkenntnisgewinne betonen.

732 *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 68 – 77; *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, insbesondere S. 17; in der Sache auch *Doralt*, Langzeitverträge, 2018, S. 154 – 180.

733 *Wheeler*, Journal of Law and Society 2017, S74 (S75): „*Their work suggests that the doctrinal model is embracing not only the wrong values but in doing so is limiting its relevance to a very small number of business transactions.*"

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fußballfan war mit dem FC Bayern München über seine Dauerkarte in einer langfristigen Vertragsbeziehung eingebunden. Auch die Einbindung der Hausordnung und anderer Verhaltensregeln in das Vertragsverhältnis erinnern an *relational contracts*. Jedoch handelt es sich dabei nicht um eine langfristige wirtschaftliche Beziehung, die wirtschaftliche Dimension der Beziehung ist im Moment des Austausch Geld gegen Ticket abgeschlossen. Beide Vertragsparteien sind darüber hinaus in das Sportsystem eingebunden. Die aufgestellten Verhaltensregeln bestimmen ihr Verhältnis im Sportsystem. Nach hier vertretener These sollte das Konzept der *transactional* und *relational contracts* vertragstheoretisch nicht aus seiner wirtschaftlichen Einbettung herausgerissen werden. Vielmehr soll später[734]auf der wirtschaftlichen Kooperationsfunktion des Vertrages aufgebaut werden, aber insbesondere mit dem Begriff der Inklusionsfunktion des Vertrages eine besondere Form von „Kooperation" in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft beschrieben werden.

3. Ordnung durch Konfliktlösung

Eine andere Dimension der Ordnungsfunktion des Vertrages ist die der Konfliktvermeidung bzw. Konfliktlösung. Indem das Privatrecht das Institut des Vertrages – insbesondere für ökonomische Transaktionen – zur Verfügung stellt, können auch Konflikte zwischen den Vertragsparteien über das Rechtssystem ausgetragen werden.[735] Der Vertrag und seine rechtliche Stabilisierung ermöglicht den Parteien, auch zukünftiges Verhalten der anderen Vertragspartei erwartbar zu machen: Sie müssen sich nicht auf die persönliche Einstellung einer Vertragserfüllung verlassen, sondern können durch das Rechtssystem die Leistungserfüllung oder Kompensation verlangen. Damit schaffen Verträge Vertrauen dafür, dass Zusagen eingehalten und Transaktionen durchgeführt werden.[736] Gleichzeitig kann dadurch ein möglicher Konflikt zwischen den Parteien über geordnete Prozesse im Rechtssystem ausgetragen werden.[737] Auch wenn wichtiger Ausgangspunkt der Beobachtungen von *relational contracts* oder privaten Ordnungen[738]

734 Siehe unten § 4 II, III 2 b.
735 *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 321 – 354; *MacMahon*, Oxford Journal of Legal Studies 38 (2018), 270 (271 f.).
736 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23 f.
737 *MacMahon*, Oxford Journal of Legal Studies 38 (2018), 270 (274 f.).
738 Ausführlich dazu unten § 7 I.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

das Ausweichen auf außerrechtliche Streitschlichtungsinstrumente ist,[739] bleibt die Austragung über rechtliche Verfahren ein bedeutsamer Anker des Vertrages.

VI. Regulierungsfunktion

Eine weitere Funktion knüpft primär an der politischen Rationalität an und betrifft zunächst das Vertragsrecht mehr als die Institution des Vertrages: die Regulierungsfunktion. Sie soll hier verstanden werden als „Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist."[740] Das Recht ist damit ein wesentliches Instrument der Politik für gesellschaftliche Steuerung.[741] Dabei kann das politische System nicht nur auf das öffentliche Recht, sondern auch auf das Privatrecht zurückgreifen;[742] Öffentliches Recht und Privatrecht können aus Steuerungsperspektive als „wechselseitige Auffangordnungen" beschrieben werden, die jeweils unterschiedliche Vor- und Nachteile für die Erreicherung von Steuerungszielen aufweisen.[743] Mit den Ideen von Regulierung und Verhaltenssteuerung ist der Gedanke einer Folgenorientierung bei der Gesetzgebung,[744] aber auch bei der Rechtsanwendung,[745] eng verknüpft.

Mit dem Fokus auf der Gesetzgebung trifft die Funktionsbeschreibung der Regulierung zunächst auf das (Vertrags-)Recht zu: Das neu gesetzte Recht ist Instrument zur Erreichung bestimmter politischer Steuerungsziele. Werden aber Normen und Normgefüge wie beispielsweise das Mietrecht

739 Siehe *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 101 – 108.

740 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 und 50 – 55 für Erläuterungen der Definitionsbestandteile.

741 Vgl. *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 f.; *Baer*, Rechtssoziologie, 2021, S. 90 – 94.

742 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 64 – 97.; für das Deliktsrecht grundlegend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (451 – 471).

743 Grundlegend *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7; *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. S. 261.

744 Zur Gesetzesfolgenabschätzung und verwandten Instrumenten siehe *Wrase*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 127.

745 Zur Vereinbarkeit prinzipienorientierter und folgenorientierter Rechtsanwendung siehe *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 365 – 389.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allgemein oder § 556d Abs. 1 BGB („Mietpreisbremse") im Besonderen aus der Regulierungsperspektive beschrieben,[746] wird auch der einzelne Vertrag zum Regulierungsinstrument.[747]

Aber auch diese Funktionsbeschreibung des Vertrages ermöglicht keine gewinnbringende rechtstheoretische Perspektive auf den Stadionverbotsfall. Die (nationale) Sportpolitik mag zwar ein bedeutsamer Teilbereich des politischen Systems sein, insbesondere wenn man an die Sportförderung und die Teilnahme nationaler Sportler*innen an internationalen Wettkämpfen denkt. Geht es jedoch darum, dass sportliche (Spiel-)Regeln festgelegt oder wie im Stadionverbotsfall Zugangsregelungen zum Stadion in Zuschauerverträgen getroffen werden, nimmt das politische System keinen verhaltenssteuerenden Einfluss. Das Sportsystem ist diesbezüglich von einer umfassenden „Politikferne" beherrscht; das Sportsystem wird von der Verbandsautonomie dominiert.[748] An dieser Stelle zeigt sich ein Phänomen, das von der modernen soziologischen Jurisprudenz beschrieben wird: In der funktional differenzierten Gesellschaft gibt es immer mehr gesellschaftliche Teilbereiche, die politisch nicht oder nur rudimentär reguliert sind.[749] Selbst wenn politische Steuerung auf gesellschaftliche Teilbereiche zugreifen möchte, muss sie nicht zwingend erfolgreich sein.[750] Dennoch werden diese sozialen Bereiche häufig durch privatrechtliche Grundinstitutionen stabilisiert.[751] Auf rechtstheoretischer Ebene ist dann nach einer passenden

746 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 158.

747 Der Vertrag als Regulierungsinstrument taucht bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 449 – 492 nicht als eigenständiges Regulierungsinstrument auf. Dies liegt daran, dass er als Regulierungsinstrumente lediglich rechtliche Normen untersucht, denen eine Regulierungsfunktion zukommen (S. 449). Handelt es sich dabei aber um vertragsrechtliche Normen gehören diese nach der hier vertretenen Auffassung zur Institution des Vertrages dazu. Regulierung durch Vertragsrecht baut auf der (Grund-)Institution des Vertrages auf und setzt voraus, dass Verträge tatsächlich geschlossen werden, damit die vertragsrechtlichen Regulierungsnormen ihre Wirkung entfalten können.

748 Siehe dazu auch unten § 7 II 1 a.

749 Vgl. *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (306 – 310).

750 Vgl. zur Handlungsfähigkeit des Staates in der funktional differenzierten Gesellschaft *Trute*, DVBl. 1996, 950.

751 *Hellhardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 447 – 449 entwickelt zwar „übergreifende Regulierungskonzepte in anderen Regulierungsbereichen" muss dabei aber auf bestehende „gesetzliche Maßstäbe" in Form von Einzelnormen zurückgreifen. Zwar ist jeder gesellschaftliche Bereich, der z.B. mit der Grundinstitution des Vertrages stabilisiert wird, mit rechtlichen Strukturen durchzogen; zu einem „rechtlich regulierten Lebensbereich" wird er aber nur dann, wenn es spezifische Vertragsrechtsnormen gibt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Funktionsbeschreibung zu suchen. Für Bereiche, in denen kein politisch-regulativer Zugriff erfolgt, hilft die Regulierungsfunktion des Vertrages nicht weiter.

VII. Zwischenergebnis

Die Durchsicht durch verschiedene jüngst rezipierte und weiterentwickelte Funktionsbeschreibungen des Vertrages hat gezeigt, dass keine Beschreibung für sich genommen eine klare rechtstheoretische Perspektive auf den Stadionverbotsfall eröffnet. Die Selbstbestimmungsfunktion – besonders wenn man sie materiell versteht – ist und bleibt zwar normativer und sozialer Kern des Vertrages und des Vertragsrechts. Der Begriff Selbstbestimmung kann jedoch selbst nicht das erklären, was er eigentlich beschreiben sollte: die konkreten Bedingungen und Voraussetzungen tatsächlicher Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft. Bisherige Konkretisierungsversuche nahmen lediglich Phänomene von potentieller Fremdbestimmung durch einen bereits geschlossenen Vertrag wahr. Auch die Gerechtigkeitsfunktion bleibt mit ihren Topoi zu vage. Zwar bietet der Zugriff über die *iustitia distributiva* eine Möglichkeit, eine Vielzahl neuer Fälle der Gesellschaft unter einem gemeinsamen Begriff zu verhandeln. Für den Stadionverbotsfall verbleibt jedoch nur die Einsicht, dass es in diesem Fall in irgendeiner Weise um die Verteilung von Teilhabe(chancen) gehen könnte; woraus sich hier Probleme von Teilhabe ergeben, bleibt hingegen offen. Die ökonomische Funktion des Vertrages bietet hier keinen geeigneten Anknüpfungspunkt, weil nach hier vertretener These der soziale Konflikt nicht primär im Wirtschaftssystem verortet werden kann. Die Ordnungs- bzw. Kooperationsfunktion des Vertrages eröffnet einen Blick dafür, dass mithilfe des Zuschauervertrages eine längerfristige Ordnung und Kooperation zwischen den Parteien ermöglicht wird. Warum gerade Stadionverbote diese Kooperation auflösen und welche Konsequenzen und Bedeutung dies für die Fußballfans hat, bleibt dabei jedoch unberücksichtigt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 4 Inklusionsfunktion des Vertrages

Die bisherige Untersuchung der Institution Vertrag und seiner Funktionen hat drei verallgemeinerbare Schwachstellen dieser Funktionen offenbart: (1.) Klassische Betrachtungen des Vertrages verkürzen oft die Perspektive auf bilaterale Phänomene zwischen den Vertragsparteien, (2.) Funktionsbeschreibungen wie die Selbstbestimmungs- oder Gerechtigkeitsfunktion sind zu abstrakt, um einen rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt für die Beschreibung eines sozialen Konfliktes zu bieten und (3.) die ökonomische Funktionsbeschreibung und die bisher diskutierten Strömungen der Kooperationsfunktion weiten zwar den Blick für die Umwelt des Vertrages, verengen die vertragstheoretische Perspektive aber zu stark auf strukturelle Kopplungen mit dem Wirtschaftssystem. Damit weisen die Funktionsbeschreibungen des Vertrages sowie ein darauf aufbauendes Vertragsrecht wesentliche *blind spots* auf. Die diskutierten Vertragstheorien betonen entweder zu stark die einzelnen am Vertrag beteiligten Personen oder adressieren die gesamtgesellschaftlichen Verknüpfungen von Verträgen, was entweder dazu führt, dass zu abstrakte Begriffe verwendet werden oder die Gesamtgesellschaft mit wirtschaftlicher Rationalität gleichgesetzt wird. Dazwischen liegen blinde Flecken, die die soziale Bedeutung von Verträgen für einzelne Menschen ausblenden. Diese soziale Dimension – gemeint ist damit die Verknüpfung von Menschen und gesellschaftlichen Strukturen – von Verträgen bringt *Lomfeld* essayistisch zum Ausdruck:

> „*Menschen leben in Verträgen.* Ein Tag beginnt, die Sonne steigt. In einer Mietwohnung springt ein Paar aus dem Bett. Nach lang ersehnter Wartung gibt die Dusche wieder mehr als ein paar Tropfen Wasser der Stadtwerke her. Beide nippen zur abonnierten Zeitung geschenkten Tee. Sie fährt mit geleastem Auto, er mit Bus und Monatsticket pünktlich zur Arbeit. Angestellt und selbstständig regeln Verträge Tätigkeit und Einkommen. Mobilfunkvertrag und Providervertrag sichern die Kommunikation. Krankenkasse, Haftpflicht und Hausrat versichern das Unglück. Ihre Bank führt das Konto und gibt Kredit. Essen kaufen sie im Supermarkt. Sie schwitzt mit Fitnessvertrag. Er ist Mitglied in einem Sportclub.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> Sie gehen ins Kino, ins Theater oder zum Tanzen. Der moderne Mensch lebt von morgens bis abends in Verträgen."[752]

Dieses Kapitel skizziert eine Funktionsbeschreibung von Verträgen in der modernen Gesellschaft, die diese soziale Dimension von Verträgen beschreiben kann. Methodologisch wäre es auch möglich, die nachfolgenden Überlegungen von den bisher diskutierten Vertragsfunktionen ausgehend zu entwickeln. Dieser Weg soll hier nicht eingeschlagen werden. Die bisherigen Funktionsbeschreibungen des Vertrages können möglicherweise die soziale Dimension ebenfalls rekonstruieren. Damit verbunden sind jedoch begriffliche und ideengeschichtliche Pfadabhängigkeiten.[753] Um diese zu vermeiden, soll hier die Inklusionsfunktion des Vertrages als eigenständige Funktionsbeschreibung des Vertrages etabliert werden. Da das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung primär auf dem Stadionverbotsfall liegt, kann es sich bei dieser Beschreibung nur um eine Skizze handeln. Die Inklusionsfunktion des Vertrages soll nur insoweit hergeleitet und begründet werden, dass eine rechtstheoretische Annäherung an den Stadionverbotsfall möglich ist.

Dazu werden zunächst die angesprochenen *blind spots* in der bisherigen Vertragstheorie konkretisiert und Ansätze zu ihrer Aufdeckung vorgestellt (I.). Als rechtstheoretischer Anknüpfungspunkt für die Inklusionsfunktion des Vertrages wird anschließend auf eine bisher noch nicht thematisierte Funktionsbeschreibung des Vertrages zurückgegriffen: die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser* (II.). Dabei wird sich herausstellen, dass *Raiser* zwar gewinnbringende Anknüpfungspunkte bietet, die Begriffe und Ideen jedoch zu unspezifisch oder zu zeitgebunden sind, um sie in ein generalisierbares rechtstheoretisches Analyseraster zu überführen. Anknüpfend an die gesellschaftstheoretische Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierter Gesellschaft wird für die Konkretisierung der sozialen Funktion des Vertrages der differenzierungs- bzw. systemtheoretische Begriff der Inklusion eingeführt (III.). Er erlaubt eine generalisierbare Beschreibung von Verträgen als Instrument sozialer Inklusion in der modernen Gesellschaft. Um die bis dahin entwickelte Idee der Inklusionsfunktion des Vertrages zu einer These zu verdichten, wird der bisherige Privatrechtsdiskurs nach der Verwendung des Inklusionsgedankens mit Bezug zum Vertrag durchsucht; dabei treten insbesondere das Immaterialgüterrecht und das Nichtdiskriminierungsrecht hervor (IV.).

752 *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015, S. 1.
753 Zum Konzept der Pfadabhängigkeit siehe bereits die Nachweise oben in Fn. 277.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus all diesen Überlegungen wird abschließend die These der Inklusionsfunktion des Vertrages in der modernen Gesellschaft ausgebreitet und ihr analytisches Potenzial auf der Ebene der Rechtstheorie auf drei Ebenen aufgefächert (V.).

I. Blind spots der Vertragstheorie – crucial contracts

Die angesprochenen sozialen *blind spots* werden teilweise in der Literatur erkannt. Im Kontext der französischen Vertragsrechtsreform[754] im Jahr 2016 stellt *Fabre-Magnan* fest, dass diese Reform spezifische aktuelle Probleme nicht adressiert und sich dabei offenbart, dass sowohl die Vertragstheorie als auch das Vertragsrecht blind für aktuelle soziale Probleme sind:

> „*Generally speaking, the vision of the contract conveyed by contemporary law is too abstract and inter-individual. It would benefit from becoming more concrete, and focusing more on the goods and services which are obtained by means of the contract. It should contextualise and situate the contract more closely, taking into account contemporary phenomena such as production chains and the privatisation of access to a large number of goods and services. These are some of the many blind spots in the general theory of contracts, even if some of them can only be dealt with adequately by going beyond contract law.*"[755]

Als Beispiel für eines dieser sozialen Probleme nennt sie den Zugang zu essentiellen Gütern und Dienstleistungen für eine Person:

> "*The issue of access to the goods and services provided by a contract is indirectly that of access to the contract itself. This issue is not really addressed in the general theory of contracts. Since contractual freedom is the ability to enter, or not to enter, into contract, no one can claim to have a right to contract. The issue only arises in the context of certain special contracts, for instance rules concerning refusal of sale or anti-discrimination (for example, in labour or tenancy contracts).*"[756]

754 Dazu überblicksartig *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (378 – 380).
755 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (380).
756 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (380).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieser Problembereich wird zwar im europäischen Recht mit den Nichtdiskriminierungsrecht[757] adressiert. Allerdings versperrt der Fokus auf die Ungleichbehandlung den Blick für ein weiteres – für die Vertragstheorie das eigentliche – Problem: In der modernen Gesellschaft erlangen Personen fast ausschließlich Zugang zu essentiellen Gütern nur über einen Vertrag(sschluss).[758] Dieser Zusammenhang zwischen dem Institut Vertrag und den Gütern und Dienstleistungen, zu denen der Vertrag Zugang ermöglicht, verdeutlicht die Bedeutung des Kontrahierungszwanges im Nichtdiskriminierungsrecht[759] sowie des allgemeinen Kontrahierungszwanges im deutschen Privatrecht[760] als dogmatische Institute.

1. Life Time Contracts

Auf rechtstheoretischer – mit vereinzelten dogmatischen Ansätzen[761] – Ebene nennt *Fabre-Magnan* zwei Versuche, sich dieser Problematik anzunähern. Der erste Versuch arbeitet mit dem Begriff der „*Life Time Contracts*", womit insbesondere Arbeit, Miete und Verbraucherdarlehen adressiert werden sollen.[762] Es handelt sich hierbei um einen gemeinsamen Topos für unterschiedliche Verträge, die den Zugang zu essentiellen Gütern eröffnen und häufig Langzeitverträge sind:[763] „*Life time contracts are long-term social relationships providing goods, services and opportunities for work and income creation. They are essential for the self-realisation of individuals and their participation in society at various stages in their life.*"[764] Diese Strömung kann damit als Adaption der Kooperationsfunktion des Vertrages,[765]

757 Siehe dazu unten § 4.
758 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381).
759 Siehe zur Diskussion, ob § 21 AGG auf Rechtsfolgenseite einen Kontrahierungszwang vorsieht: *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 49 – 53; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 21 AGG, Rn. 17 – 30; *Sprafke*, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013, S. 214 – 253.
760 Siehe dazu unten § 8.
761 Siehe dazu die Beiträge in Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018.
762 Grundlegend Nogler/Reifner (Hrsg.), Life Time Contracts, 2014; eine Übersicht zur Rezeption geben *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 3 (3 – 10).
763 So die Beschreibung von *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381 f.).
764 Principle 1 of Life Time Contracts, abgedruckt in Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 319.
765 Siehe dazu oben § 3 V 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insbesondere mit Blick auf Langzeitverträge, angesehen werden. Anders als die oben vorgestellten Ansätze, verlässt die Perspektive der *Life Time Contracts* jedoch die ausschließlich ökonomische Rationalität, indem die Bedeutung des Vertrages für das (soziale) Leben einer einzelnen Privatrechtsakteur*in und nicht die primär ökonomische Interessenlage bei Dauerschuldverhältnissen betont wird.[766] Das Konzept der *Life Time Contracts* verbindet verschiedene Vertragstypen, die im klassischen privatrechtlichen Denken weitgehend unabhängig voneinander betrachtet werden. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass die klassische Privatrechtsdogmatik Verträge tendenziell nach technischen Gesichtspunkten[767] oder nach der Art der ökonomischen Transaktion (Kauf, Werkherstellung, Dienstleistung, etc.)[768] und nicht nach sozialen Überlegungen hin ordnet.[769] Auch bei der Entwicklung moderner Vertragstypen, scheint die Art der ökonomischen Transaktion maßgeblich zu sein.[770] *Nogler* und *Reifner* sehen zwar als potentiell verbindendes Element den Begriff der menschlichen Grundbedürfnisse, identifizieren hier jedoch weiteren Forschungsbedarf.[771] Für diese Untersuchung ist interessant, dass sie beispielsweise Verträge mit Bezug zu kulturellen Aktivitäten wie Theaterbesuche oder Massenkommunikation eher dem Konzept der *Life Time Contracts* zuordnen würden als klassische Bereiche der Daseinsvorsorge wie die Versorgung mit Strom oder Wasser.[772]

Fabre-Magnan schlägt vor, dieses Konzept zu erweitern und zu generalisieren:[773] Es gehe grundsätzlich darum, dass essentielle Güter und Dienstleistungen mehr und mehr von privaten Organisationen bereitgestellt werden. Die relevante Frage laute dann, wie sichergestellt werden kann, dass Zugang zu diesen Gütern und Dienstleistungen bzw. zu den Verträgen, die

766 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 3 (11 – 14).

767 Zur klassischen Art der Unterscheidung verschiedener Vertragsarten siehe *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145-156, Rn. 87 – 98; *Herresthal*, in: BeckOGK-BGB, § 311 Rn. 35 – 114.

768 *Feldmann*, in: Staudinger BGB, 2018, § 311 Rn. 29: geschäftlicher, wirtschaftlicher Zweck.

769 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 3 (14).

770 Deutlich bei *Martinek*, Moderne Vertragstypen, 1991 – 1993.

771 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 3 (14 – 17).

772 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2018, S. 3 (15).

773 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (382).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wiederum den Zugang dazu ermöglichen, besteht. Eine Verteilung über reine Marktmechanismen sei dabei nicht ausreichend.

2. Crucial companies

Ein anderer Ansatz adressiert zwar nur das Wirtschaftssystem, ist jedoch hier dennoch hilfreich, weil er die Perspektive auf die Angebotsseite – die Unternehmen – lenkt. Der Ansatz der „*crucial companies*" nähert sich dem Problemkreis aus der Perspektive des Regulierungsrechts: *Frison-Roche* identifiziert bestimmte Unternehmen als „*crucial*", weshalb sie einer speziellen Regulierung bedürfen.[774] Dabei nimmt sie zwei sich ergänzende Definitionen vor: Ein Unternehmen sei negativ *crucial*, wenn bei einem Fall dieses Unternehmens, die gesamte damit verbundene Industrie bzw. Wirtschaftszweig fällt und positiv *crucial*, wenn ein Unternehmen eine Industrie voranschreiten lässt, sodass in der Zukunft womöglich ein öffentliches Gut zur Verfügung gestellt wird.[775] Dabei hatte sie zunächst – aus der Brille des Regulierungsrechts – primär Netzindustrien vor Augen, dann aber sekundär auch Unternehmen, die darauf abzielen, einen „*crucial space*" einzunehmen.[776] Wichtig ist ihr dabei, dass ein Regulierungsbedarf jetzt nicht mehr auf bestimmte Wirtschaftssektoren beschränkt ist bzw. werden sollte.[777]

3. Die Suche nach crucial contracts

Nach *Fabre-Magnan* ist Aufgabe eines modernen Vertragsrechts und einer modernen Vertragstheorie, den Blick dafür zu öffnen, dass es bestimmte „*crucial contracts*" gibt, die einer spezifischen rechtlichen Regelung bedürfen. Dies muss nicht auf bestimmte Wirtschaftssektoren oder Vertragstypen wie Miete oder Arbeit beschränkt sein, sondern könne auch die Gesundheitsversorgung, Bankverträge, Versicherungen oder auch Internetzugänge

774 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies" and their Regulation, Working Paper 2014.
775 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies" and their Regulation, Working Paper 2014, B. 1. und 2. a.
776 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (382 mwN). Mit "*crucial space*" sind insbesondere Google oder andere größere Internetplattformen gemeint, siehe *Frison-Roche*, The „Crucial Companies" and their Regulation, Working Paper 2014, A. 2.
777 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies" and their Regulation, Working Paper 2014, B. 2. So auch *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (382).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erfassen. Daran sollten rechtliche Regelungen anknüpfen, die den Zugang zu diesen Verträgen regeln:

> „*Rules should be laid down which, even if they do not give a right, at least facilitate access to the contracts by which these goods and services may be obtained. One - but only one - of these rules is non-discrimination.*"[778]

Dies lässt zwei Fragenkomplexe offen: (1.) Welche Verträge sind „*crucial*"? Unter welchen Gesichtspunkten können wir Verträge analysieren, um diese Frage zu diskutieren? (2.) Wenn wir diese Verträge ermittelt haben, wie genau können und sollen rechtliche Regelungen aussehen, um den Zugang zu diesen Verträgen zu regeln? Gibt es bereits Rechtsinstitute, die dies gewährleisten? Das Nichtdiskriminierungsrecht ist – nach *Fabre-Magnan* – bereits eine rechtliche Regelungsoption. Außerdem antwortet im deutschen Privatrecht bereits das Institut des Kontrahierungszwanges über das Nichtdiskriminierungsrecht hinaus weitgehend auf die von *Fabre-Magnan* erwähnten Bereiche Gesundheitsversorgung[779], Girokonten[780], Telekommunikation[781] sowie Versicherungen[782]. Der Internetzugang wurde im Kontext des Schadensrechts als wesentliches Gut für die eigene Lebensführung angesehen, sodass bei einem Ausfall auch (abstrakter) Nutzungsausfallschaden geltend gemacht werden kann.[783]

Alle diesen Fragen kann und möchte diese Untersuchung nicht beantworten. Im Fokus steht die Analyse des Stadionverbotsfalls. Aber die im Kontext des Stadionverbotsfalls verwendeten Topoi rücken den Fall in die Nähe des Problems der „*crucial contracts*": Wie in den vorherigen Kapiteln gezeigt werden konnte, bestehen Parallelen zum Kontrahierungszwang, das Bundesverfassungsgericht betonte die Bedeutung des Zugangs zum Stadion und damit auch den Zugang zum Zuschauervertrag, der Fall wurde vom Gericht über den allgemeinen Gleichheitssatz gelöst, was eine Nähe zum Nichtdiskriminierungsrecht kennzeichnet. Der Topos der „*crucial*

778 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376(383).

779 § 193 Abs. 5 S. 1 VVG; § 5 Abs. 1 SGB V iVm § 175 Abs. 1 S. 2 SGB V; siehe zur Frage einer Behandlungspflicht von Ärzt*innen *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 630a Rn. 45 – 48.

780 § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG.

781 § 156 Abs. 1 S. 1 TKG.

782 Über die in Fn. 779 genannten Vorschriften hinaus beispielsweise § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG.

783 BGH, Urt. v. 24.01.2013, III ZR 98/12; siehe dazu auch *Gruber*, in: Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, 2017, S. 115; dies greifen auch *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), Embedding the Principles of Life Time Contracts, 2017, S. 3 (16) auf.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

contracts" bietet damit eine – wenn auch vage – Antwort darauf, warum die „klassischen" Funktionsbeschreibungen des Vertrages keinen sinnvollen Zugang zum Stadionverbotsfall liefern: Der Stadionverbotsfall ist im *blind spot* der Vertragstheorie.

II. Die soziale Funktion des Vertrages (Ludwig Raiser)

Crucial contracts verweisen auf soziale Probleme, die sich insbesondere durch die Differenzierung der modernen Gesellschaft stellen – auf Inklusionsprobleme. Im Folgenden soll daher eine rechtstheoretische Funktionsbeschreibung des Vertrages entwickelt werden, die zumindest eine Annäherung dafür gibt, wann ein Vertrag *crucial* ist. Diese Funktionsbeschreibung baut auf einer klassischen Vertragstheorie auf, die in der bisherigen Untersuchung noch nicht betrachtet wurde: die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser*. Anders als im vorangegangenen Kapitel geht es hier nicht mehr um eine (bloße) Arbeit *mit* der Funktionsbeschreibung, sondern – um eine Perspektive auf den Stadionverbotsfall zu ermöglichen – um eine Arbeit *an* dieser Vertragstheorie.

Ludwig Raiser hat im Laufe mehrerer Jahrzehnte sein Privatrechtsverständnis allgemein und seine Konzeption des Vertrages als Rechtsinstitut im Besonderen entwickelt. Für diese Untersuchung sollen dabei zwei für die Forschungsfrage relevanten Aspekte herausgegriffen werden: *Raisers* Verständnis von Macht im Privatrecht sowie die Auffächerung des Vertrages nach verschiedenen Funktionen. Dabei fällt nicht nur die Ähnlichkeit zur hier angenommenen Multilateralität des Vertrages auf, sondern auch, dass *Raiser* bereits früh das Problem der *crucial contracts* erkannt hat.

1. Individuelle und kollektive Privatrechtsakteure

Ausgangspunkt der Überlegungen *Ludwig Raisers* ist die Beobachtung eines Wandels gesellschaftlicher Strukturen zu Beginn des 20. Jahrhunderts, welche gleichzeitig zu einem Wandel des rechtlichen Verständnisses von Vertragsfreiheit und ihren Voraussetzungen führt bzw. führen sollte: Der Wandel einer von einem (unabhängigen) Besitzbürgertum getragenen liberalen Wirtschaftsgesellschaft hin zu einer industriellen Massengesellschaft. Dadurch ändere sich auch das Verständnis von Autonomie der einzelnen Privatrechtsakteure: Dem Einzelnen stehen immer weniger Autonomieräu-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

me zur Verfügung. Die zentralen, gestaltenden Akteure sind nicht mehr individuelle Akteure, sondern vielmehr kollektive Akteure wie Gruppen, Verbände und Unternehmen.[784] Innerhalb dieser Akteurskonstellationen beschreibt *Raiser* die Stellung individueller Akteur*innen als Abhängigkeit von „Apparaten und ihrer anonymen Macht".[785] „Sein Freiheitsraum ist klein geworden und ringsum von Mächten umstellt, denen er sich unterlegen fühlt."[786] Auch seine Überlegungen zum Gebrauch privatrechtlicher Institute adressieren das „Problem der Bändigung gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Macht mit den Mitteln des Rechts".[787]

An dieser Stelle könnte man es sich leicht machen und *Raisers* Ausführungen zu Macht und Unterlegenheit als (etwas) pathetisch und unpräzise abtun.[788] Der Bedeutungswandel von Autonomie kann dabei präziser als Verlagerung von der Gestaltungs- hin zur Rollenauswahlfreiheit (*Rehbinder*)[789] beschrieben werden. Aber die beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen mündeten später u.a. in dogmatische Figuren wie dem verbandsrechtlichen Zugangsanspruch[790] oder in die Frage nach der grundrechtlichen Relevanz der Verbändediskussion[791]. Zudem betont *Raiser* mit dem Machttopos die Stellung individueller Privatrechtsakteure in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft und ihre Bedeutung für das Privatrecht.[792] Um den Bezug zu den *crucial contracts* herzustellen: Mit *Raiser* könnte gesagt werden, dass sich viele der *crucial contracts* dadurch auszeichnen, dass diese Verträge zwischen einer individuellen Privatrechtsakteur*in und „Apparaten und ihrer anonymen Macht" geschlossen werden. Diesen Gedanken gilt es im nächsten Abschnitt zu präzisieren.

Raiser betont weiterhin, dass diese Veränderungen zu einem Strukturwandel der Vertragsfreiheit insbesondere im Arbeits- und Mietrecht geführt haben.[793] In der Privatrechtswissenschaft wurde jedoch als dominante Strategie versucht, diese Irritationen als Ausnahme abzutun.[794] An dieser

784 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).
785 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).
786 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).
787 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124 (134 f.).
788 Siehe zur Diskussion von Machtbegriffen im Recht unten § 5.
789 Siehe dazu bereits oben § 2 IV 3.
790 Siehe dazu unten § 8 III 3.
791 Siehe dazu unten § 5 IV 2.
792 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43) deutet in Fn. 16 Ansätze der soziologischen Differenzierungstheorie an.
793 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (44).
794 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (44 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Beobachtung hat sich auch über ein halbes Jahrhundert nichts geändert; die Veränderungen in der Umwelt des Vertragsrechts werden fast immer als Ausnahmeerscheinungen diskutiert werden, die dann zu Spezialrechtsgebieten transformiert werden, um das allgemeine Vertragsrecht mit dem dominierenden Prinzip der Vertragsfreiheit „rein" von solchen sozialen Irritationen zu halten.[795] *Raiser* zeigte jedoch Weitblick: Für die Bereiche des Vertragsrechts, die als Spezialmaterien bezeichnet werden können, wurde nur die rechtliche Relevanz von sozialen Veränderungen von Legislative und Judikative erkannt; aber die „Tendenz, die Herrschaft der Privatautonomie zurückzudrängen" zeigt sich im gesamten – und damit auch im allgemeinen – Vertragsrecht.[796] Genau dieses dichotome Denken in allgemeines und besonderes Vertragsrecht zeigt sich auch in der Diskussion um den Stadionverbotsfall: Einer der Kritikpunkt war, dass es sich hierbei nicht um einen Fall in einem Spezialrechtsgebiet handele, sondern um einen Fall des allgemeinen Vertragsrechts, weshalb auch Verfahrensanforderungen o.ä. unangebracht seien.[797]

2. Auffächerung der Vertragsfunktionen

Vor diesem Hintergrund sind *Raisers* Versuche zu verstehen, die Funktionen des Vertrages zu beschreiben. Er betrachtet dabei den Vertrag primär als Institut bzw. Institution.[798] Für ihn ist der Vertrag dabei nicht nur ein Institut, das Freiheit zur selbstverantwortlichen Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse ermöglicht.[799] Verträge können vielmehr auch auf ihre wirtschaftliche oder soziale Funktion hin untersucht werden.[800] Der Vorteil einer solchen Perspektive bestehe darin, dass der Blick auf die außerrechtlichen Erscheinungen der Verträge gelenkt werde, sodass der Vertrag in einen größeren sozialen Wirkungsmechanismus eingeordnet

795 Vgl. *Lepsius*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 82 (87); so auch *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 135 – 139.
796 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (44 f.).
797 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (902); *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.
798 Siehe dazu auch oben § 2 II.
799 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (77).
800 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (77 f.); den Begriff der sozialen Funktionen des Vertrages greift auch *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 196 – 199.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden kann.[801] Nicht nur die Konzeption des Vertrages als Institution, sondern auch speziell der Gedanke, dass aus der sozialen Funktion des Vertrages Schranken formaler Vertragsfreiheit abgeleitet werden sollen,[802] begegnet im deutschen Rechtswissenschaftsdiskurs oft in Anbetracht nationalsozialistischen Gedankenguts Bedenken.[803] Zwar wurde auch *Ludwig Raiser* in den 1930er Jahren wissenschaftlich sozialisiert. Er stellte sich jedoch zusammen mit anderen Dozenten und Habilitanden offen gegen das nationalsozialistische Regime,[804] was sich unmittelbar auch auf seine wissenschaftliche Karriere auswirkte.[805] Damit sind seine Ansätze einer sozialen Funktionsbeschreibung des Vertrages politisch „unbedenklich" und als genuiner Ausdruck wissenschaftlicher Erkenntnis zu bewerten. *Raiser* stellte sich und der Rechtswissenschaft „die bisher vernachlässigte Frage nach der Funktion und Wirkung des Vertrages in der Gesamtrechtsordnung".[806] Dabei betont er die Ordnungs- und Kooperationsfunktion des Vertrages[807] und differenziert zwischen vier verschiedene Arten von Verträgen, die sich hinsichtlich ihrer Funktion für die Begründung und Stabilisierung unterschiedlicher sozialer Ordnungen unterschieden: Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, Organisationsverträge sowie Normverträge.[808]

Diese genuin rechtliche Beschreibung des Vertrages – mit der hier verwendeten Terminologie: als Institut – hat *Raiser* später durch eine Beschreibung mit deutlichem außerrechtlichem Bezug – mit der hier verwendeten Terminologie: als Institution – ergänzt. Das Privatrecht begreift er dabei als offenes System, das nicht nur aus den „klassischen" Rechtsprinzipien besteht, sondern dem auch neue hinzugefügt werden können. Neben

801 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (78), der hier auch explizit betont, dass es sich dabei nicht um eine Einzelfallprüfung handele, ob ein Vertrag sozial oder ökonomisch „wertvoll" sei.

802 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124 (129); *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 185.

803 Vgl. dazu oben im Kontext des Institutionenbegriffs § 2 II 3 a.

804 *Kübler*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, 2007, S. 287 (288).

805 Siehe zum Lebenslauf *T. Raiser*, in: DNB 2003, S. 123 (123); nach seiner Berufung nach Göttingen war *Raiser* auch für die Entnazifizierung des Lehrkörpers zuständig, vgl. *Kübler*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Bd. 1, 2007, S. 287 (288 f.).

806 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64).

807 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64 f.).

808 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (68 – 72).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundrechtlichen Impulsen[809] ist eines dieser neuen Prinzipien der Gedanke der „sozialen Gliedstellung des Einzelnen" in der Gesellschaft.[810] Aufgrund dieser sozialen Einbettung der einzelnen Privatrechtsakteure müsse das Privatrecht anerkennen, dass es einer Vielzahl von Lebensbereichen ausgesetzt ist. Dieser Vielzahl von Lebensbereichen kann das Privatrecht einer modernen Gesellschaft dadurch Rechnung tragen, indem die Rechtsinstitute nicht nur auf eine gesellschaftliche Funktion hin festgelegt werden. Dadurch werde der Blick für die Mehrheit und Veränderlichkeit der Funktionen geschärft.[811] *Raiser* schlägt deshalb vor, das Privatrecht nach seinen jeweiligen Funktionsbereichen zu gliedern.[812] Dies ermögliche, Wertmaßstäbe je nach Funktionsbereich, in dem ein Rechtsinstitut eingesetzt wird, herauszuarbeiten. Damit ist gleichzeitig eine Abkehr von „der formalen Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Normen" verbunden.[813] Mit dieser Auffächerung nach unterschiedlichen sozialen Lebensbereichen[814] ist die Brücke zur funktional differenzierten Gesellschaft geschlagen. Die Funktion des Vertrages muss jeweils nach seinen strukturellen Kopplungen zu anderen Funktionssystemen der Gesellschaft bestimmt werden. *Raiser* ist diesen Schritt (noch) nicht gegangen und arbeitete vier Funktionen heraus, die er jeweils danach bestimmt, wie stark die jeweiligen Bereiche durch die Topoi „privat" und „öffentlich" geprägt sind.[815] Zwei dieser Funktionsbereiche sind dabei im modernen Privatrechtsdiskurs etabliert: (1.) Die Regelung

809 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (46 – 49).

810 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (209); vgl. bereits zuvor *ders.*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124 (125): „Auch die Privatrechtswissenschaft muß sich der Einsicht heutiger Anthropologie und Soziologie öffnen, daß der Begriff des autonomen Individuums eine Abstraktion darstellt, deren Grenzen nicht verkannt werden dürfen, daß das Personsein des Menschen sich nur im mitmenschlichen Zueinander und Füreinander entfaltet und daß darum auch alles menschliche Planen, Entscheiden und Handeln von vornherein in Zuwendung und Abwehr auf den Mitmenschen bezogen ist."

811 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (222).

812 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (224).

813 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (222).

814 Vgl. bezüglich des Vertrages bereits vorher *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (68 f.): „Innerhalb des sozialen Raums, der den Rechtsgenossen zur eigenen Ordnung ihrer Beziehungen durch den Vertrag offensteht, treten nun deutliche Funktionsunterschiede solcher Ordnungen auf, die auch der Rechtsdogmatik die Unterscheidung verschiedener Arten von Verträgen nach Kriterien nahelegen, die mehr besagen als die Einteilung nach Rechtsgebieten oder nach der Willens- oder Interessenrichtung der Parteien."

815 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (224 – 229).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

der privaten Lebenssphäre[816] sowie (3.) die Regelung des Wirtschaftsverkehrs[817]. *Raiser* erkannte darüber hinaus jedoch schon damals die soziale Dimension des Privatrechts, die auch das Konzept der *Life Time Contracts* zu adressieren versucht. Dieser (2.) zwar private Lebensbereich zeichne sich dadurch aus, dass in der modernen Industriegesellschaft „die Individualbeziehungen und -interessen hinter typisierten Gruppeninteressen zurücktreten."[818] Das Privatrecht verwendet zwar die „alten Rechtsinstitute", aber für Bereiche, die nach anderen Maßstäben beurteilt werden müssten. Dies sind für *Raiser* die moderne technisierte Güterproduktion, die Frage ihrer gesellschaftlichen Verteilung sowie Verträge über Waren und Dienstleistungen, die „elementare und verfeinerte Bedürfnisse" von Menschen betreffen.[819]

Von größerer Bedeutung für diese Untersuchung ist der letzte (4.) von *Raiser* identifizierte Funktionsbereich: die Berührungspunkte von den klassischen Privatrechtsinstitutionen mit „für unsere Industriegesellschaft charakteristischen Großorganisationen", die sich als „intermediäre Machtzentren" zwischen Individuum und Staat geschoben hätten.[820] Diese seien als Wirtschaftssubjekte zwar hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Machtstellung dem Wettbewerbsrecht unterworfen,[821] hinsichtlich ihrer Machtausübung in anderen sozialen Kontexten jedoch nicht: „Dagegen ist für die rechtliche Ordnung der großen Verbände als intermediärer Machtzentren noch wenig geschehen. Das weithin dispositive Vereinsrecht des BGB, das ihre Grundlage bildet, kann zur internen Verteilung der Gewichte zwischen den Vereinsorganen und zum Schutz der Mitgliederechte, z.B. gegenüber Straf- und Ausschlussregeln in der Satzung, nicht sehr viel, zur Kontrolle der nach außen gerichteten Verbandsmacht gar nichts beitragen."[822] Der erste Teil dieser Beobachtung ist aus heutige Sicht zu relativieren, weil das Privatrecht mit anderen Rechtsinstituten auf diese „Verbandsmacht" reagiert hat: insbesondere mit dem verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch und die damit verbundene Inhaltskontrolle der Satzung sowie mit gleichheitsrechtlichen Anforderungen.[823] Der zweite Teil von *Raisers* Beobachtung – die Erstre-

816 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (224 f.).
817 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (227 f.).
818 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (225 f.).
819 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (226).
820 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (228).
821 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (229).
822 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (229).
823 Siehe dazu unten § 5 IV 1, 2; § 8 III 3, IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ckung der „Verbandsmacht" nach außen – ist jedoch immer noch aktuell und ist, wie noch zu zeigen sein wird,[824] auch eine adäquate Teilbeschreibung des Stadionverbotsfalls: Über den Zuschauervertrag werden ähnliche Entscheidungsmuster, die traditionell nur innerhalb des Verbandes (Mitgliedschaft) virulent wurden, auch auf weitere Personenkreise erstreckt.

Auch wenn im Stadionverbotsfall dominant ein kollektiver Akteur als Verband (der DFB) auftritt,[825] erscheint eine rechtstheoretische Begrenzung auf Verbände nicht mehr zeitgemäß. Die Verbändediskussion hat sich heute als gesamtgesellschaftliche Frage weitgehend erledigt. Verbände können immer noch als ein sozial mächtiger kollektiver Akteur beschrieben werden; aber nicht als einziger. In Anbetracht von Plattformen, Netzwerken oder anderen, neuen gesellschaftlichen Organisationsformen stellt sich die Frage, ob die von *Raiser* beschriebenen Probleme generalisiert werden können. Bereits oben konnte seine Auffächerung der Vertragsfunktionen mithilfe soziologischer Differenzierungstheorien konkretisiert werden. Nun stellt sich die Frage, ob auch die Machtaspekte sowie die „soziale Gliedstellung des Einzelnen" von *Raisers* sozialer Funktion des Vertrages für die heutige Zeit konkretisiert und präzisiert werden können.

III. Systemtheoretische Überprägung – Inklusion

Bereits oben wurde eine institutionelle Perspektive auf den Vertrag mit einer differenzierungs- bzw. systemtheoretischen Perspektive verbunden. Dadurch konnte die Funktionsbeschreibung des Vertrages dahingehend konkretisiert werden, dass Funktionsbeschreibungen nur relativ – insbesondere in Bezug auf andere Funktionssysteme (Makroebene) – möglich sind. In diesem Abschnitt soll die soziale Funktionsbeschreibung des Vertrages von *Ludwig Raiser* mithilfe eines Begriffes der Differenzierungstheorien präzisiert und sowohl generalisiert als auch konkretisiert werden: der Begriff der Inklusion. Die Nähe zwischen den Begriffen Inklusion, sozialer Funktion des Vertrages und *Life Time Contracts* wurde in der Forschung bereits für Darlehensverträge, die mit Hypotheken abgesichert werden, hervorgehoben: Darlehensverträge erfüllen u.a. die soziale Funktion, sich

824 Siehe unten § 7 I, II.
825 Siehe dazu unten § 7 II 1 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Haus oder Güter zu erwerben. Dadurch werden Personen sozial inkludiert.[826]

1. Inklusion und funktionale Differenzierung

Den inhärenten Zusammenhang zwischen den soziologischen Begriffen funktionaler Differenzierung und Inklusion fasst *Stichweh* konzise zusammen: „Der Prozess der Ausdifferenzierung eines Funktionssystems lässt sich als eine charakteristische Sequenz von Schritten beschreiben. Er beginnt mit vereinzelt anfallenden Situationen funktional spezialisierter Kommunikation, setzt sich fort mit der Entstehung und Institutionalisierung spezialisierter Rollen, deren Definition zugleich als Identifikation des funktionalen Problembezugs dient, und er findet einen eigentlich überraschenden Abschluss dadurch, dass zusätzlich zu systemdefinierenden Leistungsrollen Publikumsrollen entstehen, welche die Inklusion der Gesamtbevölkerung in das jeweilige Sozialsystem über komplementär zu den Leistungsrollen definierte Formen der Partizipation sichern."[827]

Inklusion meint nicht, dass einzelne Operationen eines Systems (z.B. des psychischen) in einem anderen System (z.B. eines Sozialsystems) ablaufen, sondern vielmehr, dass „das Gesellschaftssystem Personen vorsieht und ihnen Plätze zuweist, in deren Rahmen sie erwartungskomplementär handeln können; etwas romantischer könnte man auch sagen: sich als Individuen heimisch fühlen können."[828] Präziser kann man formulieren, dass Inklusion die Form der Berücksichtigung von Personen in Sozialsystemen meint.[829] Hier ist auch der Bezugspunkt zur Rolle zu sehen: Die den Personen zugewiesene Plätze können als Rollen bezeichnet werden. Bei *Luhmann* ist der Inklusionsbegriff dabei ausschließlich auf einer Makroebene angesiedelt und meint lediglich die Berücksichtigung durch soziale Funktionssysteme; ihm geht es nicht um den Zugang zu Interaktionen (Mikroebene) oder

826 *Domurath*, European Law Journal, 2016, 758 (759 f.), wobei hier jedoch unklar bleibt, worauf sich diese Inklusion bezieht. Gemeint ist wohl eine allgemeine soziale Teilhabe aufgrund von Wohnraum. Dieser und eine damit verbundene Adresse ist aber auch aus differenzierungstheoretischer Sicht Inklusionsvoraussetzung für andere soziale Systeme (z.B. Angabe einer Adresse beim Arbeitgeber oder bei der Immatrikulation an einer Hochschule) vgl. dazu *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 631.

827 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 17.

828 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 621.

829 *Stichweh*, Soziale Systeme 3 (1997), S. 123 (123 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Organisationen (Mesoebene).[830] Wie jedoch die weiteren Überlegungen zu den Formen der Inklusionen zeigen werden, setzt Inklusion auf der Makroebene auch immer Inklusion auf zumindest einer der anderen Ebenen voraus.

Die Regelungen der Inklusion in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft werden den Teilsystemen überlassen.[831] Die konkreten Personen sind dabei nicht mehr Teil eines festen Systems. „Sie müssen an allen Funktionssystemen teilnehmen können, je nachdem, in welchen Funktionsbereich und unter welchem Code ihre Kommunikation eingebracht wird."[832] Dadurch wechselt die strukturelle Kopplung zwischen Personen und den sozialen Funktionssystemen von Moment zu Moment. Inklusion ist jetzt nicht mehr mit einem festen sozialen Status verbunden, sondern macht die Inklusion von hochdifferenzierten Kommunikationschancen abhängig.[833]

2. Formen der Inklusion in Funktionssysteme

Luhmann ist in seiner (allgemeinen) Gesellschaftstheorie bei der abstrakten Beschreibung von Inklusion stehengeblieben. Vereinzelt hat er zwar die Rolle von Organisationen bei der sozialen Inklusion betont.[834] Erst die weitere soziologische Forschung hat insbesondere mit der Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrolle adäquate Präzisierungen gefunden.

a. Leistungs- und Publikumsrolle als grundsätzliche Form der Inklusion

Um verschiedene Formen von Inklusion zu beschreiben, hat sich in der soziologischen Forschung die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Publikumsrollen herausentwickelt. In handlungstheoretischer Konzeption können unter die Leistungsrolle die Personen in einem sozialen System gefasst werden, die an der Leistungsproduktion des Systems (aktiv) mitwirken. Spiegelbildlich werden unter die Publikumsrolle diejenigen Personen gefasst, die die gesellschaftliche Leistung des Systems (passiv) annehmen.

830 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 619.
831 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625, 630.
832 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625.
833 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625.
834 *Luhmann*, in: ders., Schriften zu Organisation 2, 2019, S. 451 (455 – 457).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unterschiedliche Formen der Inklusion werden darauf aufbauend als unterschiedliches Verhältnis der Leistungsrollen- und der Publikumrollenträger zueinander beschrieben. Bereits hier wird deutlich, was in der juristischen Rezeption der Differenzierungs- bzw. Systemtheorie verloren gegangen ist: Nur weil *Luhmann* einzelne Personen nicht zum Hauptgegenstand seiner Forschung und Theorie gemacht hat, existieren auch aus differenzierungstheoretischer Perspektive einzelne und kollektive Akteure weiterhin. Inklusion und andere Operationen der Systeme laufen nicht allein durch Kommunikation auf der Makroebene ab, sondern sie benötigen Organisations- und Interaktionssysteme (Meso- und Mikroebene). Dementsprechend kann heute innerhalb der Leistungsrolle zwischen kollektiven und individuellen Leistungsrollenträgern unterschieden werden.[835]

Eine der dominanten Formen von Inklusion in der modernen Gesellschaft ist die Inklusion als professionelle Betreuung des Publikums durch die Leistungsrollenträger. Leistungs- und Publikumsrolle werden hier als Professioneller/ Klient spezifiziert. Solche Inklusionsformen finden sich insbesondere im Rechtssystem als Beziehung zwischen Anwält*in und Mandant*in oder im Gesundheitssystem als Beziehung zwischen Ärzt*in und Patient*in; darüber hinaus auch im Erziehungs- und Religionssystem.[836]

Eine zweite häufig zu beobachtende Inklusion erfolgt über „*exit/voice*"-Optionen. Dabei realisieren Funktionssysteme Inklusion des Publikums darüber, indem sie das Publikum über die beiden Äußerungsformen „*exit*" oder „*voice*" in den Systemprozess einbeziehen. Funktionssysteme, die auf dieser Inklusionsform aufbauen sind insbesondere die Politik, die Wirtschaft, die Kunst, die Massenmedien und der Sport. Diesen Funktionssystemen ist gemein, dass sie eine strukturelle Präferenz für große Zahlen haben. Dadurch kommen Interaktionssysteme, die zur Inklusion in die jeweiligen Systeme führen, primär in Form großer Interaktionssysteme – wie z.B. Fußballstadien oder Konzerte – vor.[837] Die Sonderfälle[838] der Inklusion in Intimbeziehungssysteme sowie die indirekte Form von Inklusion bezüglich des Wissenschaftssystems sind hier nicht relevant. Zudem existieren vielfältige Überbrückungsmechanismen bzw. Reaktionen auf die Asymmetrien im

835 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 44 f.: Leistungsrollen und Leistungsorganisationen.
836 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 24 f.
837 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 26 – 28.
838 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 28 – 32.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verhältnis Leistungs- und Publikumsrolle,[839] die jedoch für diese Untersuchung problembezogen weiter unten[840] thematisiert werden sollen.

b. Vertrag als Form der Inklusion

Welche Rolle spielen diese soziologischen Beschreibungen von Inklusion in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft für das Recht allgemein und für die Funktionsbeschreibung des Vertrages im Besonderen? Der Begriff der Inklusion mit seinen Unterbegriffen der Leistungs- und Publikumsrolle ermöglicht eine generalisierte und präzisierte Beschreibung der Phänomene, die zuvor als „Angewiesenheit", „*crucial contracts*", „anonyme Machtzentren" o.ä. beschrieben worden sind.

Die unscharf gehaltene Angewiesenheit kann jetzt als Inklusionsfrage behandelt werden: In der modernen Gesellschaft findet Inklusion immer in der Unterscheidung von Publikums- und Leistungsrolle statt. Insbesondere den Publikumsstatus nehmen eine Vielzahl von Personen ein. Die Inklusion in die jeweiligen Funktionssysteme kann dann nur erfolgen, wenn Zugang zur systemeigenen Publikumsrolle gewährt wird. Man könnte jetzt fragen, welche Form wiederum diese Inklusion über die Publikumsrolle (aber auch über die Leistungsrolle) annimmt. Genau an dieser Stelle hört jedoch das Erkenntnisinteresse der allgemeinen Soziologie auf. Aus rechtlicher Perspektive lässt sich hier eine Antwort geben. Viele der von der allgemeinen Soziologie beschriebenen Inklusionsphänomene nehmen eine rechtliche Form ein: die Form des Vertrages.[841]

Die Inklusion in das Rechtssystem über die professionelle Betreuung der Mandant*in durch die Anwält*in erfolgt über einen Anwaltsvertrag, regelmäßig in Form des Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgungscharakter.[842] Die Patient*in muss einen Behandlungsvertrag[843] abschließen, um in das Gesundheitssystem inkludiert werden. Findet Erziehung in einer privaten Schule statt, so findet auch hier Inklusion nur über einen Vertragsschluss

839 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 34 – 42.
840 Siehe unten § 6 II 3.
841 Hier eröffnet sich ein ganz neues rechtssoziologisches Forschungsfeld, das nach den rechtlichen Formen von soziologischen Grundbegriffen allgemein und rechtlichen Formen von Inklusion im Besonderen fragen kann.
842 Zum Anwaltsvertrag *Teichmann*, in: BeckOGK, BGB, § 675 Rn. 856 – 1152.
843 Dazu *Walter*, in: BeckOGK, BGB, § 630a Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen der jeweiligen Schule und dem Kind bzw. den Eltern statt.[844] Ist – und dies ist in der modernen Gesellschaft der Regelfall – der Vertrag entgeltlich bzw. eine andere Gegenleistung vereinbart, die als wirtschaftliche Transaktion vom Wirtschaftssystem beobachtet wird, dann sind Vertragsschlüsse die primäre Form, in der „*exit*" und „*voice*" im Wirtschaftssystem erklärt werden.[845] An dieser Stelle wird der Zuschauervertrag relevant, der – wie oben ausgeführt – den Zugang zum Fußballstadion überlagert:[846] Das Fußballstadion als Institution bzw. großes Interaktionssystem im Sportsystem ist – neben medialer Berichterstattung und dem Breitensport[847] – die wesentliche Form der Inklusion des Publikums in das System (Fußball-)Sport. Zugang zu diesem Interaktionssystem und damit Inklusion in das Sportsystem wird jedoch nur über den Zuschauervertrag gewährt. Der Zusammenhang von Vertrag und Inklusion kann auch durch eine soziologische Beschreibung der Inklusion im Alltag verdeutlicht werden, wenn man sie dem eingangs angeführten Zitats *Lomfeld* gegenüberstellt:

> „Über ihre – zumeist berufliche – Leistungsrolle ist eine Person z.B. als Starkstromelektrikerin ins Wirtschaftssystem, als Richter ins Rechtssystem oder Krankenpfleger ins Gesundheitssystem inkludiert; zusätzlich hat jemand mehr oder weniger intensiv Publikumsrollen aller oder fast aller anderen Teilsysteme inne. Man ist regelmäßig Konsumentin, Zeitungsleserin und Freizeitsportlerin; unregelmäßig tritt man auch als Patientin, Wählerin oder Museumsbesucherin auf, hoffentlich nicht zu oft als Klägerin vor Gericht."[848]

Damit ist der privatrechtliche Vertrag eine Form sozialer Inklusion. Der Vertrag als Institution erfüllt die Funktion sozialer Inklusion. Eine Funktion des Vertrages in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft ist die Inklusionsfunktion. Durch Verträge werden Personen von sozialen Funktionssystemen berücksichtigt. Durch Verträge werden Personen in die Gesellschaft inkludiert. Damit ist nicht gesagt, dass Inklusion ausschließlich durch (privatrechtliche) Verträge erfolgt. Inklusion in das Politiksystem z.B. erfolgt noch immer über staatlich vermittelte Interaktionen, insbeson-

844 Zum Privatschulvertrag im Kontext einer – aus Sicht von Exklusion interessanten – Kündigung OLG Köln, Urt. v. 20.03.2020, 20 U 240/19 = NJW 2020, 1976.

845 Siehe dazu bereits im Kontext der ökonomischen Funktion des Vertrages oben § 3 IV 2.

846 Siehe oben § 2 I 2.

847 Siehe dazu unten § 6 II 1.

848 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dere Wahlen. Aber hier lässt sich die Beobachtung fruchtbar machen, dass in der modernen Gesellschaft immer mehr „wichtige" Dienstleistungen durch privatrechtliche Verträge angeboten werden.[849] Präziser kann man jetzt formulieren: Immer häufiger findet soziale Inklusion über Verträge statt. Dadurch ist zugleich eine Teilpräzisierung der „Angewiesenheit" bzw. der „*crucial contracts*" gefunden: Dabei handelt es sich oft um Verträge bezüglich einer Dienstleistung, welche wiederum Inklusion in die Funktionssysteme gewährt. Dies erklärt auch den Forschungsfokus der *Life Time Contracts* auf Langzeitverträge: Mit diesen Verträgen werden Personen auf Dauer sozial inkludiert. Gleichzeitig wird der Schleier der Undeutlichkeit vor den „anonymen Machtzentren" gelüftet und die Bedeutung von Verbänden generalisiert: Auf der anderen Seite der Inklusion des Publikums stehen Leistungsrollenakteure. Dabei kennen nahezu alle Funktionssysteme neben individuellen Leistungsrollenakteure auch kollektive Leistungsrollenakteure, insbesondere in Form von Organisationen.[850] Verbände sind nur eine spezifische Erscheinungsform von Organisationen, welche wiederum eine spezielle Erscheinungsform von kollektiven Akteuren bilden. Wie noch zu zeigen sein wird, sind es insbesondere diese kollektiven Akteure, die die wesentlichen Struktur-, Prozess- und Ordnungsmerkmale eines sozialen Systems prägen bzw. festlegen.[851] Dies trifft auch für den DFB im Sportsystem zu: Als zentraler Verband an der Spitze einer Hierarchie der einzelnen Fußballvereine legt er nicht nur sportliche Regeln oder Teilnahmebedingungen von Sportler*innen zu Wettkämpfen fest, sondern regelt auch in den Stadionverbotsrichtlinien die einheitliche Regelung der Vergabe von Stadionverboten durch die Einzelvereine.[852] Hier deutet sich der zentrale soziale Konflikt an, der durch Stadionverbote ausgelöst wird: Durch die Stadionverbote werden bestehende Zuschauerverträge gekündigt bzw. keine neuen mehr mit den betroffenen Personen geschlossen. Ohne einen Zuschauervertrag ist eine Inklusion in der Publikumsrolle in das Sportsystem – zumindest teilweise – nicht mehr möglich, weil kein Zugang zum Fußballstadion als dem zentralen Interaktionssystem gewährt wird. Es kommt zu sozialer Exklusion.

Die Inklusionsfunktion des Vertrages kann an zwei in der Privatrechtswissenschaft diskutierten Phänomenen anknüpfen und ihnen weitere Kon-

849 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381).
850 Vgl. *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 44 f.
851 Siehe unten § 5 IV 2 b.
852 Siehe unten § 7 II.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tur verleihen: Bereits angesprochen wurde *Rehbinders* Iteration der gewandelten Vertragsfunktionen hin zu einer Stabilisierung von sozialen Rollen.[853] Die Inklusionsfunktion nimmt darauf Bezug[854] und liefert ein Komplementärstück auf der gesellschaftlichen Makroebene: Durch Verträge werde Personen in die sozialen Funktionssysteme inkludiert, wo sie bestimmte Rollen zugewiesen bekommen. Damit ist zugleich die Ausdifferenzierung[855] des Vertragsrechts angesprochen, also die Entwicklung spezieller Vertragstypen und Vertragsrechtsnormen. Man kann von „Sonderprivatrechten" sprechen.[856] Dies kann als Folge der stärkeren Berücksichtigung der unterschiedlichen Rollen von Privatrechtsakteur*innen angesehen werden.[857] Die Inklusionsfunktion kann eine theoretische Brücke zur Erklärung schlagen, warum sich das Vertragsrecht immer stärker ausdifferenziert: Weil sich die Gesellschaft an sich immer stärker ausdifferenziert und gleichzeitig die Inklusion in immer mehr soziale Funktionssysteme durch Verträge geregelt werden. Dadurch gerät auch das Vertragsrecht unter Druck, weil es die jeweiligen Rollenerwartungen teilsystemspezifisch verarbeiten muss.[858]

853 Siehe oben § 2 IV 3.

854 Bereits *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 14 spricht einleitend vom „Beitrag des Vertrages zur Integration des Einzelnen in das komplexe Beziehungsnetz moderner Gesellschaften", untersucht diese Inklusionsfunktion jedoch nicht. Da in seiner Untersuchung die Vertragsbeschreibung *Rehbinders* (siehe dazu oben § 2 IV 3) jedoch einen hohen Stellenwert einnimmt (S. 208 – 213), könnte die Aussage darauf bezogen sein.

855 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 212 spricht von einem partikularisierten Vertragsrecht, welches einem rollenstrukturierten Vertragsrecht entspreche.

856 Zu Sonderprivatrechten siehe *Hey*, in: FS Canaris II, 2017, S. 791.

857 Vgl. *Nagelmüller/Krafka*, JURA 2013, 762 (767.): „[J]e höher die Diskrepanz zwischen sozialen Rollen […] festgelegt wird, desto mehr Regelungsbedarf entsteht, sei es in Form neuer Normen und immer umfangreicherer Paragraphen, sei es in Form immer länger werdender höchstrichterlicher Entscheidungsketten."

858 Die Inklusionsfunktion kann dabei aber lediglich Ausdifferenzierungstendenzen erklären, die an Personen bzw. Rollen anknüpfen. Objektbezogene Ausdifferenzierungstendenzen, wie z.B. die §§ 327 ff. BGB für digitale Produkte, können damit nicht erklärt werden, vgl. dazu *Wendland*, ZVglRWiss 118 (2019), 191.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Abgrenzung zu anderen Topoi

a. Traditioneller Inklusionsbegriff im Recht

Die Begriffe der Inklusion und Exklusion tauchen vor allem im rechtlichen Diskurs, aber auch in anderen sozialwissenschaftlichen Diskursen mit einer abweichenden Bedeutung auf. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird er vor allem im Kontext des Gleichstellungsrechts[859] oder im Sozialrecht[860] in Bezug auf das Kriterium der Behinderung und meistens im Kontext von Bildung oder Erwerbsarbeit verwendet.

Damit spiegelt das positive Recht weitgehend die sozialwissenschaftlichen Diskurse, in denen es primär darum geht, Gelingensvoraussetzungen von Inklusion herauszuarbeiten.[861] Thematisch fokussieren sich diese ebenfalls auf das Kriterium Behinderung in den Systemzusammenhängen Bildung und Erwerbsarbeit. Der Begriff der Inklusion ist damit auf einen engen Personenkreis, von Menschen mit einer Behinderung, sowie auf zwei wesentliche soziale Kontexte, Bildung und Erwerbsarbeit, beschränkt. Über diese (wissenschaftliche) Bedeutungsebene hinaus kann Inklusion auch eine politische Forderung sein, mit der eine größere Teilhabe in unterschiedlichen Kontexten gemeint ist.[862]

Auch wenn zwischen den verschiedenen Bedeutungsebenen erhebliche Wechselwirkungen bestehen und aus wissenschaftlicher Sicht eine Zusammenführung der Begriffsebenen möglich erscheint,[863] sollen hier diese Begriffe jedoch streng differenzierungstheoretisch benutzt werden, was bedeutet, dass Inklusion und Exklusion immer teilsystemspezifisch betrachtet werden sollen. Eine solche Sichtweise schließt es aber nicht aus, einen besonderen Schwerpunkt auf bestimmte Funktionssysteme wie den Arbeitsmarkt oder das Bildungssystem zu legen, weil sich Exklusion aus diesen Bereichen unmittelbar auf die Exklusion aus anderen Systemzusammenhängen auswirkt.[864] Es überrascht daher nicht, dass der Topos der Inklusion in den oben genannten Bereichen – auch im Recht – thematisiert

859 *Poscher/Rux/Langer*, Von der Integration zur Inklusion, 2008; *Degener*, RdJB 2009, 200; *Tolmein*, ZRP 2014, 177 (178 – 180).
860 Statt aller *Jabben*, in: BeckOK, SGB IX, § 1 Rn. 3.
861 Vgl. *Ellger-Rüttgardt*, Inklusion, 2016; Dietze et al. (Hrsg.), Inklusion – Partizipation – Menschenrechte, 2020.
862 *Behrendt*, DZPhil 2019, 464 (466); vgl. auch *Collins*, 66 Modern Law Review 16, 21 f. (2003).
863 So der Ansatz von *Behrendt*, DZPhil 2019, 464 (485 f.).
864 *Stichweh*, Soziale Systeme 3 (1997), 123 (127 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

wird; es handelt sich dabei um teilsystemische Inklusionen, die auch zu weiteren Inklusionen führen. Damit handelt es sich um die zentralen sozialen Bereiche von Exklusion. Das Recht wurde in seinen darauf bezogenen Teilrechtsgebieten bereits für die Probleme sozialer Inklusion und Exklusion sensibilisiert und ggf. irritiert. Der hier verwendete Inklusions- und Exklusionsbegriff ist jedoch allgemeiner und nicht auf diese Bereiche beschränkt. Er ist allgemeiner, um das Recht auch für andere Inklusions- und Exklusionsphänomene zu sensibilieren.

b. Integrationsbegriff

Der hier verwendete Begriff Inklusion mit einer starken system- bzw. differenzierungstheoretischen Konnotation ist nicht mit dem soziologischen Topos Integration zu verwechseln. In der klassischen *Luhmann*'schen Systemtheorie verliert der Begriff Integration an eigenständiger – soziologischer – Bedeutung; Fragen der Integration stellen sich nicht mehr sinnvoll, weil nur noch die teilsystemische Inklusion Relevanz habe. Inklusion ist deckungsgleich mit Integration:[865] „‚Soziale' Integration wird zur abhängigen Variablen der differenzierten Teilsysteme und stellt keine eigenständige Ordnungsdimension mehr dar."[866]

In der zeitgenössischen Soziologie werden die beiden Begriffe jedoch wieder auseinandergehalten, um jeweils eigene Erkenntnisinteressen und Perspektiven zu betonen. Integration ist „ein Begriff für die wechselseitige Passung der Elemente eines sozialen Systems. Der Begriff kann einen Zustand der Integration meinen, der eingetreten ist, aber auch die Anstrengung, die jemand unternimmt, diesen Zustand zu erreichen."[867] Dieses Moment der „Passung" setzt die Inklusion als elementareren und formaleren Begriff voraus: Inklusion setzt lediglich die Adressierung einer Person durch die Funktionssysteme voraus, während Integration darüber hinaus entweder die „Passung" der Person innerhalb eines Funktionssystem oder die „Passung" der Funktionssysteme untereinander (Passung innerhalb der Gesamtgesellschaft) meint. Mit Inklusion wird nicht automatisch über Integration mitentschieden.[868] „Es gibt aber Probleme, die ein Eigenrecht und

865 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 618 f.
866 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (213).
867 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 65.
868 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eigengesetzlichkeiten aufweisen und die sich folglich nicht aus anderen Strukturprinzipien einfach ableiten lassen, sondern wo gerade die Wechselwirkungen verschiedener Strukturprinzipien in den Mittelpunkt treten müssen. Zu solchen Problemen mit einer Eigengesetzlichkeit gehört die soziale Integration."[869]

Man könnte damit sagen, dass die Frage der Integration die „Verklammerung" einzelner Inklusionen bildet.[870] Dabei gibt es unterschiedliche Ansätze, wie diese Verklammerung beschrieben wird: *Luhmann* konzentrierte sich noch – als rudimentäre Überbleibsel des Integrationsbegriffs – auf wechselseitige Abhängigkeiten einzelner Funktionssysteme,[871] während andere beispielsweise im Nationalstaat den wesentlichen Akteur für Integration erblicken.[872] Diese Frage spielt für diese Untersuchung jedoch keine Rolle. Gerade der formale Begriff der Inklusion als Begriff zur Strukturbeschreibung moderner Gesellschaften soll hier genutzt werden, um das Recht produktiv über seine soziale Einbettung zu informieren und irritieren.

Der Begriff der Integration hat zwar auch in jüngerer Zeit in der Rechtswissenschaft eine gewisse Aufmerksamkeit erfahren. Dabei geht es jedoch um migrationsphänomenologische Probleme, an die sich Fragen der gesellschaftlichen Integration anschließen, nicht um Inklusionsprobleme.[873] Integratives Recht ist dabei zwar primär das Asylrecht,[874] aber es gibt eine Vielzahl von Rechtsgebieten, in denen Migrations- und Integrationsprobleme verhandelt werden.[875] Integratives Recht spielt für diese Untersuchung keine Rolle, da hier das Erkenntnisinteresse auf die Responsivität des Rechts hinsichtlich Inklusionsprobleme gerichtet ist.

---

869 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (214).

870 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (215 f.).

871 Vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 618 f.

872 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211.

873 Daher auch die Definition Integrativen Rechts als „alle Regelungen, die ‚integrationsspezifische Sachverhalte' explizit oder implizit regeln." – so *Croon-Gestefeld*, in: Buchholtz/Croon-Gestefeld/Kerkemeyer (Hrsg.), Integratives Recht, 2021, S. 219 (220).

874 Vgl. *Stadler*, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, 2011, S. 31; der Begriff Integration verweist aus differenzierungstheoretischer Perspektive auf Effekte multipler Inklusion, siehe *H. Esser*, Zeitschrift für Soziologie, 2009, 358 (359).

875 Siehe *Croon-Gestefeld*, in: Buchholtz/Croon-Gestefeld/Kerkemeyer (Hrsg.), Integratives Recht 2021, S. 219 (226 – 231).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Inklusion als bisheriger Topos in der Privatrechtswissenschaft

Die bisherige Idee einer Inklusionsfunktion des Vertrages soll in diesem Abschnitt plausibilisiert werden, indem der Inklusionsbegriff im bisherigen Privatrechtswissenschaftsdiskurs aufgegriffen wird. Dabei lassen sich zwei Bereiche ausmachen, in denen Inklusion im hier verwendeten Sinne implizit oder explizit auftaucht: im Immaterialgüterrecht, insbesondere mit dem rechtstheoretischen Topos der Zugangsregeln, sowie in verschiedenen Spielarten im Nichtdiskriminierungsrecht.

1. Inklusion und Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht

a. Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht

In seiner Habilitationsschrift entwickelt *Dan Wielsch* das rechtstheoretische Konzept der Zugangsregeln. Zugangsregeln[876] seien ein notwendiges normatives Komplement der Einrichtung von subjektiven Rechten an Immaterialgütern, um so Wissensteilung zwischen sozialen Systemen (weiterhin) zu ermöglichen.[877] Aufbauend auf einer systemtheoretischen Differenzierungstheorie entwickelt *Wielsch* die These der Multilateralität bzw. Multifunktionalität von Immaterialgüterrechten:[878] Das Immaterialgüterrecht hat nicht nur Relevanz für die Funktionssysteme Recht oder Wirtschaft, sondern auch für die Wissens(re)produktion in Systemen wie der Kunst oder Wissenschaft. Indem aber das Recht durch Immaterialgüterrechte subjektive Rechte an einzelne Privatrechtsakteure verteilt, liegt die Bestimmungsmacht über die Wissensteilung in den Händen dieser einzelnen Akteur*in: „Damit greifen Schutzrechte in die Formen der Wissensteilung in anderen Sozialsystemen ein."[879]

Damit greift *Wielsch* die wechselseitige Abhängigkeit von subjektiven Rechten und ihren kollektiven Strukturen auf, die auch in dieser Arbeit betont wird: „Nach diesen Überlegungen besitzen subjektive Verfügungsrechte an Immaterialgütern einen hohen Stellenwert für die Operationsweise sozialer Funktionssysteme. Ihre Relevanz für die Autonomie des Einzelnen

876 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 50 – 66.
877 Prägnant *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 267.
878 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 32, 46.
879 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 41; ausführlich zu den institutionellen Formen dieser rechtlichen Zugangsbeschränkungen S. 42 – 50.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird damit nicht in Abrede gestellt. Im Gegenteil wird diese gerade vorausgesetzt, um für den Aufbau von Systemkomplexität ausnutzbar zu sein. Dennoch findet eine funktionale Perspektivierung subjektiver Eigentumsrechte statt: *Der Schutz subjektiver Rechte dient dem Schutz transindividueller Strukturen, auf die der Einzelne jedoch für sein eigenes autonomes Handeln angewiesen ist.* Individuelles Handeln und kollektive Ordnungen bedingen einander wechselseitig."[880] *Wielsch* untersucht darauf aufbauend verschiedene Rechtsinstitute darauf, inwieweit sie den Zugang zu einzelnen Funktionssystemen regeln bzw. regeln können.[881] Alle Erkenntnisse generalisiert er zu Elementen einer Rechtsverfassung der Wissensteilung.[882]

Der Inklusionsbegriff taucht bei *Wielsch* dabei nur am Rande auf.[883] Dies überrascht nicht: *Wielsch* interessiert sich primär für die strukturellen Kopplungen von Recht und anderen Funktionssystemen über Immaterialgüterrechte auf der Makroebene. Inklusion – im hier verstandenen Sinne als Berücksichtigung von Personen durch soziale Funktionssysteme – ist für ihn nur sekundär von Bedeutung, weil Wissensproduktion in den Funktionssystemen gerade über psychische Systeme (Personen) vermittelt wird.[884] Dennoch lassen sich aus seinem rechtstheoretischen Konzept der Zugangsregeln auch Verallgemeinerungen ableiten:[885] Die Ausübungen von subjektiven Rechten – für diese Arbeit relevant ist die Ausübung der Vertragsfreiheit – kann nicht nur Zugangsschranken zwischen Funktionssystemen auf der Makroebene aufrichten. Zugangsschranken kann das Recht primär zwischen Funktionssystemen und (individuellen) Privatrechtsakteur*innen errichten. Diesen Zusammenhang setzt *Wielsch* zumindest implizit voraus: Voraussetzung der Erweiterung des expliziten Wissens eines sozialen Systems ist die Inklusion einer (individuellen) Akteur*in in dieses System. Die Ausschließlichkeitsrechte von Immaterialgüterrechten erschwe-

880 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 47.
881 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 117 – 266.
882 Wielsch, Zugangsregeln, 2008, S. 267 – 282.
883 Beispielsweise *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 41.
884 *Wielsch*, Zugangsregeln 2008, S. 32 – 34; prägnant auf S. 271: „Neues Wissen wird *durch* den Einzelnen *in* transsubjektiven Prozessen erzeugt. Das Immaterialgut (das Werk, die Erfindung) ist eine qualifizierte Kommunikation im Rahmen eines sozialen Systems (Wissenschaft, Kunst). Die Variationsfähigkeit von Kommunikation in diesen Systemen hängt von der freien Aktualisier- und Anschließbarkeit des Systemwissens ab, was sich in eine dezentrale Nutzbarkeit von kommunikativen Artefakten oder von technischem Wissen durch psychische Systeme übersetzt."
885 Siehe auch unten zu Verallgemeinerungen im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts § 4 IV 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ren primär die Inklusion einer Person in andere Funktionssysteme (Kunst, Wissenschaft), weil sie individuell nicht auf das gespeicherte Wissen eines bestimmten Immaterialgüterguts zugreifen kann. Die erschwerte Wissensteilung auf der Makroebene ist dann „nur" Folge einer erschwerten Inklusion.

Was bedeutet das für diese Untersuchung des Vertrages? Folgt man bisher der Idee einer Inklusionsfunktion des Vertrages kann die Ausübung der Vertragsfreiheit – insbesondere in Form der Abschlussfreiheit – Zugangsbeschränkungen zu sozialen Systemen aufstellen. Die Ablehnung eines Antrags bzw. die Kündigung eines bestehenden Vertrages führt dazu, dass die Inklusion in ein Funktionssystem durch den Vertrag zumindest erschwert wird. So wie das Recht durch die Zuteilung der Vertragsfreiheit in Form subjektiver Rechte solche Zugangsbarrieren aufrichtet, kann es jedoch auch Zugangsregeln schaffen, welche die Inklusion (wieder) ermöglichen.

Wielsch weist zudem speziell auf die Bedeutung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Rahmen seiner normativen Rechtsverfassung der Wissensteilung hin: Die Aktivierung des Gleichheitssatzes ermögliche, nutzungsabhängige Freiheiten zu gewährleisten.[886] Er verweist dabei auf frühe privatrechtswissenschaftliche Ansätze,[887] die die Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrecht damit begründet haben, dass Privatrechtsakteure von anderen Privaten „irgendwie abhängen" und es damit zu verschiedenen Formen der Angewiesenheit kommt. Auf die Bedeutung des Gleichheitssatzes als Zugangsregel wird auch in dieser Arbeit noch zurückzukommen sein.[888]

b. Inklusive Immaterialgüterrechte

Während es *Wielsch* mit seiner rechtstheoretischen Re-Konstruktion des Verhältnisses von immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten und der gesellschaftlichen Wissensteilung primär um Zuordnungsfragen auf der gesellschaftlichen Makroebene geht, schlägt *Anna Rogler* ausdrücklich die semantische Brücke zum Inklusionsbegriff. Aufbauend auf der Beobachtung, dass „[o]bwohl der Public Domain und dem Prinzip des offenen Zugangs seit den letzten Jahren vermehrt Aufmerksamkeit gewidmet

886 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 282.
887 Ausdrücklich verweist *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 282 auf *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1948], S. 1 (12 – 14).
888 Siehe unten § 9 IV, V 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird, spielt das Zugangsinteresse der Allgemeinheit zu immateriellen Gütern im Vergleich zu dem Schutzrechtsinteresse der Eigentümer im Zusammenhang mit den politischen Vorgaben zur Informationsgesellschaft immer noch eine eher untergeordnete Rolle."[889] Während Zugangs- und Nutzungsregeln von und zu immateriellen Gütern eine Art Fremdkörper im deutschen Privatrecht bilden,[890] bilde das exklusive Recht, also andere von der Nutzung auszuschließen, das Herzstück des Immaterialgüterrechts.[891]

Für *Rogler* ist das Immaterialgüterrecht mit der Exklusionsdimension nicht adäquat beschrieben. Insbesondere bei Gemeinschaftsgütern und gemeinfreien Gütern werde das immaterialgüterrechtliche Prinzip der Ausschließlichkeit ins Gegenteil umgekehrt (Inklusion statt Exklusion):[892] Gemeinfreie Güter und Gemeinschaftsgüter[893] seien primär auf Zugang und gerade nicht auf den Ausschluss von Nutzern angelegt.[894] *Rogler* schlägt daher im Kontext der Public-Domain-Forschung das „normativ-positive" Konzept des „inklusiven Rechts" vor, um den freien Zugang zu gemeinfreien Ressourcen und Gemeinschaftsgütern abzusichern:[895] „Inklusive Rechte sind symmetrisch bestehende, durchsetzbare, positive Zugangsregeln, die Nutzern uneingeschränkten Zugang und Nutzung von gemeinfreien Ressourcen zuerkennen, wodurch Inklusion systemspezifisch aufrechterhalten und auf diese Weise eine breitgefächerte Freiheit der Nutzer hervorgerufen wird."[896] Ihr Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, die Bedeutung von Inklusion neben klassischer Exklusion im Immaterialgüterrecht aufzuzeigen.[897] Dazu greift sie u.a. auch auf rechtsphilosophische Re-Konstruktionen des Eigentumsbegriffs zurück und zeigt aufbauend auf *Hanoch Dagans* „*right to be included*"[898] auf, dass dem Eigentumsbegriffs auch regelmäßig eine inklusive Dimension zukommt.[899]

889 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 12 u.a. unter Verweis auf *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, S. 1.
890 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 13; vgl. auch *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 6.
891 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 13.
892 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 14.
893 Zum Unterschied *Peukert*, Gemeinfreiheit, 2012, S. 46 – 49.
894 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 14.
895 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 15.
896 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 99.
897 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 21.
898 *Dagan*, Tel Aviv University Law Faculty Papers 109 (2009), S. 13 – 19.
899 Rogler, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 89 – 95.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zwar verwendet *Rogler* den Begriff der Inklusion. Ihr geht es mit dem Fokus auf Immaterialgüterrechte aber lediglich um inklusive Rechte als Nutzungsrechte (Nutzungsfreiheit) an gemeinfreien Gütern oder Gemeinschaftsgütern. Der Rahmen ihres Inklusionsbegriffs ist damit eng an bestimmte Erscheinungsformen von Immaterialgütern geknüpft. Dennoch zeigt auch ihre Untersuchung: Recht kann sowohl Inklusionsbarrieren errichten als auch Zugangsregeln schaffen. Auch wenn *Rogler* Inklusion nicht im hier verwendeten Sinne der Berücksichtigung von Personen durch die Funktionssysteme versteht, führen inklusive Immaterialgüterrechte – um an *Wielschs* Überlegungen anzuknüpfen – ebenfalls zu einer teilweisen bzw. leichteren Inklusion einzelner Personen in Funktionssysteme wie Wissenschaft oder Kunst. Inklusive Rechte an Immaterialgütern sichern die Wissensteilung in den Funktionssystemen dadurch ab, indem auch einzelne Personen auf bestimmte Immaterialgüter zugreifen können, und somit an weiteren sozialen Kommunikationsprozessen partizipieren können.

In ihrer Auseinandersetzung mit verschiedenen rechtsphilosophischen Ansätzen für inklusive Rechte geht es *Rogler* um die privatrechtliche Grundinstitution des Eigentums.[900] Aber nicht nur die Institution des Eigentums weist im Kontext von Immaterialgüterrechten eine inklusive Dimension auf, sondern auch der Vertrag. Deutlich wird dies bei der Frage des inklusiven Zugangs zu Open Source Software[901]. *Rogler* definiert dabei „*copyleft*"-Software als spezielle Form der Open Source Software, die bei der Lizensierung eine sog. *copyleft*-Klausel enthält.[902] Bei der *copyleft*-Lizenz handelt es sich um einen Vertrag,[903] der es den Nutzern ermöglicht, einen Quellcode in größere Programme zu integrieren oder zu modifizieren und weiterzuentwickeln. Diese Lizenz wird aber nur unter der Bedingung (*copyleft*-Klausel) gewährt, dass der Nutzer den modifizierten Quellcode unter den gleichen, freien Bedingungen wie die Ursprungssoftware vertreiben muss.[904] Daher spricht *Rogler* der *copyleft*-Lizenz auch eine

900 Vgl. *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 100 – 158.

901 Zum Begriff und der (wirtschaftlichen) Bedeutung von Open Source Software *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2020, S. 1 – 19.

902 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 45 f.

903 So auch *Lehmann/Spindler*, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2021, § 82 Rn. 76; ausführliche Diskussion bei *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 220 – 226, den schlussendlich auch eine Qualifizierung als gegenseitiger Lizenzvertrag überzeugt; eingehend zu verschiedenen Vertragskonstellationen im Kontext Freier Software *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2020, S. 192 – 232.

904 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

inklusive Dimension zu: Gerade durch den Lizenzvertrag bzw. dessen konkrete Gestaltung mit einer *copyleft*-Klausel, die die freie Verbreitung von Weiterentwicklungen und Bearbeitungen sichern soll, entstehen inklusive Nutzungsberechtigungen.[905] Begreift man damit mit *Wielsch* und *Rogler* Immaterialgüterrechte als eine besondere Form der strukturellen Kopplung nicht nur zwischen einzelnen Funktionssystemen (Recht, Wirtschaft und insbesondere Kunst/Wissenschaft), sondern auch als strukturelle Kopplung zwischen Personen (psychische Systeme) und diesen Funktionssystemen, dann hat auch die Institution des Vertrages eine inklusive Dimension, wenn der Zugang zu Immaterialgüterrechten vertraglich geregelt und gewährleistet wird.

Wie bei *Wielsch* deutet sich auch bei *Rogler* die Bedeutung gleichheitsrechtlicher Institute für die dogmatische Absicherung inklusiver Rechte ab. Zwar geht es ihr ausdrücklich nicht darum, das Konzept inklusiver Rechte (als rechtstheoretischen Begriff) in konkrete dogmatische Zugangsrechte zu überführen.[906] Übersetzt man in weiteren Arbeiten dieses Konzept jedoch in rechtsdogmatische Begriffe, werden wahrscheinlich gleichheitsrechtliche Institute eine zentrale Rolle spielen, da es bei inklusiven Rechten entscheidend auf einen symmetrischen, also gleichen, Zugang aller Nutzer zu einem inklusiven System ankomme.[907]

2. Inklusion und Nichtdiskriminierungsrecht

a. Soziale Inklusion als Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts

Noch stärker als im Immaterialgüterrecht wird der Gedanke der sozialen Inklusion im Nichtdiskriminierungsrecht diskutiert. Relativ früh ist im Nichtdiskriminierungsrecht über sein Ziel gestritten worden.[908] *Collins* arbeitete heraus, dass das Nichtdiskriminierungsrecht zwar eine starke, wenn nicht sogar dominante, gleichheitsrechtliche Komponente aufweist. Diese kann jedoch das Nichtdiskriminierungsrecht nicht vollständig erklären, da oftmals eine unterschiedliche Behandlung gefordert wird.[909] Für ihn zeich-

905 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 62.
906 Deutlich *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 159 f.
907 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 96 f.
908 Einen Überblick gibt *Grünberger*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, S. 79 (87 – 120).
909 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (16 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

net sich das Nichtdiskriminierungsrecht durch eine Spannung zwischen dem Prinzip der (formalen) Gleichbehandlung und „*substantiv conceptions of equality*" aus, wobei er mit dem zweiten Begriff das Ziel meint, eine gleichere Verteilung der Wohlfahrt oder Ressourcen zwischen allen Bürger*innen zu erreichen.[910] Sein Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, dieses schwierige Verhältnis zwischen beiden Konzepten aufzulösen, u.a. indem er versucht zu konkretisieren, welches materielle Gleichheitsverständnis dem Nichtdiskriminierungsrecht zugrunde liegt.

Für *Collins* lassen sich die Konstellationen, in denen der (formale) Gleichbehandlungsgrundsatz nicht angewendet wird, am ehesten mit Formen distributiver Gerechtigkeit erklären. Die relevante Frage ist dann aber, worauf diese Distribution gerichtet ist.[911] Da ihn insbesondere Deutungen von „*equality of opportunity*" nicht überzeugen, findet er in den legislativen Begründungen einen Anknüpfungspunkt: soziale Inklusion (neben ökonomischen Vorzügen).[912] Diskriminierungen führen regelmäßig zu sozialer Exklusion – in welchen Formen auch immer.[913] Diese Exklusionen sollen mit Inklusion durch das Nichtdiskriminierungsrecht gemindert werden. Zwar stellt hier *Collins* vor allem auf ein politisches Verständnis von Inklusion[914] ab, doch dieses ist bei ihm so allgemein, dass es dem hier vertretenen differenzierungstheoretischen Verständnis nahekommt:

> „*The category of the socially excluded is more precise than those suffering from economic poverty. The group of the socially excluded is defined rather as people who are effectively prevented from participating in the benefits of citizenship or membership of society owing to a combination of barriers, of which poverty is merely one. Other barriers include poor educational opportunities, membership of a disfavoured racial minority, an inaccessible location, responsibility for family dependants, or, more commonly a combination of such factors.*"[915]

910 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (18).
911 Siehe zu diesem zentralen Problem bereits oben im Kontext der Vertragsfunktionen § 3 III 3.
912 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (21); *Grünberger*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (94 f.) identifiziert in der Rspr. des EuGH zutreffend die von *Collins* angeführten Aspekte sozialer Inklusion.
913 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (21).
914 Siehe dazu bereits oben § 4 III.
915 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (22).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Collins begreift soziale Inklusion als ein Ziel bzw. Prinzip von (distributiver) Gerechtigkeit,[916] das neben materiellen Aspekten auch immaterielle Elemente wie Möglichkeiten der Partizipation am sozialen Leben wie Bildung, Politik, kulturellen Aktivitäten oder Arbeit umfasst.[917] Interessant ist dabei, dass er diese Elemente eines „*well-being*" zunächst objektivierend denkt, weil es ganz spezifische Aktivitäten wie Arbeit, Bildung oder Kultur identifiziert, die objektiv wichtiger seien als andere Aktivitäten; zugleich aber auch subjektiv, weil es einzelnen Personen freisteht, zwischen diesen Aktivitäten zu wählen und ihre Ziele in Bezug auf jede dieser Aktivitäten zu wählen.[918]

Soziale Inklusion setzt voraus, dass soziale Institutionen reguliert werden.[919] Dies ist der Zusammenhang von sozialer Inklusion und dem Nichtdiskriminierungsrecht, da es – neben direkten bzw. unmittelbaren Diskriminierungen – auch strukturelle Diskriminierungen mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung adressiert. *Collins* versteht unter strukturellen Diskriminierungen Strukturen und Muster bestehend aus permanenten Arrangements, Praktiken, Institutionen und sozialen Strukturen, die eine bestimmte Gruppe von Personen unverhältnismäßig und dauerhaft in eine schlechtere soziale Position rücken.[920] Das soziale Feld der Arbeit bildet dabei das Hauptgebiet des Nichtdiskriminierungsrechts, weil durch das Einkommen eine materielle Grundlage für soziale Inklusion auch in anderen Bereichen geschaffen werden kann. Dies erklärt jedoch noch nicht – so *Collins* –, warum dieses Ziel durch die Ermöglichung von Verträgen erreicht werden soll und nicht über Steuern oder Geldleistungen durch den Staat:

> „*What is required in addition is an explanation why the distribution of the jobs themselves matters, not just the economic benefits flowing from them.*"[921] Und weiter: "*The problem of social exclusion is that some groups*

916 Ausdrücklich *Collins*, Mod. L. Rev. 2003, 16 (22); inhaltlich stimmt dem auch *Grünberger*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (112 f.) mit der Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts als Kompatibilitätsnorm zu – er kritisiert jedoch die ausschließliche Begründung des Nichtdiskriminierungsrechts über Argumente distributiver Gerechtigkeit und sozialer Ordnung bzw. Stabilität.

917 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (23).

918 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (23 f.).

919 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (25).

920 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (26).

921 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (29).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

> *in society are denied the opportunity to participate in the mechanisms offered by society through which they may establish meaning for their lives, the connections of a community, and a sense of self-respect. Work provides for most people one of the principal mechanisms for constructing meaning, community, and status. Redistributive welfare programmes, though important for the relief of economic hardship, cannot tackle except at the margins the problem of social exclusion. Social inclusion thus provides an argument for targeting access to employment as the primary concern of discrimination laws. It explains why access to jobs should be the principal target of discrimination laws.*"[922]

Damit greift *Collins* Überlegungen auf, die auch differenzierungstheoretische Konzepte von Inklusion betonen: Sozialstaatliche Sicherungsinstrumente können nur Teilaspekte sozialer Exklusion auffangen. Da Inklusion jedoch teilsystemspezifisch erfolgt, kann soziale Inklusion zu spezifischen sozialen Systemen – im Kontext der Arbeit das Wirtschaftssystem, möglicherweise eine damit verbundene Leistungsrolle in einem anderen Funktionssystem sowie auf der Mesoebene die Mitgliedschaft in der Organisation eines Unternehmens – auch nur spezifisch in Bezug auf dieses System mit den systemeigenen Zugangsinstrumenten erfolgen. Wenn in der modernen Gesellschaft Arbeit und Beruf vor allem Erwerbsarbeit – insbesondere als Arbeitnehmer*in – heißt, dann bedeutet der Zugang zur Arbeit aber auch gleichzeitig den Zugang zu einem Arbeitsvertrag. Nach *Collins* erlaubt der Topos der sozialen Inklusion eine Rechtfertigung für die rechtliche Regelung bestimmter Bereiche und der Typen der Benachteiligungen.[923] Ein differenzierungstheoretisches Verständnis erlaubt daran anknüpfend eine noch präzisere Beschreibung der Bereiche (soziale Systeme) sowie der Typen der Benachteiligung (strukturelle, systemische Zugangs- bzw. Inklusionsbarrieren).

b. Soziale Inklusion durch Zugang zum Vertrag

Den Gedanken sozialer Inklusion – mit einem Fokus auf Verträgen – greift *Lauber* auf. Dabei stellt sie – ähnlich wie *Collins* – primär Gerechtigkeitsüberlegungen an, die jedoch bei näherer Betrachtung implizit auf differen-

922 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (29).
923 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (30).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zierungstheoretische Aspekte sozialer Inklusion aufbauen. Ziel ihrer Untersuchung ist die Legitimation von Diskriminierungsverboten im Privatrecht. Da sich private Diskriminierungsverbote im Vertragsrecht befinden, greift sie auf verschiedene Konzeptionen von Gerechtigkeit im Vertragsrecht zurück, aus denen sich Diskriminierungsverbote ableiten lassen.[924] Dabei entwickelt sie den Begriff der „Vertragszugangsgerechtigkeit". Ausgangspunkte sind dabei prozedurale Sichtweisen auf den Vertrag, die – wie z.B. *Schmidt-Rimpler* – den Vertragsmechanismus selbst als Erzeugung von Gerechtigkeit ansehen:[925] Durch Aushandeln wird ein (formal) gerechtes Ergebnis erzielt.

An dieser Stelle wendet sie überzeugend ein, dass diese Gerechtigkeitskonzeptionen an ihre Grenzen gelangen, wenn eine Person erst gar nicht in eine Position kommt, einen Vertrag auszuhandeln, da hier der Prozess, der für Richtigkeit, Fairness und Gerechtigkeit sorgen soll, überhaupt nicht in Gang gesetzt wird. Dies adressiere das Nichtdiskriminierungsrecht: Das Nichtdiskriminierungsrecht gewähre Zugang zum Vertragsmechanismus; sie spricht dann von der Vertragszugangsgerechtigkeit aus der Perspektive der potentiellen Vertragspartei.[926] Mit dem Begriff der Vertragszugangsgerechtigkeit reagiert sie auf Schwachstellen der Konzepte formaler und materieller Vertragsfreiheit. Die klassische Idee der formalen Vertragsfreiheit stellt auf die formale Gleichheit der Vertragsparteien ab und sei damit auf eine bipolare Situation zugeschnitten: „Sie ignoriert die Ungleichheit zwischen mehreren potentiellen Vertragspartnern, weil sie nur auf die prozedurale Gerechtigkeit einer bipolaren Beziehung zugeschnitten ist."[927] Aber auch „moderne Interpretationen der Vertragsgerechtigkeit"[928] – gemeint ist materiale Vertragsfreiheit im Sinne tatsächlicher Selbstbestimmung – können die Situation einer Diskriminierung bereits bei Vertragsschluss nicht adäquat abbilden, da sie sich auf die Probleme eines bereits bestehenden Vertrages konzentrieren.

Mit Argumenten der Vertragsgerechtigkeit sowie der Materialisierung des Vertragsrechts weist *Lauber* somit darauf hin, dass das Kernproblem privatrechtlicher Diskriminierungsverbote innerhalb der Vertragsabschlussfreiheit zu verorten ist. Es geht also darum, mit Hilfe des Nichtdis-

924 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 105 – 147.
925 Siehe dazu auch oben § 3 III 2.
926 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 118.
927 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 119.
928 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 119.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

kriminierungsrechts, Zugang zu Verträgen zu erhalten. Dies konstruiert *Lauber* als Forderung der (Vertragszugangs-)Gerechtigkeit.

c. Nichtdiskriminierungsrecht und politische Inklusion

Der Inklusionsgedanke taucht zentral in der Monographie von *Mangold* „Demokratische Inklusion durch Recht" auf. Ziel ihrer Untersuchung ist eine verfassungstheoretische Rekonstruktion privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Im Fokus steht dabei die Legitimation des Nichtdiskriminierungsrechts, wobei mit Legitimation der Schutzzweck von diskriminierungsrechtlichen Regelungen gemeint ist.[929]

Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist die Diskurstheorie (allgemein) und die deliberative Demokratietheorie (im Besonderen) von *Habermas*.[930] Danach wird das politisches System[931] grundsätzlich von anderen sozialen Systemen getrennt; allerdings haben die Inklusions- und Interaktionsordnungen der übrigen sozialen Systeme unmittelbare Auswirkung auf das politische, demokratische System: „Wie sich Bürger*innen in der gesellschaftlichen Sphäre behandeln, ist unmittelbar relevant für die deliberativen demokratischen Interaktionen. Aus den öffentlichen Deliberationen in der Gesellschaft speisen sich über verschiedene Kanäle die politischen Entscheidungen in den institutionalisierten demokratischen Verfahren (‚Schleusenmodell der Demokratie'). Die gesellschaftliche Begegnung der Bürger*innen formt die Öffentlichkeit, in der demokratische Deliberationen stattfinden."[932]

Das privatrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht hat für *Mangold* die Funktion, „für bestimmte besonders relevante Bereiche im Privatrecht der rechtlichen Umgestaltung von tatsächlich exkludierenden gesellschaftlichen Verhältnissen hin zum Ideal demokratischer Gleichheit" zu verhelfen.[933] Zentrale These ist, dass das „Antidiskriminierungsrecht die Voraussetzungen von öffentlicher Deliberation in der Demokratie absichert, indem es die Möglichkeit gleichrangiger demokratischer Begegnung von Bürger*in-

929 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 3.
930 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 27 – 32, 41, 376 – 397.
931 Für eine kohärente Terminologie werden die diskurtheoretischen Überlegungen hier in eine differenzierungstheoretische Terminologie überführt.
932 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 40.
933 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen auf Augenhöhe schafft."[934] Indem intentionalen und strukturellen Exklusionen in den übrigen gesellschaftlichen Teilbereichen entgegengetreten wird, ermögliche das Antidiskriminierungsrecht die Chance auf gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Diskurs – und somit die Inklusion in das politische System (Ermöglichungsfunktion).[935]

Auch an Private gerichtetes Antidiskriminierungsrecht sei Ermöglichungsbedingung für die demokratische Begegnung von Gleichen und Freien, wobei ein Wechselverhältnis von demokratischem Staat und privater Gesellschaft mitgedacht wird.[936] „Die ‚private' Diskriminierung einer Person hat Auswirkungen auf ihre ‚öffentliche' Position. […] Wenn privat die gleichrangige, diskriminierungsfreie Behandlung verweigert wird, wenn also privat Diskriminierung geschieht, so hat dies Auswirkungen auf die öffentliche Autonomie der Betroffenen wie aller anderen Mitglieder dieser Gesellschaft."[937]

Mangold rekonstruiert im Wesentlichen das Nichtdiskriminierungsrecht als Inklusionsinstrument. Dabei beschränkt sie sich jedoch auf das politische System, welches vom demokratisch verfassten Staat aus gedacht wird. Im Zentrum von *Mangolds* Ausführungen stehen damit Überlegungen zur Inklusion in das politische System. Diese Inklusion wird jedoch mit der Inklusion in andere gesellschaftliche Teilsysteme verknüpft, weil der deliberativen Diskurstheorie *Habermas* gefolgt wird: Eine öffentliche demokratische Deliberation (Inklusion in das politische System) sei dann möglich (bzw. besser möglich), wenn Personen in anderen Systemen inkludiert sind. *Mangold* geht es in ihren Überlegungen also ausschließlich um die Inklusion in das (demokratische) System Politik. Dabei setzt sie jedoch Inklusion in andere soziale gesellschaftliche Funktionssysteme voraus;[938] diese werden vom privatrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht erfasst. Somit ermöglicht ein spezielles Rechtsgebiet – das Nichtdiskriminierungsrecht – nicht nur (demokratische) Inklusion in das politische System, sondern vorgelagert auch in andere gesellschaftliche Teilbereiche.

934 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 397 f.
935 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 397 – 403.
936 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 405 – 417.
937 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 415.
938 Dies wird teilweise dadurch verdeckt, dass *Mangold* die anderen gesellschaftlichen Funktionssysteme auf ein marktwirtschaftliches Aufeinandertreffen der Privatrechtsakteur*innen reduziert.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts

Damit könnte auf den ersten Blick diese Untersuchung bereits an ihrem Ende sein. Das Nichtdiskriminierungsrecht reagiert auf soziale Exklusionsphänomene in der Umwelt des Rechts und kann so für soziale Inklusion sorgen. „Das Nichtdiskriminierungsrecht sichert den gleichen Zugang zu allen Funktionssystemen der Gesellschaft."[939] Dies wird auch aus differenzierungstheoretischer Reflexionsperspektive bestätigt: Diskriminierungen können als spezifische Marker beschrieben werden, nach denen Inklusion und Exklusion in den jeweiligen Funktionssystemen der Gesellschaft geregelt werden.[940] Eigentlich dürfte es solche diskriminierenden Inklusionsregeln auf der gesellschaftlichen Makroebene nicht geben, weil alle Funktionssysteme auf eine möglichst breite Inklusion aller psychischer Systeme – also Menschen[941] – ausgelegt sind. Inklusion findet in Idealform nur nach der durch die binäre Kodierung und das spezifische Kommunikationsmedium relevante Rationalität statt: Wer Geld hat, wird in das Wirtschaftssystem inkludiert. Wer zur Wahrheitssuche beiträgt, wird in das Wissenschaftssystem inkludiert. Wer die entsprechenden Leistungen zeigt, hat keine Probleme über den Arbeitsmarkt in das Wirtschaftssystem (Lohn) und in spezifische Leistungsrollen (beispielsweise als Erzieher in das Bildungssystem oder als Managerin in Organisationssystemen) inkludiert zu werden. Dennoch finden sich insbesondere auf der Mesoebene Strukturen, die Exklusionsstrukturen errichten, die quer zu diesen Inklusions-/ und Exklusionsregeln liegen. Das Nichtdiskriminierungsrecht greift dies u.a. über die Dogmatik zur mittelbaren Diskriminierung[942] auf, mit deren Hilfe primär strukturelle Diskriminierungen[943] abgebaut werden können. Das Nichtdiskriminierungsrecht reagiert damit sowohl rechtlich als auch politisch auf Irritationen in den einzelnen Funktionssystemen, die durch das Aufeinandertreffen von idealtypischen Inklusionserwartungen in der funktional differenzierten Gesellschaft und real existierenden Exklusionsstrukturen ausgelöst werden. Diese Beschreibung des Nichtdiskrimi-

939 *Grünberger*, NJW 2021, 2517 (2517).
940 Vgl. *Scherr*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 35 (42 f.).
941 Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 34 f. Fn. 90 zu der hier nicht notwendigen analytischen Unterscheidung von Mensch, Bewusstsein und psychischem System.
942 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 657 – 661; *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461 (477).
943 Zu den Begriffen struktureller und institutioneller Diskriminierung eingehend *Gomolla*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 61 (64 – 81).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

nierungsrechts kann auch dogmatisch verarbeitet werden, um so seine Funktion(en) zu effektivieren.[944]

Allerdings zeigen sowohl der Inklusionstopos im Immaterialgüterrecht als auch die hier präsentierten Fälle der Gesellschaft – allen voran der Stadionverbotsfall –, dass es über die durch das Nichtdiskriminierungsrecht adressierten Exklusionsphänomene hinaus Fälle gibt, in denen gesellschaftliche Exklusionsstrukturen auf normative Erwartungen der Inklusion treffen. Im Immaterialgüterrecht ist es der Grundsatzkonflikt zwischen (wirtschaftlicher) Verwertbarkeit, die weitgehende Exklusivität verlangt, und der Verfügbarkeit von in Immaterialgütern gespeichertem gesellschaftlichen Wissen für unterschiedliche soziale Systeme, welche einen offenen Zugang in Form von z.B. Urheberrechtsschranken[945] oder Gemeingebrauch nahelegen. Die Begriffe des Immaterialgüterrechts sind aber – so banal dies klingen mag – auf Immaterialgüter beschränkt. Der Stadionverbotsfall hingegen offenbart, dass das Recht oft nicht über die notwendigen dogmatischen Strukturen und Operationen verfügt, um alle sozialen Exklusionen rechtsintern verarbeiten zu können. Um dies klarzustellen: Dabei geht es nicht darum, dass diese sozialen Exklusionen durch das Recht zwingend unterbunden werden müssen und so das Recht zu sozialer Inklusion verhelfen muss. Es geht darum, dass das Recht über Strukturen und Operationen, Modelle und Begriffe verfügt, mit deren Hilfe der soziale Konflikt überhaupt erst im Recht abbildbar gemacht werden kann, um dann in einem weiteren Schritt die Frage der Legalität oder Illegalität von sozialer Exklusion rechtsintern zu beantworten.

Nicht nur das Immaterialgüterrecht, sondern auch das Nichtdiskriminierungsrecht[946] unterliegt starken Limitierungen. Dies fängt bereits bei der Zielbestimmung[947] des § 1 AGG an, wonach „nur" Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen

944 So der Ansatz von *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020.

945 Zu den Funktionen der Schranken *Wandtke*, in: ders./Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 2022, Einleitung Rn. 17 f.

946 Im Weiteren soll das Nichtdiskriminierungsrecht analytisch auf seine deutschen Ausprägungen, insbesondere das AGG und Art. 3 Abs. 3 GG, reduziert werden. Zu genuin unionsrechtlichen Ansätzen siehe beispielsweise *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018; *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020.

947 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 1, 12.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Identität zu verhindern oder zu beseitigen sind. Auch Art. 3 Abs. 3 GG ist auf Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat bzw. Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung sowie einer Behinderung beschränkt. Diskriminierungsverbote knüpfen damit an Kriterien an, die besonders eng mit der Persönlichkeit von Individuen verbunden sind.[948] Diese Merkmale werden als gesellschaftliche Exklusionsmarker verwendet und bestimmten Personen zugeschrieben, wodurch gesellschaftliche Gruppen (Männer und Frauen; Weiße und People-of-Color) gebildet werden. Dadurch können Statushierarchien („wir" gegen „die anderen") entstehen, welche durch Diskriminierungsverbote aufgebrochen werden sollen.[949] Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht folgt damit einem selektiven Ansatz, der vor dem Grundsatzproblem der Festlegung der vom ihm erfassten Anknüpfungskriterien steht.[950] Die Auswahl der derzeit festgelegten Kriterien lässt sich auf eine politische Wertentscheidung zurückführen.[951] Diese Auswahl ist abschließend, was bedeutet, dass das geltende spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nicht in analoger Anwendung dazu genutzt werden darf, auch auf andere Diskriminierungsgründe hin ausgeweitet zu werden.[952] Auch moderne Ansätze, die das geltende Nichtdiskriminierungsrecht hin zu einem postkategorialen Nichtdiskriminierungsrecht[953] weiterentwickeln wollen, können den selektiven Ansatz nicht gänzlich aufbrechen. Primäres Anliegen des postkategorialen Nichtdiskriminierungsrechts ist das Aufbrechen fester Kategorien, denen sich eine Person – wenn sie den Schutz des Nichtdiskriminierungsrechts genießen möchte – zuschreiben muss, was soziale Kosten verursacht.[954] Es geht nicht unbedingt darum, die sozialen Ursprünge von Diskriminierungen über die stark an der Persön-

948 Zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen des individualschützenden Nichtdiskriminierungsrechts *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, 2014, S. 45 – 58.

949 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 530 – 534; dies übernehmend Baumgärtner, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 12.

950 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 529; *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 58.

951 *Däubler*, in: HK-AGG, § 1 Rn. 7; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 1 Rn. 6 f.; vgl. auch *Bielefeldt*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 21 (26 – 29); *Baer/Markard*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 387 f.

952 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 58; EuGH, Urt. v. 11.07.2006, C-13/05 – *Chacón Navas*; BGH, NZG 2012, 718 Rn. 9; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 1 Rn. 59; *Däubler*, in: HK-AGG, § 1 Rn. 6.

953 Instruktiv dazu *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 204.

954 Vgl. dazu *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 204 (204 f., 208).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeit ausgerichteten Ungleichbehandlungen auf andere Konstellationen auszudehnen. Damit sind Funktion und Struktur des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts auf spezifische Kriterien und damit nur auf spezifische Exklusionsregeln in der Gesellschaft beschränkt.

Darüber hinaus ist das positive Nichtdiskriminierungsrecht in einer weiteren Hinsicht über den sachlichen Anwendungsbereich strukturell beschränkt. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG werden Benachteiligungen primär in beschäftigungsrechtlichen Kontexten adressiert. Damit werden Exklusionsregeln aufgebrochen, die hinsichtlich Leistungsrollen in allen Funktionsbereichen der Gesellschaft gelten. Doch das Nichtdiskriminierungsrecht geht mit einem allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsgebot darüber hinaus, §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8, 19 Abs. 1 AGG. Dabei handelt es sich um einen kombinierten Anwendungsbereich, weil § 19 Abs. 1 AGG die Sachbereiche von § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG durch zusätzliche Anforderungen einschränkt.[955] Differenzierungstheoretisch übersetzt, werden damit Exklusionsregeln thematisiert, die insbesondere Publikumsrollenträger*innen adressieren: Unter den Sozialschutz (Nr. 5) fallen u.a. Dienstverträge zwischen Kassenpatienten und Vertragsärzten bzw. mit Krankenhäusern,[956] also die Inklusion in das Gesundheitssystem als Patient*in. Eine weitere strukturelle Kopplung besteht zum Bildungssystem (Nr. 7), solange die Inklusion der Publikumsrolle privatrechtlich organisiert ist. Darüber hinaus werden Inklusionen in das Wirtschaftssystem als Konsument*in ermöglicht (Nr. 8). Die allgemein gehaltene Formulierung „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen" ermöglicht jedoch auch Inklusion in ganz andere soziale Funktionssysteme, bei denen der Zugang – meist vertraglich – entgeltlich geregelt ist: Praktisch relevant wurde insbesondere der Zugang zu Konzerten (Inklusion in das Kunstsystem)[957] oder zu Fitnessstudios (Inklusion in das Sportsystem).[958] Während damit § 2 AGG sachliche viele, wenn nicht sogar alle Funktionssysteme der Gesellschaft erfasst, ist das in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG genannte einschränkende Merkmal des Massengeschäfts – und hier insbesondere der Aspekt „ohne Ansehen der Person" – besonders problematisch.[959] Hier können Tendenzen in der

955 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 2 Rn. 51; *Mörsdorf*, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 28; so auch LG Köln, NJW 2016, 510 (510 f.).
956 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 2 Rn. 57.
957 Exemplarisch BGH, Urt. v. 05.05.2021, VII ZR 78/20.
958 Weitere Nachweise dazu bei *Mörsdorf*, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 31 – 36.
959 Zum Begriff *Mörsdorf*, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 31 – 36; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 606 – 614.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsprechung identifiziert werden, die – zumindest als unbeabsichtigte Nebenfolge – den Anwendungsbereich des AGG zurückdrängen und damit bestimmte Diskriminierungen nicht mehr im Recht verhandelbar machen.[960] Damit wird das Potential des Nichtdiskriminierungsrecht – zumindest bei Anknüpfung an eines der geschützten Kriterien –, Inklusion in der modernen Gesellschaft sicherzustellen, deutlich abgeschwächt.

Somit kann zwar das Nichtdiskriminierungsrecht einige Exklusionsphänomene in der Gesellschaft rechtlich abbilden. Es ist jedoch durch eine stark begrenzte Auswahl an Kriterien beschränkt, an denen eine Exklusionspraxis anknüpfen kann. Zudem wird der Anwendungsbereich durch den problematischen Begriff der Massengeschäfte und seine noch problematischere Interpretation durch die Rechtsprechung beschränkt. Diese Limitierungen in der Funktion und Struktur des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts verdeutlichen die Notwendigkeit der rechtlichen Abbildbarkeit sozialer Exklusionsphänomene. Zumindest für solche Inklusions- und Exklusionsverhältnisse, die primär die Form eines Vertrages annehmen, kann auf rechtstheoretischer und rechtssoziologischer Ebene die hier vorgestellte Inklusionsfunktion des Vertrages eine Möglichkeit der Verarbeitung bieten. Zudem wird die Bedeutung und Relevanz des rechtstheoretischen Konzeptes der Zugangsregeln akzentuiert:[961] Das Konzept der Zugangsregeln erlaubt es uns, unterschiedliche dogmatische Institute daraufhin zu befragen, inwieweit sie den Zugang – oder präziser im Kontext von Personen: die Inklusion – rechtlich regeln können und somit die soziale Exklusion stabilisieren (legal) oder die sozial gesetzte Exklusionsregeln aufbrechen (illegal) und sie ganz oder teilweise durch eine rechtliche Inklusionsregel[962] überlagern. So verstanden, baut das Konzept der Zugangsregeln im vertraglichen Kontext auf der Inklusionsfunktion des Vertrages auf.

960 BGH, Urt. v. 05.05.2021, VII ZR 78/20, Rn. 14 – 16; dazu zurecht kritisch *Grünberger*, NJW 2021, 2514 (2517).

961 Es überrascht daher auch nicht, dass *Grünberger*, Personale Geichheit, 2013, S. 894 – 899 im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts das Konzept der Zugangsregel generalisiert und respezifizert.

962 Mit einer rechtlichen Inklusionsregel ist hier gemeint, dass das Rechtssystem durch eine rechtliche Regelung der Inklusionsfrage in andere soziale Systeme (z.B. im Stadionverbotsfall das Sportsystem) hineinwirkt und die dort ursprünglich aufgestellten Exklusionsregeln überlagert. Nicht gemeint sind damit rechtliche Strukturen und Operationen, die die Inklusion in das Rechtssystem – also insbesondere den Zugang zum Recht – regeln. Siehe zu diesem Thema die Beiträge in Huggins et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Die Inklusionsfunktion als (eine) soziale Funktion in der modernen Gesellschaft

Zentraler Gedanke des Nichtdiskriminierungsrechts ist also die Inklusion in verschiedene gesellschaftliche Teilbereiche. Diese Inklusion soll primär durch Vertragsermöglichung erreicht werden. Dabei wird impliziert, dass Verträge diese gewünschte soziale Inklusion auch ermöglichen. In der Auseinandersetzung der Inklusionsansätze im Nichtdiskriminierungsrecht und im Immaterialgüterrecht konnte damit der Gedanke einer Inklusionsfunktion des Vertrages plausibilisiert werden. Damit sind zugleich partielle Konkretisierungen oder Verallgemeinerungen verschiedener rechtstheoretischer Forschungsstränge möglich: Hat ein Vertrag eine Inklusionsfunktion, ist ein Vertragsprätendent auf diesen Vertrag – zumindest teilweise – „angewiesen",[963] um in ein Funktionssystem inkludiert werden zu können. In der modernen Gesellschaft können daher solche Verträge mit Inklusionsfunktion als „*crucial*" angesehen werden. Damit kann gleichzeitig die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser* präzisiert werden: Eine wesentliche soziale Funktion des Vertrages in der modernen, sozial differenzierten Gesellschaft ist die Funktion, Personen in soziale (Funktions-)Systeme der Gesellschaft zu inkludieren.

Der rechtstheoretische Begriff der Zugangsregeln ermöglicht aufbauend auf dieser Inklusionsfunktion eine rechtliche Auseinandersetzung mit den Wechselwirkungen von sozialer Inklusion und rechtlichen Regelungen. Das Recht hat dabei die Möglichkeit, eine soziale Inklusionsregel zu überprüfen und responsiv mit einem Zugangsrecht zu reagieren. Dies setzt jedoch eine vorherige Analyse des sozialen Konfliktes voraus. Die Inklusionsfunktion des Vertrages ermöglicht hier einen rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt auf drei Ebenen und eine erste Analyse des Stadionverbotsfalls:

1. Inklusionsfunktion als generalisiertes Konzept

Auf der höchsten Abstraktionsebene kann die Inklusionsfunktion des Vertrages als generalisiertes, rechtstheoretisches Konzept konstruiert werden. Angeknüpft wird hier an die generellen Überlegungen *Teubners* und *Wielsch*, dass die Institution des Vertrages in der modernen Gesellschaft mul-

963 Siehe zum Topos der Angewiesenheit im Kontext des Kontrahierungszwangs unten § 8 II 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiple Systemreferenzen aufweist.[964] Die Institution Vertrag ist damit auf der Makroebene gleichzeitig immer mit dem Funktionssystem Recht, regelmäßig mit dem Funktionssystem der Wirtschaft und häufig mit anderen sozialen Systemen strukturell gekoppelt.

Diese strukturellen Kopplungen können aus der Sicht einer Privatrechtsakteur*in (psychisches System) als Inklusionszusammenhang aufgelöst werden: Mit einem Vertrag werden die beiden Vertragsparteien in das Rechtssystem, in das Wirtschaftssystem und in andere soziale Systeme inkludiert. Diesen Umstand drückt die Inklusionsfunktion des Vertrages aus. Damit kann einem rechtstheoretischen Einwand gegen die Systemtheorie im Recht entgegengetreten werden, dass sie mit dem Recht deshalb nicht kompatibel sei, weil ihr Erkenntnisinteresse der Makroebene verhaftet bleibt und konkrete Personen ignoriere.[965] Dieser Einwand kann zwar bereits dadurch entkräftet werden, dass sich aufgrund der Eigenrationalität des Recht eine bloße Übernahme differenzierungs- oder systemtheoretischer Ansätze verbietet.[966] Der Einwand hat jedoch auch eine erkenntnistheoretische Komponente: Beschränkt sich die Rechtswissenschaft auf die bloße Rezeption soziologischer Einsichten auf der Makroebene, so besteht die Gefahr, dass die Systemtheorie zu einem bloßen rhetorischen Instrument verkommt und ihre analytischen Vorteile für das Recht verloren gehen. Die Inklusionsfunktion des Vertrages erinnert die Rechtswissenschaft bereits auf rechtstheoretischer Ebene daran, dass an einem Vertrag immer noch konkrete Personen – Menschen – beteiligt sind und immer Wechselwirkungen zwischen den multiplen Systemreferenzen und diesen Menschen bestehen.

2. Inklusionsfunktion als re-spezifiziertes Analyseraster

Damit deckt die Inklusionsfunktion zunächst nur die einzelnen Systemreferenzen auf der Makro-Ebene auf. Dies ist bereits ein erheblicher, erster Analyseschritt: Nach dem Grundsatz der Transversalität muss eine Untersuchung soziologischer Jurisprudenz alle (!) Sozialtheorien nach Rekonstruktionen des sozialen Konfliktes befragen.[967] Die Inklusionsfunktion

964 Siehe dazu oben § 2 V.
965 Besonders prägnant *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 53 – 58.
966 Vgl. dazu oben § 1 III.
967 Siehe dazu oben § 1 III 2, 3 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eröffnet hier bereits den Blick auf die großen gesellschaftlichen Systemreferenzen.

Für die konkrete Analyse eines sozialen Konfliktes auf der Ebene der Rechtstheorie muss die Inklusionsfunktion jedoch re-spezifiziert werden; re-spezifiziert auf die konkreten, im jeweiligen sozialen Konflikt betroffenen Funktionssysteme sowie auf ihre jeweiligen Strukturen auf der Meso- und Mikroebene. Ist auf der Makroebene zunächst festgehalten worden, dass zwei oder mehr soziale Funktionssysteme mit dem Vertrag strukturell gekoppelt sind, kann durch diesen zweiten Schritt konkreter gefragt werden: Welche Organisationen mit Relevanz für den Vertrag sind in den jeweiligen Systemen vorhanden? Wie sind die sozialen Rollen in den jeweiligen Systemen verteilt? Welche Strukturen oder Institutionen nehmen Einfluss auf die soziale Stellung von Individuen oder Organisationen? Wie sind die Machtpositionen zueinander ausgestaltet? Welchen Einfluss nehmen alle diese Fragen auf die etablierten Inklusions- und Exklusionsstrukturen? Hier scheint die „junge" Vertragstheorie *Teubners*[968] hervor: Die strukturellen Kopplungen mit verschiedenen Funktionssystemen der Gesellschaft können immer nur ein erster Anknüpfungspunkt sein. Soziale Probleme können sich jedoch auch „in" einem Funktionssystemkontext auf der Interaktions- oder Institutionsebene abspielen.

Diese Re-Spezifizierung ist unerlässlich für soziale Konflikte, die hier als Intra-Systemkonflikte bezeichnet werden. Hier reicht der bloße Verweis, dass es sich um einen Konflikt handelt, der sich z.B. primär im Sportsystem abspielt, nicht aus. Damit ist kein analytischer Mehrwert gewonnen, der dann von der Rechtsdogmatik produktiv verarbeitet werden könnte. Doch bei genauerem Hinsehen wird diese Re-Spezifizierung auch für Inter-Systemkonflikte relevant. Denn auch Intersystemkonflikte weisen immer eine Meso- und Mikroebene auf, die für die Konfliktanalyse relevant sein können. Bei der Dichotomie zwischen Inter- und Intrasystemkonflikten handelt es sich demnach um Akzentverschiebungen: Während bei Inter-Systemkonflikten die strukturellen Kopplungen auf der Makroebene von größerer Bedeutung sind, sind es die Meso- und Mikroebene, die bei Intra-Systemkonflikten präziser betrachtet werden sollte. Paradigmatisch für diesen Zusammenhang steht *Teubners* Analyse der Bürgschaftsfälle:[969] In einem ersten Analyseschritt erblickt er den Schwerpunkt des sozialen Konfliktes auf der Makroebene in einem Inter-Systemkonflikt, der durch

968 Vgl. dazu oben § 2 V 2.
969 Vgl. dazu auch oben § 3 II c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine strukturelle Korruption des sozialen Systems Familie durch das Wirtschaftssystem gekennzeichnet ist. Zutreffend spielt sich dieser Konflikt aber nicht „abstrakt" von Menschen oder Organisationen ausschließlich auf der gesellschaftlichen Makroebene ab. Vielmehr wirkt sich der Inter-Systemkonflikt konkret auf das Interaktionssystem „Vertragsschlusssituation" der Bürgin mit dem Bankangestellten bei Anwesenheit der Eltern der Bürgin aus.

Auf dieser zweiten Ebene werden auch die Parallelen und Unterschiede zu den im vorherigen Kapitel untersuchten Vertragsfunktionen deutlich. Der Begriff der Inklusion und die darauf bezogene Analyse der Strukturen eines Funktionssystems ist deutlich präziser als der Topos der Selbstbestimmung. Inklusion kann als ein wesentlicher Aspekt von Selbstbestimmung in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft angesehen werden. Inklusion wird dabei gesellschaftlich teilsystemspezifisch nach eigenrational gesetzten Inklusions- und Exklusionsregeln verteilt. Inklusion kann damit als eines der Güter verstanden werden, auf die sich Gerechtigkeitsüberlegungen der *iustitia distributiva* beziehen können. Da sich die Inklusion in Form des Vertrages selten in einem einmaligen Vertragsschluss erschöpft (so aber regelmäßig im Wirtschaftssystem), sondern insbesondere Dauerschuldverhältnisse die Inklusion und Exklusion im Zeitablauf regeln, bestehen Bezüge zur Kooperations- und Ordnungsfunktion des Vertrages. Der Vertrag erlaubt nicht nur wirtschaftliche Kooperation, sondern ermöglicht im Besonderen die Ordnung der Inklusions- und Exklusionsvoraussetzungen in sozialen Systemen.

3. Inklusionsfunktion als typologisch-deskriptiver Begriff

Auf einer dritten Ebene, die auf dem niedrigsten Abstraktionsgrad eingeordnet werden kann, beschreibt die Inklusionsfunktion des Vertrages Situationen, in denen es um geographischen bzw. physischen Zugang zu Orten geht. Der Begriff „Inklusion" ist auf dieser Ebene gleichbedeutend mit „Zugang". Er weist dann nur einen geringen analytischen Mehrwert gegenüber der vorherigen Ebene auf, weil auch Orte und der Zugang dazu auf der Meso- und Mikroebene in den jeweiligen Systemen beschrieben werden können. Diese dritte Ebene wird jedoch deshalb gesondert hervorgehoben, weil die Fälle der Gesellschaft gezeigt haben, dass in jüngerer Zeit das Inklusionsproblem primär als (physisches) Zugangsproblem vom Rechtsdiskurs verarbeitet worden ist. Diese dritte Ebene verdeutlicht, dass

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

es dabei jedoch nicht primär um den physischen Zugang, z.B. zu einem Fußballstadion, geht, sondern um die damit verbundene soziale Inklusion.

Diese dritte Ebene der Inklusionsfunktion des Vertrages ist noch aus einem weiteren Grund von Bedeutung. Mit der Inklusionsfunktion als typologisch-deskriptivem Begriff können die Phänomene unter dem Topos der Inklusion thematisiert werden, die – nach einer Analyse – schlussendlich nichts mit sozialer Inklusion zu tun haben. Damit sind vor allem Fälle gemeint, in denen es zwar um den – primär physischen – Zugang zu bestimmten Orten geht, mit diesem Zugang jedoch keine soziale Inklusion im hier verwendeten differenzierungstheoretischen Verständnis verbunden sind. Es gibt auch Sozialität und Zugang dazu außerhalb der Funktionssysteme der Gesellschaft.[970]

4. Inklusionsfunktion im Stadionverbotsfall

Diese drei Ebenen sollen anhand des Stadionverbotsfall verdeutlicht werden. Auf der höchsten Abstraktionsebene (1.) werden Fußballzuschauer*innen durch einen Zuschauervertrag in die Funktionssysteme Recht, Wirtschaft und Sport inkludiert. Die Inklusion in das Rechtssystem erfolgt aufgrund der Rechtsnatur des Zuschauervertrages als privatrechtliches Institut. Gleichzeitig wird damit eine Zahlungsverpflichtung, also eine ökonomische Transaktion, rechtlich stabilisiert, sodass darüber auch Inklusion in das Wirtschaftssystem erfolgt. Der Stadionbetreiber ist durch die Hauptleistung des Vertrages dazu verpflichtet, der Sportzuschauer*in Zugang zum Stadion, und damit zum Sportereignis, zu gewähren.[971]

Hier wird bereits deutlich, dass die drei Ebenen nicht kategorisch getrennt voneinander betrachtet werden können. Die Inklusion in spezifische Kommunikationszusammenhänge der Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene findet immer vermittelt über Organisationen oder Institutionen auf der Meso- oder über Interaktionen auf der Mikroebene statt. Die Aussage, dass der Zuschauervertrag in das Sportsystem inkludiert, basiert damit auf der Inklusionsfunktion als Analyseraster (2.), weil dadurch erst aufgedeckt wird, dass Sportwettkämpfe institutionalisiert an spezifischen Orten ausgetragen werden. Für den (Profi-)Fußballsport sind dies primär die Fußballstadien.

970 Siehe dazu unten § 10 III.
971 Siehe dazu auch oben § 2 I 1, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auf dieser Ebene kann nun ausführlicher die Meso- und Mikroebene der einzelnen, für den sozialen Konflikt relevanten Funktionssysteme erfolgen. Im Rechtssystem geht es beim Zuschauervertrag insbesondere um Fragen des Zustandekommens, der Leistungs- und Nebenleistungspflichten oder seine Beendigung.[972] Eine Analyse des beteiligten Wirtschaftssystems könnte fragen, inwieweit Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Anbietern von Fußballticket vorhanden ist oder wie Fußballevents am besten vermarktet werden können. Für diese Untersuchung relevant ist jedoch die Meso- und Mikroebene des Sportsystems. Hier kann der DFB als Dachverband der Fußballvereine als wesentliche Organisation im (Fußball-)Sportsystem betrachtet werden. DFB und Vereine nehmen dabei die zentrale organisierte Leistungsrolle im Sportsystem ein, indem sie sportliche Wettkämpfe veranstalten, an denen Sportler*innen als zentrale individuelle Leistungsrollenträger partizipieren. Sportzuschauer*innen nehmen dabei grundsätzlich die (passive) Rolle des Publikums ein. Alle diese Rollen sind von institutionalisierten – oftmals gerade aufgrund rechtlicher Stabilisierung – Strukturen geprägt; für Stadionverbote sind dies primär die Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) des DFB. Sie regeln einen zentralen Aspekt der Exklusion aus dem (Fußball-)Sportsystem durch die Aussprache von Stadionverboten. Die konkrete Analyse dieser Meso- und Mikroebene ist Aufgabe des zweiten Teils dieser Untersuchung.

Auf der dritten Ebene der Inklusionsfunktion (3.) bleibt damit nur die Erkenntnis bzw. Beobachtung übrig, dass für die Inklusion in das (Fußball-)Sportsystem über Stadien ein physischer Zugang dazu notwendig ist. Sie verdeutlicht aber, dass es im Falle von Stadionverboten, also Hausverboten, nicht um eine losgelöste Frage des Hausrechts geht. Vielmehr geht es primär um eine Frage sozialer Inklusion in das Sportsystem, welche durch den Zuschauervertrag vermittelt wird. Die Frage des Hausrechts, die den physischen Zugang betrifft, ist dann nur ein Folgeproblem. Dadurch kann auch die bisherige Rechtsprechungspraxis in den Hausrechtsfällen erklärt werden.[973]

VI. Zwischenergebnis

Ausgangspunkt dieses Kapitels waren die im vorherigen Kapitel identifizierten blinden Flecken, die die Anwendung der dort untersuchten Ver-

972 Zum Zuschauervertrag *Schulze*, JURA 2011, 481.
973 Siehe dazu oben § 2 I 1 b, 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tragsfunktionen in Bezug auf den Stadionverbotsfall hinterlassen haben. Diese blinden Flecken in der Vertragstheorien werden ebenfalls von anderen Forschungsrichtungen identifiziert und beispielsweise mithilfe der Konzepte der *Life Time Contracts* oder der *crucial contracts* ansatzweise versucht zu füllen. Diese Konzepte wurden in dieser Untersuchung jedoch nicht weiterentwickelt. Vielmehr wurde anknüpfend an *Ludwig Raisers* sozialer Funktion des Vertrages nach einer alternativen Funktionsbeschreibung des Vertrages gesucht. Im differenzierungstheoretischen Begriff der Inklusion wurde ein Topos gefunden, der eine wesentliche soziale Funktion des Vertrages in der modernen Gesellschaft beschreiben kann: Soziale Inklusion nimmt teilsystemabhängig teilweise die Form des Vertrages an. Der Vertrag erfüllt damit die Funktion, dass Personen in soziale Systeme inkludiert werden. Eine solche implizite Funktionszuschreibung des Vertrages konnte im Immaterialgüterrecht sowie im Nichtdiskriminierungsrecht ausgemacht werden. Da außerhalb dieser Gebiete im Privatrecht keine speziellen dogmatischen Institute vorhanden sind, die allgemein auf Inklusionskonflikte ausgerichtet sind, kann der rechtstheoretische Begriff der Zugangsregeln herangezogen werden, um unterschiedliche Rechtsinstitute daraufhin zu befragen, inwieweit sie responsiv auf Inklusionskonflikte reagieren können. Die Inklusionsfunktion bietet auf rechtstheoretischer Ebene ein Analyseraster auf mehreren Ebenen für die Fälle der Gesellschaft, welche einen Inklusions- bzw. Exklusionskonflikt aufweisen, auf das eine Untersuchung rechtsdogmatischer Institute aufbauen kann.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Zweiter Teil:
Transversalität II – Exklusion als Form sozialer Macht

§ 5 Macht- und Exklusionspanorama

Das Bundesverfassungsgericht räumt in seinem Stadionverbotsbeschluss dem Begriff der Macht eine zentrale Position ein. Zunächst taucht er im Maßstäbeteile[974] der Entscheidung in Form der „sozialen Mächtigkeit" bezüglich der Intensität der Grundrechtswirkung auf: „Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt dabei von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich ist, dass die Freiheitssphären der Bürgerinnen und Bürger in einen Ausgleich gebracht werden müssen, der die in den Grundrechten liegenden Wertentscheidungen hinreichend zur Geltung bringt. Dabei können insbesondere auch die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen."[975] Dass den Topoi der gesellschaftlichen Bedeutung von Leistungen und der sozialen Mächtigkeit eines Akteurs in diesem Fall nicht nur eine untergeordnete Rolle zukommt, lässt sich daraus schließen, dass in dieser Randnummer die Rechtsprechungslinien der Bürgschafts-[976] und Fraport-Entscheidung[977] zur Privatrechtswirkung von Grundrechten weitergeführt werden.[978] In den angeführten Entscheidungen findet sich der Topos der sozialen Mächtigkeit jedoch nicht. Er wird mit dieser Entscheidung anhand des Stadionverbotsfalls neu eingeführt – als weitere Kategorie einer inten-

974 Dazu grundlegend – wenn auch kritisch – *Lepsius*, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159.

975 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

976 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567, 1044/89 = BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaft*.

977 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*.

978 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33 verweist ausdrücklich auf diese beiden Entscheidungen; den Bezug identifiziert auch *Muckel*, VVdStRL 79 (2020), 245 (275).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

siveren Grundrechtswirkung im Privatrecht.[979] Der Machtbegriff taucht dann ebenfalls bei der konkreten Grundrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auf: Sobald eine Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet, darf ein Privatrechtsakteur, der über den Zugangs bzw. Ausschluss entscheidet, seine Entscheidungs- bzw. Bestimmungsmacht nicht dazu nutzen, Personen sachgrundlos auszuschließen.[980] Die beiden neuen Topoi im Maßstäbeteil scheinen bei der Grundrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zusammenzuwirken.

Es ist gerade dieser neue Topos der sozialen Mächtigkeit, der jetzt als grundrechtsdogmatischer Begriff im Verfassungsrecht vorhanden ist, der enormen Spielraum zur Interpretation lässt. Eine responsive Rechtswissenschaft fragt an dieser Stelle, welche Umstände des sozialen Konfliktes dazu geführt haben, dass das Bundesverfassungsgericht anhand dieses Falls den Begriff der sozialen Macht etabliert hat. Dabei ist der Begriff der Macht zwar kein grundlegender Topos im (Privat-)Recht, jedoch gibt es jüngere Veröffentlichungen, die sich explizit damit auseinandersetzen.[981] Zudem handelt es sich bei Macht um einen Grundbegriff der Soziologie.[982] Einen ersten transversalen Anknüpfungspunkt bei soziologischen Machttheorien sowie bei deren bereits erfolgter Rezeption in der Rechtswissenschaft zu suchen, erscheint damit naheliegend.

I. Verhältnis von Macht und Recht

„Die Erscheinungen von Macht und Ohnmacht, von Über- und Unterordnung, von Befehl und Gehorsam sind überall und zu allen Zeiten zu beobachten. Sie gehören zu den elementaren Eigenschaften aller menschlichen Gesellschaften."[983] Das gesamte gesellschaftliche Leben ist vollständig von Machtgefällen durchdrungen.[984] Ähnliches gilt auch für das Recht: In allen menschlichen Beziehungen und Gesellschaften lassen sich Formen von

979 Näher dazu unten § 9 I 1 a.
980 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.
981 Im Besonderen die Beiträge in Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016.
982 Statt aller *Berger*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 47 (48).
983 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 106.
984 *Berger*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 47 (47); *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 9 (13): „ubiquitäres Phänomen von Gesellschaften"; *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 244: anthropologische Konstante und wesentlicher Faktor im Ablauf des Soziallebens.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht als Form sozialer Ordnung finden. Sowohl Macht als auch Recht sind damit elementare soziale Tatbestände. Dies drängt die Frage auf, welche Beziehungen es zwischen diesen beiden gibt.[985] Weitgehend konsensfähig ist dabei die Funktionsbeschreibung des Rechts, Machtverhältnisse zu regeln:[986] Dabei lassen sich drei Dimensionen unterscheiden: (1.) Recht dient als Maßstab für die Beurteilung von Macht. Folgt man dem hier vertretenen Vorverständnis der Autonomie des Rechtssystems mit seiner Eigenrationalität ist dies entscheidend: Das Recht kann von vornherein Machtphänomene in seiner Umwelt nur nach seiner eigenen Rationalität beurteilen und verarbeiten. Recht kann dann nach diesen Maßstäben (2.) Macht bestätigen, mit Legitimität ausstatten und stabilisieren oder (3.) Macht und ihre Ausübung verbieten oder beschränken.[987] „Die konkrete rechtliche Regelung von Macht- und Herrschaftsstrukturen in einer Gesellschaft ist ein zentrales Thema nicht allein der Rechtssoziologie, sondern auch der Rechtsdogmatik und der Rechtspolitik. Dabei geht es durchweg um den Doppelaspekt der Bestätigung und Begrenzung der Macht durch das Recht."[988]

Ordnet man die Begründung und Begrenzung von Macht den Fachsäulen im Recht und in der Rechtswissenschaft zu, so denkt man zunächst an das Öffentliche Recht. Die Stabilisierung und Begrenzung von Macht und politischer Herrschaft war und ist ein zentrales Thema dieses Teilrechtsgebietes, insbesondere des Verfassungsrechts – Stichworte sind hier die Funktionen der Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung der Verfassung.[989] Der rechtliche Umgang mit Macht verschiebt sich jedoch mehr und mehr in das Privatrecht. Dies kann zum einen darauf zurückgeführt werden, dass bezüglich der rechtlichen Machtbegrenzung des Staates durch das Recht die wesentlichen Positionen ausgetauscht und die Machtbegrenzung durch das Rechtsstaatsprinzip und der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte konsentiert ist. Zum anderen verschieben sich

985 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 106.

986 Vgl. *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 108.

987 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 108. So auch konkret mit Blick auf das Vertragsrecht *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 311: „Vertragsrecht ermöglicht und reguliert sie [die Macht]. Es lässt sie zu und fördert sie einerseits, verhindert und begrenzt sie aber auch andererseits."

988 *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 290; so auch *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 251 – 256.

989 *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1994, S. 34; *Möslein*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (4 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Machtkonstellationen und -phänomene innerhalb der Gesellschaft: Immer mehr genuin privatrechtliche Handlungs- und Erscheinungsformen stehen in Verdacht, aus Machtgründen rechtlich reguliert werden zu sollen. *Thomas Raiser* bringt dies deutlich auf den Punkt: „Am dramatischsten zeigt sich die aktuelle Bedeutung der rechtlichen Kontrolle von Macht und Herrschaft heute im *Zivilrecht*, weil dieses ursprünglich von der herrschaftsfreien, auf der Gleichordnung aller Bürger beruhenden Privatrechtsgesellschaft ausging, die in der Figur des frei abgeschlossenen Vertrags ihr rechtliches Symbol fand. Diese Vorstellung wurde durch die ökonomische und soziale Entwicklung des 20. Jahrhunderts überholt; sie gibt heute Struktur und Aufgaben des Arbeits-, Wirtschafts- und Unternehmensrechts nicht mehr, des allgemeinen Zivilrechts nur noch mit großen Einschränkungen wieder. Überall geht es stattdessen darum, wirtschaftliche und soziale Machtpositionen rechtlich ‚einzufangen', die unabhängig von der formalen Rechtsgleichheit entstanden sind und diese aushöhlen. Ein solches auch der Rechtssoziologie und der Rechtspolitik aufgegebenes Programm verlangt vor allem, die Macht- und Herrschaftsverhältnisse in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft aufzudecken und zu analysieren, die das Recht bisher nicht aufgreift und daher duldet, ohne sie zu kontrollieren und zu legitimieren."[990] Um es deutlich zu sagen: Macht hat nicht nur der Staat, sondern auch Privatrechtsakteure.[991] Diese Tendenz zeigt sich deutlich bei den jüngsten unionsrechtlichen Legislativakten eines *Digital Markets Act* sowie eines *Digital Services Act*. Die moderne Regulierung digitaler, privater Plattformen zielt unmittelbar auf gesellschaftliche Machtpositionen ab, die diese Akteure innehaben.[992]

Der Begriff der Macht hat dabei einen gewissen Charme, weil er universell nutzbar ist und alle Diskursteilnehmer*innen offensichtlich eine genaue – aber jeweils voneinander ganz unterschiedliche – Vorstellung davon haben, was mit ihm gemeint ist oder bezeichnet wird, und dadurch eine Verständigung über die damit bezeichneten Phänomene ohne vorhe-

990 *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 291, der dort in Fn. 32 auch auf *Schelsky* verweist, der die Bedrohung des Einzelnen durch die großen sozialen Organisationen und sogenannten „intermediären Gewalten" als Grundproblem moderner Gesellschaften erkennt und dagegen als rechtspolitische Leitidee die „Integrität und Autonomie der Person" fordert.

991 Ausdrücklich *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 244 – 246.

992 *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138 (138, 141) stellen ausdrücklich auf die Machtpositionen digitaler Plattformen ab; siehe auch unten § 5 IV 4 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

rige Begriffsklärungen möglich zu sein scheint.[993] Grund dafür ist zwar zum einen die begriffliche Unklarheit, aber zum anderen auch, dass Macht nichts Gegenständliches ist, sondern eine weitgehend unsichtbare Eigenschaft sozialer Beziehungen ist und damit primär ein relationales und kein attributionales Phänomen. Darüber hinaus ist der Begriff Macht im Alltagsverständnis oftmals negativ konnotiert,[994] wodurch ihm aus rechtlicher Perspektive ein gewisser normativer Impetus zukommt: Machtverhältnisse müssen rechtlich geregelt werden, weil sie sich negativ auswirken.

II. Klassifizierungen von Macht

Die Identifizierung von regelungsbedürftigen Machtphänomenen, ihre Analyse sowie die Konstruktion einer rechtlichen Lösung dafür ist damit elementare Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz. Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie man sich der Analyse von Machtphänomenen am ehesten nähert. Ausgangspunkt einer genuin soziologischen Perspektive ist meistens die Machtdefinition *Max Webers*: Macht ist die Chance, den eigenen Willen gegenüber einem anderen gegen dessen Widerstand durchzusetzen.[995] Dieser Machtbegriff gilt bis heute als der prominenteste Machtbegriff in der Soziologie und ist Ausgangs- bzw. Orientierungspunkt für neuere Ansätze.[996]

1. Rezeption einzelner soziologischer Machttheorien im Recht

Da Macht ein Grundbegriff der Soziologie ist, und somit ein breites Spektrum an Begriffsvielfalt zu erwarten ist, stellt sich bereits im Ausgangspunkt eines transversalen Durchgangs durch unterschiedliche Machttheorien die Frage, nach welchen Kriterien dabei vorgegangen werden soll. Eine klassische Einteilung sozial- und geisteswissenschaftlicher Theorieangebote erfolgt dabei entlang konkreter Autor*innen sowie damit zusammenhängend der Ideengeschichte solcher Theorien. Dies ist auch bezüglich Machttheorien üblich.[997] Auch in der rechtswissenschaftlichen Rezeption

993 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 9 (9).
994 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 9 (9 f.).
995 *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980 [1922], S. 28.
996 *Berger*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 47 (49).
997 Statt aller *Anter*, Theorien der Macht, 2021.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Machttheorien wird sich teilweise an unterschiedlichen soziologischen Machtkonzepten einzelner Autor*innen abgearbeitet.[998] In der Rechtswissenschaft begehrte Theorien von Macht stammen insbesondere von *Max Weber*[999], *Foucault*[1000] sowie von *Luhmann*[1001].

Ich halte – zumindest für die Zwecke dieser Arbeit – diesen Rezeptionsansatz von Machttheorien, der sich auf ganz bestimmte Konzeptionen einzelner Autor*innen bezieht, für nicht zielführend. Denn zum einen sind die jeweiligen Machttheorien meistens in größere Theoriegebäude eingebettet, was aus juristischer Sicht eine Rezeption erschwert und dadurch Ungenauigkeiten entstehen können. Ein Beispiel findet sich bei der ansonsten erkennnisreichen Untersuchung *Starkes*: Er hält gerade den *Luhmann'schen* Machtbegriff für das Vertragsrecht besonders geeignet, weil *Luhmann* Macht auf Kommunikation bezieht und es bei Vertragsschlüssen auch um Kommunikation, nämlich den Austausch von Willenserklärungen geht.[1002] Das ist aufgrund der Offenheit dieser Begriffe und dem generalisierenden Anspruch der Systemteorie zwar möglich. Aber es wird dabei verkannt, dass *Luhmanns* Kommunikationsbegriff immer schon primär auf soziale Funktionssysteme bezogen war und damit eine gesellschaftstheoretische Dimension erhält.[1003] Macht und mächtige Kommunikation spielen daher für alle soziale Systeme, also nicht nur für Interaktions-, sondern auch für Organisations- und Gesellschaftssysteme, eine Rolle.[1004] Zum anderen sehe ich einen Vorteil darin, von solchen konkreten Machttheorien Abstand zu nehmen und sich an einer Rezeption von Idealtypen von Machttheorien zu orientieren, weil damit die Beschreibung und der Vergleich unterschiedlicher sozialer Phänomene leichter möglich ist.

998 Deutlich bei *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 – 289; vgl. auch *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, 2015, S. 1029.

999 *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980 [1922], S. 28.

1000 *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1977, S. 39, 250; *ders.*, Sexualität und Wahrheit, 1983, S. 116, 185; siehe dazu *Kneer*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 265.

1001 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 355; siehe dazu *Brodocz*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 247.

1002 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 285 – 289, der jedoch zumindest das Problem erkennt; gänzlich verkennt dies *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (516), wenn er *Luhmanns* Machtbegriff auf Interaktionen reduziert.

1003 Deutlich *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 78 – 83, 109 – 205.

1004 Dies hebt *Brodocz*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 247 (254 f.) hervor.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Idealtypen von Machtphänomenen

Eine andere Möglichkeit, der auch in dieser Arbeit gefolgt werden soll, ist die Klassifizierung der unterschiedlichen Machttheorien nach Idealtypen. *Imbusch* unterscheidet beispielsweise drei Dimensionen bzw. Ebenen der Macht, die aufeinander aufbauen und kumulativ wirken:[1005] (1.) Machtausübung als Fällen von Entscheidungen und deren Implementierung mit positiven oder negativen Folgen für andere. Dieser Dimension ist insbesondere der *Weber'sche* Machtbegriff zuzuordnen. (2.) Kontrollmacht iSv „*non decisions*". Dabei handelt es sich um (verborgene) Machtformen als Kontrolle, dass bestimmte Probleme erst gar nicht thematisiert werden können. (3.) Machtausübung als Kontrolle eines größeren gesellschaftlichen Kontextes und als Gestaltung der Rahmenbedingungen, in denen die Handlungen und Kommunikationen anderer Personen stattfinden, insbesondere die Öffnung oder Schließung bestimmter Optionen und Handlungsalternativen. „Dazu sind in der Regel Machtpositionen vonnöten, die es bestimmten Akteuren erlauben, soziale Situationen zu strukturieren und auf die Sichtweisen, Erklärungsmuster und Interessendefinitionen anderer Akteure Einfluss auszuüben."[1006] Klassische Konzeptionen von Macht, insbesondere die strikt handlungstheoretische Definition *Webers*, schreiben Macht einer Person zu. Neuere Machtkonzeptionen (z.B. von *Luhmann* oder *Foucault*) betonen hingegen die zentrale Rolle von strukturellen, Handlungsbedingungen determinierenden Gesichtspunkten: „Das heißt aber, dass insbesondere auf die Ermöglichungsdimension von Handlungen abgezielt wird, auf die produktive und konstitutive Eigenart der Macht, Handlungsspielräume vorzugeben, d.h. ihre Möglichkeiten, aber auch die mit den Möglichkeiten gleichzeitigen Begrenzungen, zu bestimmen."[1007] Für die Rezeption durch das Recht heißt das, dass private Macht dann auch „in einem strukturellen, d.h. auf gesellschaftlichen Institutionen und nicht primär auf einzelnen Akteure Bezug nehmenden Sinne" verstanden werden muss.[1008]

Unabhängig davon, ob man einer konkreten Machtdefinition einer soziologischen Strömung oder bestimmten Klassifikation von Macht folgt:

1005 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 9 (11 f.).
1006 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 9 (12), der dies auch als „Meta-Macht" bezeichnet.
1007 So aus philosophischer Reflexionsperspektive *Rölli*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 83 (85).
1008 *Rölli*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 83 (83).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für das (Privat-)Recht stellt sich die zentrale Frage, inwieweit solche Machtbegriffe als Wissensbestände in der Umwelt des Rechts Bedeutung für das Recht haben. Das Problem besteht primär darin, dass alle Machtbegriffe der Soziologie (notwendigerweise) unscharf sind, um eine Vielzahl von sozialen Phänomenen beschreibbar zu machen. Im Recht stellt sich jedoch die Frage ihrer Operabilität, da bei der unbesehenen Übernahme einer soziologischen Grundkategorie die Gefahr besteht, dass Macht als bloßes „Wertungskürzel" für ganz unterschiedliche Probleme im Recht herangezogen wird.[1009] Dabei zeichnet sich innerhalb des rechtswissenschaftlichen Diskurses ein Konsens ab, der auch mit der hier vertretenen Vorannahme der Eigenrationalität des Rechts vereinbar ist: Der Begriff der (privaten) Macht ist zunächst kein Begriff des Privatrechts.[1010] Vielmehr werden Machtphänomene in der sozialen Umwelt des Rechts in verschiedenen privatrechtlichen Teilbereichen in unterschiedliche Rechtsbegriffe übersetzt.[1011] Private Macht ist damit ein privatrechtstheoretischer Reflexionsbegriff: „Private Macht als Begriff des Privatrechts ist daher nicht zuletzt privatrechtliche Reflexion dessen, was jenseits des Privatrechts als private Macht verstanden wird."[1012] Nach der Eigenrationalität des Rechts kann Macht nie als solche Anknüpfungspunkt für rechtliche Veränderungen sein, sondern Macht muss darauf re-spezifiziert werden, welches rechtliche Problem sich durch soziale Machtbeziehungen zwischen Privaten auftut. Es geht um die rechtliche Frage, „welche Formen privater Macht der Regulierung bedürfen, die noch grundlegendere Frage, welche Positionen tatsächlicher Stärke überhaupt als private Macht verstanden werden sollen."[1013]

Für die Privatrechtstheorie spricht *Renner* davon, dass sich der Machtbegriff – zwar versetzt, aber parallel zur Begriffsentwicklung in den Sozialwissenschaften – tendenziell gewandelt habe: von einem kausalitäts- und interaktionsorientierten Verständnis hin zu einem weiteren, strukturbezogenen Begriff gesellschaftlicher Macht.[1014] Auf dieser Beobachtung aufbauend und an der soziologischen Terminologie anknüpfend unterscheidet

1009 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (3); *Herresthal*, in Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145 (189 f.); *Kainer/H. Schweitzer*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 629 (630).

1010 *Herresthal*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145 (148); *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (505).

1011 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (505).

1012 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (506).

1013 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (9).

1014 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (507).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

er zwei grundsätzliche Modelle von Machtbegriffen (Idealtypen), die zu unterschiedlichen Zeiten im Privatrechtsdiskurs wirksam geworden sind: enge, kausale Machtbegriffe und tendenziell weitere, modale Machtbegriffe, welche dann jeweils noch einmal auf Interaktionsebene oder auf eine Strukturebene spezifiziert werden können.[1015] Diese Idealtypen von Machtphänomenen mit Bedeutung für das Recht müssen jedoch für einzelne Teilrechtsgebiete re-spezifiziert werden. Das Verhältnis von Macht und Recht lasse sich nur in Bezug auf die Teilrechtsordnungen (deskriptiv) beschreiben und (normativ) bestimmen.[1016] Im Gegensatz zum wettbewerbsrechtlichen Marktmachtbegriff fehlt es an einem übergreifenden privatrechtlichen Konzept privater bzw. sozialer Macht. Vielmehr werden soziale Machtverhältnisse in der Umwelt des Rechts in unterschiedlichen Teilrechtsgebieten mit unterschiedlichen Begriffen, z.B. „strukturelles Ungleichgewicht", „gestörte Vertragsparität", „Abhängigkeit" oder „wirtschaftliche bzw. soziale Mächtigkeit" verarbeitet.[1017]

III. Macht und ihre Bezüge zum Vertragsrecht

Dem für diese Untersuchung relevanten Vertragsrecht liege „ersichtlich ein kausal-interaktionsbezogener Machtbegriff zugrunde."[1018] *Renner* führt dies auf die zentrale Stellung zurück, die die Privatautonomie im Vertragsrecht einnimmt, wodurch die Willen der Vertragsparteien und deren Beeinflussung bzw. Beeinträchtigungen in den Blick geraten.[1019] Auch *Herresthal* sieht mit Blick auf Austauschverträge lediglich solche Machtphänomene für relevant an, die Einfluss auf die Willensentschließung und -umsetzung einer Vertragspartei haben.[1020] Ergänzen müsste man noch, dass durch die Beschränkung auf die bilaterale Vertragskonstellation zwischen den Parteien weitgehend soziale Umwelteinflüsse des Vertrages ausgeblendet werden.[1021] Allerdings identifiziert *Renner* in der letzten Zeit auch im Ver-

1015 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (511 – 519).
1016 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (3, 14); *Kainer/H. Schweitzer*, Private Macht, 2016, S. 629 (629 f.).
1017 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (12 f., 14, 17 – 20).
1018 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (519).
1019 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (519 f.).
1020 *Herresthal*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145 (151 f., 166 – 189).
1021 Vgl. dazu im Kontext von „Machtungleichgewichten" zwischen den Vertragsparteien *Rödl*, in: Hauer et al. (Hrsg.), Macht im Zivilrecht, 2013, S. 375 (378 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tragsrecht ein stärker modal geprägtes Verständnis von privater Macht, das sich insbesondere an der Stärkung des tatsächlichen Entscheidungsspielraums des AGB-Gegners durch die AGB-Kontrolle, an Aufklärungs- und Informationspflichten im Verbraucherrecht sowie einer stärkeren Inhaltskontrolle von Langzeitverträgen zeige.[1022] Auch *Schmid* adressiert primär modal-interaktionsbezogene Machtphänomene, wenn er soziale Macht mit Bezug zum Privatrecht in Abwandlung der *Weber'schen* Formel definiert als „die Chance eines Menschen oder einer irgendwie organisierten Menschengruppe, anderes menschliches Verhalten steuern zu können."[1023] Diese modalen Machtkonstellationen bleiben jedoch der Interaktionsebene verhaftet. Es geht immer noch um den einzelnen Vertrag zwischen zwei konkreten Parteien. Die modal-strukturbezogene Machtebene für das (allgemeine) Vertragsrecht wird implizit für unerheblich erachtet; *Renner* resümiert sogar, dass sich die weitreichenden modal-strukturbezogenen Machtbegriffe auch kaum in rechtliche Regelungen bringen lassen – er zieht jedoch in Erwägung (ohne dies aber weiter zu untersuchen), dass Teile des Nichtdiskriminierungsrechts von einem entsprechenden Machtverständnis ausgehen.[1024]

Zumindest in einem Rechtsgebiet, das mittelbar auch auf das Vertragsrecht und einzelne Verträge einwirkt, findet sich ein strukturbezogener Machtbegriff: im Wettbewerbsrecht. Die Marktmacht als zentraler Begriff des Wettbewerbsrecht[1025] bringt die Strukturbezogenheit dieses Machtbegriffes deutlich zum Ausdruck. Weiter handelt es sich hierbei um einen kausalen Machtbegriff durch die Notwendigkeit einer missbräuchlichen Ausnutzung.[1026] Der Missbrauch der Marktmacht erfasst also Fälle, in denen eine strukturbezogene Machtposition (Marktmacht) gegenüber einzelnen Privatrechtsakteuren auf dem Markt gegenüber ausgeübt wird. Gerade hier lässt sich zeigen, dass sich die von *Renner* identifizierten vier Idealtypen von Macht mit Bedeutung für das Privatrecht nicht nur überschneiden, sondern – so wie in der Soziologie anerkannt – die Machtphänomene, die mithilfe der Begriffe beschrieben werden sollen, auch aufeinander aufbauen. So ist zwar richtig, dass der wettbewerbsrechtliche Begriff des Missbrauchs einer marktmächtigen Position zunächst ein kausal-strukturbezo-

1022 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (520 – 523).
1023 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 245.
1024 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (526).
1025 Siehe dazu *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, § 18 Rn. 18 – 29.
1026 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (523 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genes Machtverständnis nahelegt. Die strukturell vorhandene Marktmacht wirkt sich aber gegenüber einem Konkurrenten oder einem Nachfragen auf einem nachgelagerten Markt in einer konkreten Interaktion – z.B. einer Vertragsverweigerung oder dem Verlangen eines höheren Preises – aus. Auf der anderen Seite ist die marktmächtige Stellung eines Marktakteurs gerade Ausdruck von seinen Handlungsspielräumen im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Konkurrenten (modales Machtverständnis). Dies betont insbesondere die Industrieökonomik: Das Ausnutzen einer marktmächtigen Stellung wird nicht geleugnet; die von ihr entwickelten Modelle sind jedoch darauf gerichtet, dass aufgrund von eingeschränkten Handlungsspielräumen das Ausnutzen einer dominanten Stellung nur unter spezifischen Voraussetzungen möglich bzw. wahrscheinlich ist.[1027]

Damit werden in Bezug auf Verträge weit überwiegend nur kausal-interaktionsbezogene Machtkonstellationen, beispielsweise eine überlegende Verhandlungsmacht, für relevant gehalten.[1028] Lediglich der spezielle, weil auf den Markt und Wettbewerb als Institutionen abzielende, Marktmachtbegriff im Wettbewerbsrecht eröffnet die Perspektive für strukturbezogene und möglicherweise auch für modale Machtphänomene. In § 3 dieser Untersuchung wurde jedoch bereits ausgeführt, dass sich der Konflikt im Stadionverbotsfall nicht im Wirtschaftssystem abspielt, sodass auch ein Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht – mit seinem strukturbezogenen Marktmachtbegriff – nicht zielführend ist.[1029] Daher stellt sich die Frage, ob die von *Renner* aufgestellte These, dass für das Vertragsrecht modale und strukturbezogene Machtphänomene bis auf wenige Ausnahmen weitgehend irrelevant seien, zutrifft. Gibt es nicht doch bestimmte Phänomene mit Bezug zum Vertrag(srecht), welche als modal-strukturbezogene Machtkonstellationen beschrieben werden können? Die Frage drängt sich auch deshalb auf, weil bereits der prominente – und von *Renner* rezipierte[1030] – Begriff privater Macht von *Franz Böhm* auf die Einschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit durch Regelsetzungen privater Akteure ausgerichtet war,[1031] und damit modal-strukturbezogene Gestaltungsmöglichkei-

1027 Vgl. dazu *Fumagalli et al.*, Exclusionary Practices, 2018, S. 365 f., 473.
1028 Ähnlich auch *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 289 f.: Fokus von Macht innerhalb der Vertragstheorie liegt in der vorvertraglichen Phase, weil Verträge als einzelne, abgeschlossene Interaktionen konzipiert werden.
1029 Siehe oben § 3 IV 4 b.
1030 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (514 f.), der darin lediglich einen kausal-strukturbezogenen Machtbegriff sieht.
1031 *Böhm*, in: ders., Reden und Schriften, 1960 [1928], S. 25 (36 – 38, 42).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten marktmächtiger Unternehmen und Kartelle – nicht nur bezüglich des Wirtschaftssystems[1032] – betont.

IV. Weitere Fälle von privater Macht

Der bisher diskutierte Sammelband „Private Macht" greift auf Macht mit Bezug zum Privatrecht zu, indem Machtphänomene und -begriffe auf konkrete privatrechtliche Teilrechtsgebiete re-spezifiziert werden.[1033] Auch wenn dadurch der amorphe Begriff der Macht für die Rechtsdogmatik operabel gemacht wird, liegt darin eine doppelte Engführung, durch die bestimmte – auch für das Recht relevante – Machtphänomene ausgeblendet bleiben. Werden Machtphänomene nur danach analysiert, ob für sie entsprechende Begriffe im Recht gefunden wurden, besteht die Gefahr, dass neue Machtphänomene ignoriert werden. Darüber hinaus verkennt die Verengung auf konkrete Teilrechtsgebiete, dass sich Machtprobleme für das Recht auch in Bereichen stellen, für die sich noch kein Spezialteilrechtsgebiet ausdifferenziert hat.

Im Folgenden soll daher das bisher gezeichnete Machtpanorama durch ausgewählte Machtphänomene ergänzt werden, die zum einen bereits länger im rechtswissenschaftlichen Diskurs thematisiert werden als auch durch solche, die erst jüngst aufgegriffen worden sind. Dabei wird sich zeigen, dass auch modal-strukturbezogene Machtphänomene im und für das Privatrecht allgemein sowie für das Vertragsrecht im Besonderen relevant werden.

1. Soziale Gewalten und soziale Macht als Grundrechtstopoi

Die Problematik privater Macht ist seit jeher eine bedeutende Komponente der Diskussion um die Grundrechtswirkung im Privatrecht.[1034] In der frühen Diskussion um die Grundrechtswirkung im Privatrecht wurden die Begriffe „soziale Gewalten", „intermediäre Gewalten" und „soziale Macht" als Topoi[1035] einer unmittelbaren Drittwirkung – bzw. nach präziserer Ter-

1032 *Böhm*, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 1.
1033 Siehe oben Fn. 1016.
1034 So auch *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276.
1035 Zu diesen Begriffen eingehend *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1586 – 1595.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

minologie: der Anwendungskonstruktionen[1036] – eingeführt.[1037] Mit diesen Begriffen sollte ein grundrechtliches Schutzbedürfnis gegenüber kollektiven, sozialen und intermediären Gewalten ausgedrückt werden, womit insbesondere Verbände, ökonomische Machtverhältnisse, Großunternehmen und der Bereich abhängiger Arbeit gemeint waren.[1038] Es ist bezeichnend, dass sich die Beobachtungen der frühen Grundrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz sowie die privatrechtstheoretischen Beobachtungen *Ludwig Raisers*[1039] weitgehend decken. Im Zeitablauf haben sich diese Topoi aber nicht erledigt: Die Begriffe wurden beispielsweise jüngst im Kontext der Regulierungsbedürftigkeit sozialer Netzwerke wieder aufgegriffen.[1040] Auch jüngere Problembeschreibungen privater Machtkonstellationen, die ein „Verfassungsrecht der Zwischenschicht" fordern, knüpfen an diese Terminologie an.[1041]

Unklar ist dabei jedoch, welche genaue Rolle der Begriff sozialer Macht einnimmt: „Im Raum steht die Frage, ob besondere Machtverhältnisse die Voraussetzung für die Grundrechtswirkung im Privatrecht, ihr Grund oder jedenfalls ein wichtiges Kriterium innerhalb der Anwendung der Grundrechte sind."[1042] Nachdem mit der *Lüth*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Anwendungskonstruktionen einer Horizontalwirkung von Grundrechten zurückgedrängt wurden, überrascht es auch nicht, dass der damit verbundene Topos der sozialen Macht bzw. der sozialen Gewalten weitgehend aus der Literatur verschwunden ist.[1043] Auch das Bundesverfassungsgericht griff in der Vergangenheit nur vereinzelt auf den Machtbegriff zurück: In der *Blinkfüer*-Entscheidung wurde die wirtschaftliche Machtstellung des Springerverlages gegenüber kleinerer Verlage betont, die bei einem Boykottaufruf das System der Presse gefährden kann.[1044] Doch der Topos der sozialen Macht hat sich in der Literatur noch in einem

1036 Der Begriff geht auf *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 46 – 79 zurück; siehe dazu auch unten § 9 I 1 a.
1037 *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (407): „Der Begriff soziale Macht, soziale Gewalt ist der Schlüssel des Problems der Drittwirkung".
1038 Vgl. *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1587 f.
1039 Siehe oben § 4 II 1.
1040 *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 40 – 42, 106 – 109.
1041 *Kingreen*, JöR 65 (2017), 1 (1 – 6, 35 – 38).
1042 Richtig erkannt von *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 f.
1043 *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1594.
1044 BVerfG, Beschl. v. 26.02.1969, 1 BvR 619/63 = BVerfGE 25, 256 (264, 268) – *Blinkfüer*.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weiteren Kontext halten können: bezüglich der Frage einer Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes.[1045] Während traditionelle Ansichten die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes weitgehend ablehnen,[1046] wurde zumindest für Fälle von sozialer Macht erwogen, Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtsverhältnissen zu aktivieren.[1047] Der Machttopos wird damit nicht als genuines Abwägungskriterium herangezogen, sondern – vergleichbar mit den Anwendungskonstruktionen – als Tatbestand für die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Aufgrund dieses Diskurses überrascht es nicht, dass der Begriff der sozialen Macht im Stadionverbotsbeschluss auftaucht, in dem der soziale Konflikt gerade über eine Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG gelöst worden ist. Zwar wird der Topos nicht bei den Voraussetzungen einer „spezifischen Konstellation" herangezogen, die nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Privatrechtswirkung begründe. Dennoch wird der Topos im Maßstäbeteil erwähnt, was nahelegt, dass er implizit berücksichtigt worden ist.

In der heutigen Grundrechtsdogmatik kommt damit dem Machttopos an sich keine eigenständige Bedeutung, beispielsweise im Sinne eines Tatbestandes der Privatrechtswirkung, zu. Er ist zwar als Topos noch teilweise erhalten, jedoch nicht als eigenständiger Begriff eines rechtlichen Tatbestandes, der zu einer Grundrechtswirkung führt.[1048] Maßgeblich für die Privatrechtswirkung der Grundrechte ist ihr Gewährleistungsgehalt.[1049] Daran hat sich auch nichts mit dem Stadionverbotsbeschluss geändert: Der Begriff der sozialen Mächtigkeit taucht lediglich im Maßstäbeteil auf und soll die Intensität einer Grundrechtswirkung im Privatrecht konturieren. Soziale Mächtigkeit ist damit primär ein Abwägungstopos.[1050] Der Stadionverbotsbeschluss lässt aber den Schluss zu, dass die Situation durch eine soziale Machstellung des DFB geprägt ist. Denn warum sonst sollte das

1045 Siehe dazu unten § 9 V 5 c.

1046 Siehe dazu mit Nachweisen unten § 9 III.

1047 Siehe die Nachweise unten in Fn. 2116.

1048 Anders aber *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (13 f.): „private Macht als Auslöserin (un-)mittelbarer Drittwirkung"; ebenso *Pöschl*, RW 2016, 51 (55 f.).

1049 So auch ausdrücklich *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1595: „Es sind die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechtsnormen, die auch gegen soziale Mächtigkeiten in der Privatrechtsordnung wirken."; *Hensel/Teubner*, KJ 2014, 152 (160): „Soziale Macht ist also nur ein Teilphänomen gesellschaftlicher Grundrechtsgefährdungen."; gegen soziale Macht als Auslöser der Privatrechtswirkung auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (206 f.); siehe dazu auch unten § 9 I.

1050 Gegen soziale Macht als Horizontalwirkungstatbestand siehe unten § 9 IV 5 c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Gericht in einem ohnehin kurzen Entscheidungstext für einen Grundsatzbeschluss den Maßstab für eine intensive Grundrechtswirkung weiterentwickeln, wenn es nicht annehmen würde, dass es sich hierbei um eine Konstellation handelt, die durch die soziale Mächtigkeit einer Partei geprägt ist?

Private Macht findet sich als Topos ebenfalls in der Dogmatik der EU-Grundrechte.[1051] Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht ist Macht keine Voraussetzung für die Anwendung der EU-Grundrechte, aber kann ein argumentativer Topos im Rahmen der Grundrechtsabwägung sein.[1052]

2. Verbands- und Organisationsmacht

a. Verbändediskussion der 70er Jahre

Im Recht findet sich die ausdrückliche Beschäftigung mit Macht von juristischen Personen – als Organisationen[1053] – in Bezug auf gesellschaftliche Strukturen. Denn nicht nur die Horizontalwirkungsfrage von Grundrechten wurde durch die Beobachtung sozialer Mächtigkeit von bestimmten Verbänden ausgelöst. Die damalige Verbändediskussion[1054] hat auch viele andere Rechtsgebiete umfasst, weshalb damals auch über ein Verbändegesetz[1055] zur Bündelung von Regelungen diskutiert worden ist. Eine erhebliche dogmatische Folge der Diskussion um die Begrenzung der gesamtgesellschaftlichen Macht von Verbänden findet sich heute noch im verbandsrechtlichen Aufnahmezwang.[1056]

Angesichts dieser früheren intensiv geführten Diskussion überrascht es nicht, dass sich gleich zwei Beiträge des Sammelbandes „Private Macht" mit Machtphänomenen mit Bezug zum Gesellschaftsrecht beschäftigen. Überraschend ist vielmehr, dass sich beide jedoch weitgehend auf organisationsinterne Machtverhältnisse (Macht in Organisationen), insbesondere im Verhältnis zwischen individuellen Gesellschaftern und Gesellschaf-

1051 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 f.; *GA Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011 zu Rs. C-282/10 – *Dominguez*, Rn. 118; *Frantziou*, European Law Journal 2015, 657 (673); *Leczykiewicz*, European Law Review 2013, 479 (492).

1052 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 323 – 328.

1053 Grundlegend *T. Raiser*, AcP 199 (1999), 104.

1054 Überblick bei *Teubner*, JZ 1978, 545; *Ipsen*, ZGR 1980, 548; grds. auch *Böckenförde*, Der Staat 15 (1976), 457, der das Problem jedoch auf die Auswirkungen auf das politische System reduziert.

1055 Dazu *W. Schmidt*, Der Staat 17 (1978), 244.

1056 Siehe dazu unten § 8.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

terbeschlüssen (Macht der Mehrheit)[1057] sowie auf die Verwaltung der Gesellschaft als einen zusätzlichen Machtpol (Macht der Verwaltung)[1058] beschränken. Die Machtdimension im Verhältnis von Organisationen und individuellen Privatrechtsakteuren außerhalb bzw. vor einer klassischen Mitgliedschaft werden dabei nur angerissen: So beschreibt *Hofmann* das Beitrittsstadium in eine Gesellschaft als besonders stark von der Privatautonomie eines Prätendenten geprägt: „Der Gesellschafter verfügt daher im Beitrittsstadium über private Macht, und zwar in ausreichendem Maße, um Schutzmechanismen überflüssig erscheinen zu lassen."[1059] Soziologisch gesprochen geht es mit dem Fokus auf die „Gesellschafter" um die Inklusion von verschiedenen Leistungsrollen über eine Gesellschaft (= Organisation). Die Mitgliedschaft beispielsweise in Vereinen oder die Inklusion über eine Mitgliedschaft als Publikumsrolle bleibt damit gänzlich ausgeblendet.

Das verwundert, denn in der Organisationssoziologie werden vielfältige Problemkreise im Verhältnis von einzelnen Personen zu Organisationen (Mikro-Meso-Ebene) sowie im Verhältnis von Organisationen zu sozialen Funktionssystemen (Meso-Makro-Ebene) identifiziert.[1060] Die rechtstheoretische (!) Beschäftigung mit organisationsbezogener Macht bleibt in den durch die Rechtsdogmatik – die juristische Person als hermetisch abgeriegelter Sonderbereich – vorgegebenen Denkbahnen gefangen.

b. Macht durch Organisationen

Die damals wie heute vom Recht wahrgenommenen Probleme von Verbänden werden auch von der Organisationssoziologie aufgegriffen, beschrieben und generalisiert. Die Bedeutung von Organisationen in der modernen Gesellschaft wird dabei besonders stark von differenzierungs- und systemtheoretischen Ansätzen akzentuiert. Denn die in einem Funktionssystem etablierten Programme – z.B. Gesetze und Urteile im Rechtssystem, Preise im Wirtschaftssystem oder Theorien und Methoden im Wissenschaftssystem – leiten sich nicht unmittelbar aus der systemischen Kommunikation ab.[1061] Auch die Systemtheorie ist sich bewusst, dass es Akteure gibt, die die

1057 *Hofmann*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 353.
1058 *Engert*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 381.
1059 *Hofmann*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 353 (357).
1060 Dazu sogleich im nachfolgenden Abschnitt.
1061 *Tacke/Depper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

systemische Kommunikation eigenständig verarbeiten und diese Akteure wiederum einen Input geben, welche Programme ausgeführt werden sollen. Je weiter sich die Funktionssysteme ausdifferenzieren, desto eher wird ein formalisierter und rationalisierter Apparat benötigt, um diese Entscheidungen zu treffen. Dies sind insbesondere Organisationen als korporative Akteure. „Wenngleich keines der Funktionssysteme selbst insgesamt organisiert ist oder gar als Organisation funktioniert, sind die Funktionssysteme ohne die Beteiligung von Organisationen, die entsprechende Entscheidungen produzieren, nicht denkbar."[1062] Aus organisationssoziologischer Perspektive kann die moderne Gesellschaft als „Gesellschaft von Organisationen" beschrieben werden.[1063] Damit ist gemeint, dass Organisationen innerhalb der jeweiligen Funktionssysteme eine entscheidende, gestaltende Rolle spielen.

In Bezug auf Macht durch Organisationen wird weiterhin die Beziehung zwischen individuellen und korporativen Akteuren als eine der problematischsten Interaktionen identifiziert, weil zwischen ihnen strukturelle Machtgefälle lägen.[1064] Die stärkere Position von Organisationen ist darauf zurückzuführen, dass sie potentiell auf mehr Ressourcen zurückgreifen können und ihnen mehr potentielle Interaktionspartner zur Verfügung stehen. Zudem stehen sich in der Organisations-Individuum-Interaktion regelmäßig Experten und Laien gegenüber. Dadurch entstehen Möglichkeiten, die Konditionen von Austauschbeziehungen einseitig zu ihren Gunsten auszugestalten.[1065] Damit sind primär kausal- und modal-interaktionsbezogene Machtphänomene angesprochen.

Indem Organisationen über Entscheidungen als ihren eigenen Kommunikationstyp[1066] die relevanten Selektionen innerhalb der Funktionssysteme vornehmen, kommt ihnen auch eine modal-strukturbezogene Machtposition zu. Organisationen sind für die moderne Vergesellschaftung elementar bedeutsam. „Wir sind mit Organisationen – wie Unternehmungen, Verbänden, Parteien, Gewerkschaften, Ministerien oder Vereinen – konfrontiert

1062 *Tacke/Depper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 78 f.
1063 *Kühl*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 73 (84 f.), der diese Beschreibung von den Begriffen Organisationsgesellschaft und organisierter Gesellschaft unterscheidet.
1064 *Preisendörfer*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 143 (145 f.).
1065 *Preisendörfer*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 143 (146 f.).
1066 Siehe dazu *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 98.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und mit Kontexten, die maßgeblich durch sie geprägt sind. Organisationen schaffen nämlich rekursive Orte des Zusammenhandelns – in Produktionsbetrieben, im öffentlichen Raum oder im Internet – und machen Vorgaben, wie diese zu nutzen sind."[1067] Organisationen setzen damit mit anderen Worten die maßgeblichen Regeln innerhalb sozialer Funktionssysteme. Aus handlungstheoretischer Perspektive bestimmen damit Organisationen maßgeblich über die Handlungsoptionen von anderen Akteur*innen im selben Funktionssystem. Eine spezifische Form dieser Regelung von Handlungsoptionen innerhalb der einzelnen sozialen Systeme durch Organisationen, nämlich die Setzung privater Ordnungen, wird unten in § 7 genauer untersucht. Dies kann man auch als Herrschaft bezeichnen: „Von Anfang an sind Organisationen somit ein konstitutiver Moment des gesamtgesellschaftlichen Geflechts von Herrschaft."[1068]

Die Systemtheorie betont darüber hinaus eine spezielle Form modalstrukturbezogener Macht von Organisationen: ihre Bedeutung für Inklusions- und Exklusionsentscheidungen, also ihre Entscheidungsmacht über die Teilnahme an der Gesellschaft.[1069] Organisationen hängen eng mit der Inklusion in die Funktionssysteme zusammen, wobei ihre jeweilige Grundhaltung zu Inklusion und Exklusion zunächst gegenläufig ist. Während die Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene auf weitgehende Inklusion ausgerichtet sind, also die Teilnahme an der Gesellschaft grundsätzlich jeder Person eröffnen und versprechen, operieren Organisationen umgekehrt. Organisationen bestimmen nach ihren eigenen Sachkriterien über eine Mitgliedschaft und exkludieren alle Personen, die diese Anforderungen nicht erfüllen.[1070] „Organisationen bieten auf der einen Seite Inklusionschancen für Mitglieder und vermitteln diesen damit auch weitergehende gesellschaftliche Inklusionen (etwa qua Arbeit und Einkommen als Inklusion in die Ökonomie oder qua Lehrtätigkeit in eine Leistungsrolle der Erziehung). Auf der anderen Seite handelt es sich bei Organisationen aber um Systeme, die Exklusion androhen – und sie auch vollziehen können. Denn auf der Konditionierung der Teilnahme – der Korrelation von Normanerkennung und Teilnahme – beruht […] ihre Möglichkeit, Struktu-

1067 *Windeler*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 173 (174).
1068 *Türk*, „Die Organisation der Welt", 1995, S. 16.
1069 Zum Folgenden *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 109 – 112.
1070 Grundlegend *Luhmann*, in: ders., Schriften zur Organisation 2, 2019, S. 451 (455 – 457).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ren nach eigenen Kriterien, also unter Absehung von Mitgliedermotiven, aufzubauen."[1071] Organisationen sind damit die zentralen Akteure, wenn es um gesellschaftliche Exklusion geht. Inklusion wird weitgehend über Mitgliedschaften in Organisationen vermittelt. Wird diese Mitgliedschaft nicht gewährt oder aufgelöst, wird eine Person zunächst aus dem Organisationssystem exkludiert. Wenn mit der Mitgliedschaft aber auch eine Inklusion auf der gesellschaftlichen Makroebene verbunden ist, werden Personen gleichzeitig auch hiervon exkludiert. Indem Organisationen Inklusion in die sozialen Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Mesoebene vermitteln, kommt ihnen ein „Recht zur Regulierung von Zugangschancen"[1072] nicht nur zur Organisation, sondern zur Gesellschaft als Ganzer zu. Dieser Effekt wird zwar dadurch abgefedert, dass innerhalb eines Funktionssystems nur selten Inklusion über eine einzige Organisation vermittelt wird, sodass nicht automatisch unterstellt werden kann, dass organisatorische Exklusion zu gesellschaftlicher Exklusion führt.[1073] Gesellschaftliche Inklusion und Exklusion hängen damit entscheidend von der in einem Funktionssystem vorherrschenden Organisationsstruktur ab.

3. Intermediäre Gewalten als Topos der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten

Ein im deutschen Grundrechtsdiskurs vergleichbarer Topos der sozialen Mächtigkeit bzw. der sozialen Gewalten findet sich mit dem Topos der „intermediären Gewalten" innerhalb der Diskussion um die Horizontalwirkung von Grundfreiheiten im Unionsrecht. In der Rechtsprechung des EuGH ist dabei anerkannt, dass sich Grundfreiheiten nicht nur an die mitgliedstaatliche Legislative richten, sondern auch die Beziehungen zwischen Privatpersonen betreffen. Phänomenologischer Ausgangspunkt der Rechtsprechung des EuGH zu der Frage einer Horizontalwirkung der Personenverkehrsfreiheiten waren die „Sportverbandsfälle"[1074], in denen es um die Kontrolle kollektiver Verbandsregelungen anhand der Grundfreiheiten

1071 *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 110 f.
1072 *Türk*, „Die Organisation der Welt", 1995, S. 16.
1073 *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 111.
1074 EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*; EuGH, Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76 – *Donà*; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, C-415/93 – *Bosman*; zu der Rechtsprechungslinie des EuGH siehe *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV Rn. 153 – 164.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ging.[1075] Die Besonderheit dieser Fälle im Unterschied zu anderen (auch früheren) Fällen des EuGH liegt darin, dass die kollektiven Regelwerke der Sportverbände ausschließlich auf dem Gebiet des Privatrechts liegen und kein Grenzbereich zwischen privater und staatlicher Tätigkeit, beispielsweise in Form von staatlichen Zwangsverbänden, Einbindung von Privaten in staatliche Aufgabenerfüllung oder die Beteiligung des Staates an juristischen Personen des Privatrechts, vorliegt.[1076]

Von Seiten der juristischen Literatur wurde versucht, diese Rechtsprechung zu erklären bzw. durch die Begründung einer Ausnahme[1077] einzugrenzen. Dazu wurde vertreten, dass eine Horizontalwirkung der Grundfreiheiten nur für Fälle der Normsetzung privater Verbände möglich und überzeugend sei, weil und wenn diese zusätzlich eine gewisse Staatsähnlichkeit[1078] bzw. Quasi-Staatlichkeit[1079] oder Staatsnähe[1080] aufweisen. Aufgrund ihrer Normsetzungsmöglichkeit seien Sportverbände „intermediäre Gewalten"[1081] des gesellschaftlichen Lebens und somit Adressaten der Grundfreiheiten. Der Grund für die Erstreckung in privatrechtliche Rechtsbeziehungen wird in einer einheitlichen Anwendung der Grundfreiheiten zwischen den Mitgliedstaaten gesehen: Da die Grenzziehung zwischen privater und staatlicher Normsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich erfolgt, sollen Normen anhand der Grundfreiheiten unabhängig davon kontrolliert werden, ob sie ein privater oder staatlicher Urheber erlassen hat.[1082] Kriterium für eine solche Position als intermediäre Gewalt sei eine (faktische) Machtstellung dieser Institution. Diese kann sich zum einen daraus ergeben, dass der Staat zugunsten privatrechtlicher Institutionen oder Organisationen seine Normsetzungsbefugnis zurücknimmt bzw. ihnen sonst hoheitliche Befugnisse überträgt (Machstellung kraft staatlicher Verleihung) oder wenn private Verbände aufgrund ihrer gesellschaftli-

1075 Siehe dazu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 663 – 675; *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 Rn. 46 f.

1076 Dazu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 638 – 662.

1077 So die Einordnung von *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rn. 49.

1078 *Jarass*, in: FS Everling, 1995, S. 593 (594).

1079 *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 284.

1080 *Roth*, FS Everling, 1995, S. 1231 (1244).

1081 *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 769; *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rn. 49 spricht von „intermediären Mächten"; *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 92.

1082 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 92; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, C-415/93 – *Bosman*, Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

chen Stellung gegenüber dem Einzelnen staatsgleich agieren können (soziale Machtstellung).[1083] „Die soziale Machtstellung kann sich sowohl aus dem hohen Organisationsgrad der maßgeblichen Personengruppen in einem (quasi-)monopolistischen Verband und seiner Durchsetzungsfähigkeit im politischen Prozess als auch aus der faktisch unvermeidlichen Inanspruchnahme der Vorteile solcher Verbände ergeben (etwa bei der Organisation von Wettbewerben unter Sportlern)."[1084]

Die weitere Rechtsprechungsentwicklung zeigt jedoch, dass auch unabhängig von einer solchen sozialen Machtstellung individuelle Abreden unter Privaten am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen sein können.[1085] Mit der Entscheidung *Angonese*, in dessen Ausgangsfall es um eine privatrechtliche Stellenausschreibung einer italienischen Bank ging, wurde klargestellt, dass die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten weder auf kollektive Regelwerke beschränkt ist, noch dass es auf eine Staatsnähe, Staatsähnlichkeit oder eine besondere Machtstellung ankomme.[1086] Die funktionale Betrachtungsweise des EuGH auf die Grundfreiheiten sowie der *effet utile* sprechen gegen eine Beschränkung auf Kollektivorganisationen, weil es für den angestrebten behinderungsfreien Verkehr im Binnenmarkt keinen grundsätzlichen Unterschied macht, in welcher Form eine Beschränkung erfolgt.[1087]

Damit kommt dem Topos der intermediären Gewalten keine eigenständige Bedeutung (mehr) bezüglich der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten zu. Die Sportverbandsfälle sind jedoch deshalb bemerkenswert, weil der phänomenologische Ausgangspunkt der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten Organisationen waren, die aufgrund ihrer „Monopolstellung" und privaten Rechtsetzungsbefugnis eine starke modal-strukturbezogene Machtstellung in ihren jeweiligen Sportsystemen einnehmen. Diese Machtposition, über Handlungsspielräume von individuellen Leistungsrol-

1083 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 93 mwN in Fn. 393.

1084 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 93.

1085 Grundlegend EuGH, Urt. v. 06.06.2000, C-281/98 – *Angonese*, Rn. 34 – 36; siehe dazu – aus kritischer Perspektive – *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 94 – 96.

1086 So auch überzeugend *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 681 f., 683 – 686.

1087 So überzeugend *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (21), der gleichzeitig darauf hinweist, dass Kollektivregeln deshalb „suspekt" sind, weil sie als Kollektivregel per se nicht stimmig zum Leitbild eines wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Wettbewerbsfreiheit seien; ähnlich auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (464 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lenträgern (Sportler*innen) entscheiden zu können, ist der Umstand, der vom Unionsrecht als regelungsbedürftig wahrgenommen wurde. Es verwundert daher nicht, dass der Begriff der „intermediären Gewalten" kürzlich im Kontext der Regulierung sozialer Netzwerke wieder aufgeworfen wurde,[1088] also einem Bereich, in dem ebenfalls eine Organisation in erheblichem Umfang über die digitale Kommunikation entscheidet.

Darüber hinaus sind die Sportverbandsfälle auch deshalb interessant, weil sich im Unionsrecht – vielleicht sogar noch stärker als im nationalen Recht – die Abgrenzungsfrage zwischen dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts und der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten stellt: GA *Lenz* hat im Fall *Bosman*[1089] hervorgehoben, dass man die Sportverbandsfälle auch mithilfe des Wettbewerbsrechts lösen könnte.[1090] Hier stellt sich die oben aufgeworfene[1091] Grundsatzfrage, die diese Untersuchung nicht beantworten kann, wie sich das Wettbewerbsrecht zu sozialen Phänomenen verhält, die zwar auch eine wirtschaftliche Komponente aufweisen, der soziale Konflikt jedoch primär innerhalb einer anderen Systemreferenz (hier: Sport) verläuft.

4. Jüngster Rekurs auf Macht

a. Standardisierungen als Normsetzungsmacht

Die Überlegungen zu den Sportverbandsfällen sowie zu den Grenzen des Wettbewerbsrechts haben gezeigt, dass unser Verständnis von wirtschaftlicher Macht weitgehend von der Vorstellung geprägt ist, dass eine Privatrechtsakteur*in über eine markmächtige Position verfügt und diese ausnutzt, um beispielsweise Konkurrenten vom Markt zu verdrängen o.ä. Aber im Wirtschaftssystem treten Machtphänomene auch in deutlich

1088 *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 282 – 287.

1089 *GA Lenz*, Schlussanträge v. 20.09.1995 zu EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Bosman*, Rn. 253 – 276.

1090 Diesen Ansatz verfolgt auch *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 745 – 775; auch *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 75 – 82 bevorzugt das Wettbewerbsrecht als ausschließlichen Prüfungsmaßstab gegenüber den Grundfreiheiten.

1091 Siehe oben § 3 IV 4 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

amorpheren Strukturen auf. Ein Beispiel dafür sind Standardisierungen.[1092] „Standards bzw. Normen kommen im Wirtschaftsleben eine überragende praktische Bedeutung zu."[1093] Dabei entfalten sie, sofern sie sich im Markt etablieren, hinsichtlich des Wettbewerbs als wirtschaftlicher Institution ambivalente Wirkungen:[1094] Auf der einen Seite führen sie zu einer gewissen Homogenisierung der Produkte, sodass Informationskosten sinken, die Vergleichbarkeit der Produkte erhöht wird, und somit der Preiswettbewerb steigt. Auf der anderen Seite erschwert eine Standardisierung den Wettbewerb um die normierten Eigenschaften und hemmt damit den Wettbewerb über Produktdifferenzierung. Standardisierungen entfalten damit modal-strukturbezogene Macht: Sie ermöglichen bestimmte Handlungsspielräume für Unternehmen am Markt, schränken aber wiederum andere ein.

Ob sich ein Standard etabliert, bleibt häufig dem Markt überlassen; Normierungen sind erfolgreich, wenn Marktteilnehmer*innen ihnen Bedeutung zumessen.[1095] Ökonomisch kann man dies mithilfe von Netzeffekten erklären.[1096] Der Fall *Fra.bo*[1097] zeigt jedoch, dass auch private Normierungsorganisationen institutionell Standardisierungen und Zertifizierungen vornehmen, auf die dann ggf. das staatliche Recht Bezug nimmt. Die modal-strukturbezogene Machtposition der Standardisierungs- und Normierungsorganisationen kann dann als Normsetzungsmacht[1098] umschrieben werden.[1099] Der EuGH übertrug[1100] folgerichtig seine Rechtsprechungslinie zu den Sportverbänden auf die Normierungsorganisation und erklärte auch die Warenverkehrsfreiheit für unmittelbar anwendbar.[1101] Da-

1092 Siehe zu Standardisierungen im Kontext privater Ordnungen *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481 – 494).
1093 *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).
1094 Zum Folgenden *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).
1095 *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).
1096 Zu einem solchen Ansatz *Engert*, RW 2014, 301 (311 – 321).
1097 EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo SpA/DVGW*.
1098 *Engert*, RW 2014, 301 (303, 336).
1099 Siehe auch unten § 7 II 4 zum Verhältnis von privater Ordnung und privater Macht.
1100 So auch *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (767 f.) die darauf hinweist, dass der EuGH nicht ausdrücklich an seine bisherigen Entscheidungen zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten anknüpft.
1101 EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo SpA/DVGW*, Rn. 26, 31.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit wurde auch diese Form der modal-strukturbezogenen Macht anhand der Grundfreiheiten kontrolliert.[1102]

b. Macht und Technik: Digitale Plattformen als Infrastruktur

Roßnagel greift den Machtdiskurs auf und nimmt die Technik in den Fokus seiner Überlegungen. Ihm geht es um das Verhältnis von Technik und Recht zu gesellschaftlicher Macht, insbesondere um durch Technik vermittelte Macht und durch Technik bewirkte Freiheitsbeschränkungen. Diese Zusammenhänge sollten vom Recht stärker reflektiert werden.[1103] Er stellt dabei fest, dass Technik und Macht eng miteinander zusammenhängen: „Die neue Technik eröffnet für die einen neue Handlungsmöglichkeiten und schränkt die Handlungsspielräume von anderen ein."[1104] Hier tritt ein stark modal-geprägtes Machtverständnis zum Vorschein, das primär auf die Gestaltung von Handlungsoptionen abstellt. So kann derjenige Akteur die verhaltensbestimmende Macht der Technik am besten zu seinem eigenen Vorteil nutzen, der sie für seine Zwecke gestalten und beherrschen kann. Dies gelingt am ehesten durch technische Infrastrukturen, also solchen Techniksystemen, die ständig und flächendeckend Dienstleistungen gleicher Qualität erbringen (sollen). Darunter fallen neben klassischen Netzgütern wie Strom- und Wasserversorgung, Infrastrukturen wie der Flugverkehr, aber auch Suchmaschinen und soziale Netzwerke.[1105] Insbesondere letztere wurden als „mächtige Kommunikationsintermediäre"[1106] identifiziert, die „in weitem Umfang private Kontrolle über digitale Infrastruktur ausüben", und es somit zu einer „Ballung sozialer Macht" komme.[1107] „Für ihre Nutzung gelten Bedingungen und Regeln, die alle beachten müssen. Wer diese Bedingungen und Regeln bestimmen kann, schafft den idealen Sachzwang. Hier geht es nicht um Sollen oder Dürfen, sondern schlicht um Können."[1108] Die Relevanz von modal-strukturbezogenen Machtverhältnissen in digitalen Kontexten beont auch *Mendelsohn*: Digitale Macht zeichne

1102 Zur vom EuGH offengelassenen Frage, ob die Wettbewerbsvorschriften als Maßstab heranzuziehen sind *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (766 f., 769 f.).
1103 *Roßnagel*, MMR 2020, 222.
1104 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).
1105 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).
1106 *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (18).
1107 *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (4 f.).
1108 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich primär dadurch aus, dass digitale Plattformen durch die von ihnen aufgestellten privaten Ordnungen ihren jeweiligen Wirkbereich gestalten, regeln und regulieren.[1109]

Wenn das Bundesverfassungsgericht im Maßstäbeteil des Stadionverbotsbeschlusses von der „sozialen Mächtigkeit" eines Privatrechtsakteurs spricht,[1110] dann möchte meines Erachtens das Gericht mit diesem Begriff genau diese modal-strukturbezogene Machtposition – in diesem Fall des DFB –, nämlich den eigenen sozialen Bereich zu gestalten, zu regeln und zu regulieren, beschreiben. Hier zeigt sich der Unterschied zum Begriff der Ungleichgewichtslage in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 GG, mit dem primär kausal-interaktionsbezogene Machtphänomene adressiert werden sollen. Für soziale Netzwerke wurden daher zutreffend die Begriffe „soziale Macht" und „strukturelle Macht" synonym verwendet.[1111] Der grundrechtsdogmatische Begriff der sozialen Mächtigkeit adressiert damit modal-strukturbezogene Machtverhältnisse.

Die Macht der Technik sei dabei stark ausgeprägt, weil man ihr den Machtcharakter nicht mehr ansieht, da sie neutral wirkt – Technik erscheint ihren Nutzern als Sachzwang.[1112] *Roßnagel* stellt dann einen unmittelbaren Bezug zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts her und knüpft an den Topos der sozialen Mächtigkeit[1113] an: Wenn die Ausübung von Grundrechten zu Akkumulation von gesellschaftlicher Macht führe, dann könne diese Macht durch die Grundrechte anderer begrenzt werden.[1114] Dies gelte insbesondere für private Anbieter von digitaler Infrastruktur wie Google, Facebook, YouTube, Instagram oder Twitter: „Je abhängiger die Gesellschaft von ihren Infrastrukturleistungen ist und je tiefgreifender ihre Leistungserbringung die Verwirklichung von Grundrechten, insbesondere der informationellen Selbstbestimmung und der gesellschaftlichen Kommunikation, beeinflusst, desto eher unterliegen sie einer staatsgleichen Grundrechtsbindung."[1115] Dabei wird die pauschale These vertreten, dass je größer die gesellschaftliche Macht sei, desto stärker

1109 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 – 860).
1110 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.
1111 *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (102).
1112 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).
1113 Siehe dazu oben § 5 IV 1.
1114 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (223); die Grundrechtswirkungen im Digitalbereich in Anbetracht „mächtiger Kommunikationsintermediäre" akzentuiert *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (18).
1115 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (223).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müsse die Grundrechtswirkung sein.[1116] Der Gedanke einer intensiveren Grundrechtswirkung im Privatrecht wird später noch vertiefend aufgegriffen werden.[1117]

Diese modal-strukturbezogene Machtposition digitaler Infrastruktur, wie sie primär digitale Plattformen gegenüber ihren Nutzer*innen innehaben,[1118] ist aber nicht nur für die Grundrechte relevant. Auch das politische System hat hier einen Handlungs- und Regulierungsbedarf identifiziert. Paradigmatisch dafür stehen aktuell auf Unionsrechtsebene die beiden legislativen Rechtsakte des *Digital Markets Act* (DMA)[1119] sowie des *Digital Services Act* (DSA)[1120]. Während der DMA primär auf die Regulierung von Transaktionsplattformen wie z.B. Amazon abzielt, die eine digitale Infrastruktur für ökonomische Transaktionen bereitstellen (sog. „Gatekeepers"), adressiert der DSA Interaktionsplattformen wie z.B. Facebook, die Sozialität im digitalen Raum ermöglichen und regeln.[1121] In beiden Fällen hat die Legislative die modal-strukturbezogenen Machtpotentiale digitaler Plattformen erkannt.

Digitale Plattformen können im digitalen Zeitalter als bedeutende Intermediäre – ähnlich wie Verbände – angesehen werden: „Verbrauchern – und in wachsendem Umfang auch Unternehmen – wird die Navigation durch diese neue Welt durch eine neue Kategorie von Intermediären erleichtert: Unter Nutzung komplexer Suchalgorithmen und Datenanalyseverfahren bereiten digitale Plattformen Informationen über attraktive Interaktionschancen und -partner auf und versuchen, unter möglichst präziser Berücksichtigung der Nutzerpräferenzen effiziente Interaktions- bzw. Transaktionschancen zu vermitteln. Sie werden so bei einer wachsenden Vielzahl von Interaktionen zu unerlässlichen Vermittlern."[1122] *Heike Schweitzer* ver-

1116 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (223 f.); dagegen überzeugend *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (280): „Weil die Schaffung privater Ordnung unter dem GG nicht verboten, sondern im Gegenteil von den Freiheitsrechten geschützt ist, gilt es bereits sehr sorgsam abzutasten, ob und wo genau im konkreten Kontext ein Missbrauch privater Macht droht, der es notwendig machen würde, die Richtigkeitsvermutung der privatautonomen Vereinbarung in Frage zu stellen und die Freiheitssphären der Beteiligten unter Rekurs auf die grundrechtlichen Wertungen anders auszutarieren als die Vertragsparteien selbst."

1117 Siehe dazu unten § 9 I 1 a.

1118 Siehe dazu und zum Folgenden auch unten § 10 II 1 im Kontext des Facebooksfalls.

1119 VO (EU) 2022/1925 vom 14.09.2022.

1120 VO (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022.

1121 Siehe dazu im Kontext der Plattformregulierung *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138.

1122 *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weist in diesem Zusammenhang – noch deutlicher als *Roßnagel* dies tut – darauf, dass digitale Plattformen nicht nur aufgrund der technischen Kontrolle über die Plattform bestimmte Sachzwänge gegenüber den Nutzer*innen der bereitgestellten Infrastruktur ausüben. Die bloße technische Bereitstellung einer Plattform und die bereitgestellten (technischen) Möglichkeiten der Nutzer*innen auf der Plattform werden mit der Einrichtung spezifischer Institutionen und Regeln verknüpft, die die Interaktionen auf der Plattform regulieren: Digitalen Plattformen treten als „private Gesetzgeber" auf.[1123]

V. Von Macht zur Exklusion

Damit konnte *Renners* These widerlegt werden, dass modal-strukturbezogene Machtphänomene im und für das Privatrecht keine Rolle spielen. Sie bleiben aber deshalb weitgehend für die Privatrechtstheorie unsichtbar, weil sie sich (1.) nicht auf bestimmte Teilrechtsgebiete beschränken und (2.) traditionell innerhalb öffentlich-rechtlicher Institute wie der Grundrechte oder der Grundfreiheiten diskutiert worden sind. Welche Relevanz hat dieses soeben gezeichnete Panorama von Machtphänomenen und ihre Rezeption im Recht sowie in der Rechtswissenschaft für die Analyse des Stadionverbotsfalls? Das Panorama verdeutlicht mehrere Aspekte:

(1.) Zunächst lässt sich sowohl in den Sozialwissenschaften als auch in der Rechtswissenschaft eine Akzentverschiebung hinsichtlich der relevanten Machtbegriffe ausmachen. Während interaktionsbezogene und kausalkonzipierte Machtbegriffe immer weniger die aktuellen sozialen Konflikte beschreiben können, die an das Recht herangetragen werden, werden verstärkt modale und strukturbezogene Machtkonzeptionen betont. Für das hier relevante Rechtsinstitut des Vertrages und das allgemeine Vertragsrecht wurde dies jedoch unzureichend aufgegriffen. Zwar betont *Renner*, dass mit dem Verbraucherrecht auch bestimmte Handlungsoptionen von Privatrechtsakteuren thematisiert werden – dabei handelt es sich jedoch um ein bereits ausdifferenziertes Teilrechtsgebiet. Das allgemeine Vertragsrecht wird von modalen und strukturbezogenen Machtphänomene weitgehend freigehalten, weil aufgrund des Fokus auf der Privatautonomie und der

1123 *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (3 –6); siehe allgemein zu solchen privaten Ordnungen unten § 7 sowie speziell zur privaten Kommunikationsordnung Facebooks unten § 10 II.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bilateralen Vertragsvereinbarung der Bezugspunkt für relevante Machtphänomene von vornherein verengt wird.

(2.) Insbesondere die soeben diskutierten Machtphänomene können am ehesten mit modal-strukturbezogenen Machtbegriffen beschrieben werden: Organisationen im Allgemeinen und Verbände im Besonderen ordnen das soziale Leben innerhalb sozialer Systeme und schaffen damit erst spezifische Handlungsmöglichkeiten, schließen aber gleichzeitig auch andere Handlungsoptionen aus, die nicht auf der Agenda der jeweiligen Organisation stehen. Der Topos der intermediären Gewalten im Unionsrechts verdeutlicht die Rolle, die private Organisationen für die Gesamtstruktur sozialer Systeme einnehmen: Fehlt es an staatlichen Rechtsnormen oder wird ihnen die Rechtssetzungsgewalt übertragen, übernehmen sie die relevante Normsetzung, die das soziale Handeln innerhalb des jeweiligen sozialen Systems steuert. Diese Normsetzung muss dabei nicht zwingend formal erfolgen, sondern kann auch amorphere Formen annehmen, wie Standardisierungen zeigen. Im digitalen Kontext kommen alle Probleme sogar zusammen: Digitale Plattformen steuern nicht nur durch den Einsatz von Technik, sondern ergänzend auch über die Setzung von Verhaltensstandard als soziale Verhaltensnormen auf der jeweiligen Plattform. Als Infrastruktur bestimmen sie noch stärker als frühere Verbandsstrukturen über Handlungsoptionen einzelner Akteure.

(3.) Diese beschriebenen Phänomene weisen jedoch auch einen Bezug zum Vertrag und damit zum Vertragsrecht auf: Die Mitgliedschaft in einer Organisation oder einem Verband wird durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet. Der Vertrag ist das zentrale Mittel, um Mitgliedschaft zu begründen und sich damit der Organisations- und Regelungsmacht der Organisation zu unterwerfen. Dies gilt auch für die Nutzung einer sozialen Plattform im digitalen Kontext. Der Nutzungsvertrag mit der Plattform ist einerseits der Schlüssel für eine einzelne Nutzer*in, die angebotene Infrastrukturleistung der Plattform zu nutzen. Andererseits ist dieser Vertrag das Vehikel für die Erstreckung der Nutzungsbedingungen und Verhaltensstandards.[1124] Diese Beispiele zeigen: Anders als dies *Renner* behauptet, sind auch modal-strukturbezogene Machtphänomene von unmittelbarer Relevanz für das Privatrecht. Allerdings – und diesbezüglich behält er recht – ist es schwierig, diese Machtbeziehungen im Recht abbildbar zu machen. Die Machtphänomene als modal-strukturbezogen zu bezeichnen, kann nur ein erster analytischer Schritt sein. Gerade weil sie kausal-interaktionsbezo-

1124 Siehe dazu ausführlich unten § 10 II.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genen Machtphänomenen diametral entgegenstehen, ist es aus privatrechtstheoretischer Perspektive schwierig, rechtsintern zu reflektieren, welches dieser modal-strukturbezogenen Machtphänomene inwieweit regelungsbedürftig sind. Das Recht ist auf eine konkrete Beschreibung des sozialen Konfliktes angewiesen.

(4.) Geht es damit um die Beschreibung von sozialen Strukturen, können differenzierungs- bzw. systemtheoretische Ansätze herangezogen werden. Damit soll hier die Inklusionsfunktion des Vertrages aufgegriffen werden. Machtphänomene können nicht nur in Relation zu bestimmten Teilrechtsgebieten re-spezifiziert werden, sondern auch – und gerade primär – in Relation zu spezifischen sozialen Systemen. Dies bietet sich insbesondere dann an, wenn sich noch kein spezielles Teilrechtsgebiet wie das Wettbewerbs- oder Verbraucherrecht ausdifferenziert hat, sondern man mit dem allgemeinen Vertragsrecht arbeiten muss. Dann können die einzelnen Funktionsbeschreibungen des Vertrages auf privatrechtstheoretischer Ebene helfen, bestimmte Machtphänomene in Bezug auf diese Funktionen zu denken. Macht, insbesondere modal-strukturbezogene Macht, kann dann auch auf die Inklusionsfunktion spezifiziert werden. Macht bedeutet dann, dass Akteure und Akteurinnen über ihre strukturelle Stellung innerhalb eines sozialen Systems nicht nur allgemein private Regeln setzen, sondern auch Zugangsregeln setzen können. Sie entscheiden mit anderen Worten darüber, ob und nach welchen Kriterien Inklusion in das jeweilige Funktionssystem möglich ist. Wird diese Inklusion verwehrt, kann der Gegenbegriff „Exklusion" herangezogen werden. Der differenzierungstheoretische Begriff der Exklusion ermöglicht eine Analyse anhand des oben vorgestellten Modells mit spezifischem Bezug zu Inklusions- und Exklusionsmöglichkeiten innerhalb eines sozialen Systems.

(5.) Verschiebt man damit den Machtbegriff hin zu einem Exklusionsbegriff lassen sich die oben angeführten Machtbeispiele auch damit beschreiben: Wird die Inklusion in ein Funktionssystem (ausschließlich) über eine Organisation vermittelt, benötigt eine Akteur*in die Mitgliedschaft in dieser Organisation. Erhält sie diese Mitgliedschaft nicht, gilt sie bezüglich dieses Funktionssystems als exkludiert. Auch Standards können eine exkludierende Wirkung für diejenigen entfalten, die diesen Standards nicht folgen möchten. Auch soziale Plattformen kennen als schärfste Sanktion die Exklusion ihrer Mitglieder, beispielsweise indem für mehrere Tage

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die aktiven Funktionen von Nutzeraccounts gesperrt werden, wie der Fall *Facebook* zeigt.[1125]

(6.) Auch der soziale Konflikt, der dem Stadionverbotsbeschluss zugrunde liegt, kann am ehesten durch den Begriff der Exklusion beschrieben werden. Wie oben dargelegt, kommt dem Zuschauervertrag mit Blick auf den sozialen Konflikt der Stadionverbote eine Inklusionsfunktion zu. Die soziale Macht des DFB besteht hier darin, Regeln in Form der Stadionverbotsrichtlinien für diese Inklusion aufzustellen. Diese Zugangsregeln bestimmen in erheblichem Maße über die Handlungsoptionen der Fußballzuschauer*innen: Erfüllen sie die Bedingungen bzw. haben kein Stadionverbot erhalten, so können sie als Publikum das Stadion betreten und in ihrer Publikumsrolle in das Sportsystem inkludiert werden. Diejenigen, die ein Stadionverbot erhalten haben, wird diese Inklusion verwehrt – ihre sozialen Handlungsoptionen werden dadurch eingeschränkt.

Beschreibt man die Machtbeziehung im Stadionverbotsfall zwischen DFB bzw. dem einzelnen Verein auf der einen Seite und den Fußballfans auf der anderen Seite (bzw. analysiert man die strukturelle Position, die der DFB im Fußballsportsystem einnimmt), dann kommt auf analytischer Ebene dem Topos der „sozialen Mächtigkeit" keine eigenständige Bedeutung zu. Da diese modal-strukturbezogene soziale Machtstellung nach hier vertretener Ansicht auf die Inklusion bezogen werden muss, kommt es nur noch darauf an, inwieweit der DFB über diese Inklusion entscheiden kann.

VI. Zwischenergebnis

Der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts hat den Topos der „sozialen Mächtigkeit" als dogmatischen Abwägungsbegriff etabliert. Damit hat sich die Frage aufgedrängt, ob zumindest Ausschnitte des sozialen Konfliktes mithilfe von Machtbegriffen beschrieben werden können und ob solche Phänomene für das (Vertrags-)Recht relevant sind. Dieses Kapitel konnte zeigen, dass zwar ein privatrechtstheoretischer Diskurs über private Macht und ihre Bedeutung für das Privatrecht geführt wird, dieser jedoch bestimmte soziale Machtphänomene, insbesondere modal-strukturbezogene Machtkonstellationen, ausblendet. Die Beispiele aus der frühen Grundrechtsdogmatik zu ihrer Privatrechtswirkung, der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, die Verbändediskussion, organisationsso-

1125 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*; näher dazu unten § 10 II.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ziologische Beschreibungen, Standardisierungen sowie Macht durch Technik – heute primär ausgehend von digitalen Plattformen – haben gezeigt, dass die modernen Machtprobleme für das Privatrecht solche modal-strukturbezogener Art sind.

Machtbegriffe allgemein und modal-strukturbezogene Machtbegriffe im Besonderen sind jedoch für das Recht schwer operationalisierbar. In Ergänzung zum Vorschlag, dass Macht und ihre Bedeutung auf einzelne Teilrechtsgebiete re-spezifiert werden sollte, wurde begründet, dass Macht auch auf soziale Kontexte re-spezifiert werden kann und sollte. Wendet man damit Macht auf die Inklusionsfunktion des Vertrages an, können modal-strukturbezogene Machtkonstellationen präziser mit dem Begriff der Exklusion beschrieben werden: Relevant und zu beschreiben sind die Umstände, die zu einer sozialen Exklusion aus einem sozialen Funktionssystem führen bzw. diese begünstigen. Auch der Stadionverbotsfall lässt sich als Exklusionskonflikt re-formulieren: Im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen dem Fußballultra und dem DFB steht der Ausschluss aus dem Stadion, der – wie noch zu zeigen sein wird – zu sozialer Exklusion führen kann. Diese Exklusion wird dadurch stabilisiert und normalisiert, indem der DFB mit den Stadionverbotsrichtlinien Exklusionsregeln aufgestellt hat. Die genaue Beschreibung dieser beiden Aspekte ist Gegenstand der beiden nachfolgenden Kapitel.

§ 6 Stadionverbote als Exklusionskonflikt

Im vorherigen Kapitel wurde ein Macht- und ein Exklusionspanorama gezeichnet. Dabei wurde die These aufgestellt, dass sich der soziale Konflikt um die Stadionverbote primär als Exklusion durch Organisationen beschreiben lässt; die „soziale Mächtigkeit" des DFB als Adressat der Gleichbehandlungspflichten durch den Stadionverbotsbeschluss resultiert dabei aus dem sozialen Kontext, den dieser Akteur im Teilsystem (Fußball-)Sport einnimmt: Er entscheidet über die Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) in erheblichem Umfang über die Inklusions- und Exklusionsentscheidungen im Fußballsportsystem. In den folgenden zwei Kapiteln soll dieser sozia-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

le Kontext auf der Meso- und Mikroebene genauer aufgezeigt werden. Dieses Kapitel beschreibt dabei primär die Akteurskonstellationen[1126] im Fußballsportsystem in ihrer Relevanz zu Stadionverboten, während das nachfolgende Kapitel das normative Governanceregime untersucht.

Zwei zusammenhängende Entwicklungslinien im Fußballsport und seinen Zuschauer*innen führen an den Ausgangspunkt, um den sozialen Konflikt um die Stadionverbote verstehen zu können: (1.) Die Ausdifferenzierung des Fußballsports wird von umfassenden, noch anhaltenden Kommerzialisierungstendenzen begleitet; das Fußballspiel im Stadion wird zu einem Event. Dies hat dazu geführt, dass (2.) Vereine und Verbände neue – insbesondere konsumorientierte – Zuschauergruppen erschließen konnten und die Gestaltung des gesamten Events „Stadionerlebnis" vermehrt an dieser Gruppe ausrichten. Gleichzeitig differenzierten sich neue Fangruppen heraus: die Ultras. Sie zeichnen sich durch eine traditionale Verbundenheit mit „ihrem" Verein bzw. „ihrer" Stadt aus und erheben Anspruch auf Partizipation, also auf Mitgestaltung des Fußballsports. Sie sind es auch, die in erheblichem Umfang von Stadionverboten betroffen sind bzw. waren. Unter Umständen führen Stadionverbote zu sozialer Exklusion, indem davon betroffene Personen aus ihrem sozialen Umfeld (der Ultragruppe) herausgerissen werden und ihnen die Partizipation am Sportsystem erschwert wird.

Das Bedürfnis des DFB nach einem gewaltfreien, kommerziell erfolgreichen Fußballevent im Fußballstadion führt zur Etablierung von Stadionverboten. Allerdings werden Stadionverbote in der sozialen Welt der beteiligten Akteure unterschiedlich gedeutet: Der DFB sieht sie als notwendige präventive Mittel an, um Gewalt in und um Fußballstadien zu begegnen. In der sozialen Welt der Ultras werden sie jedoch als faktische Sanktion angesehen. In diesem Kontext besteht die soziale Machtposition des DFB darin, über private Ordnungsmechanismen (SVRL) die soziale Exklusion zu normalisieren und den Deutungskonflikt – abgestützt durch das Privatrecht – für sich zu entscheiden. Nach hier vertretener These macht dieser Umstand die „einseitige Bestimmungsmacht" – wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert – aus.

Zwei Gründe sprechen dafür, auch in einer juristischen Arbeit das Fußballsportsystem eingehend zu beschreiben: (1.) Der soziale Konflikt

1126 Für einen stichwortartigen Überblick aller Akteure und Konfliktlinien mit Bezug zu Stadionverboten, die in diesem Kapitel nicht erschöpfend wiedergegeben werden können, siehe *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (181, 184).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

um die Stadionverbote ist in einen vielschichtigen Konflikt eingebettet. Es ist Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz, die sich auch bei Intrasystemkonflikten dazu verpflichtet, einen umfassenden Durchgang durch eine Vielzahl von Rationalitäten bzw. Sichtweisen zu wählen. (2.) Dabei hat die Überführung von soziologischem Wissen in die Wissensbestände der Rechtswissenschaft keinen Selbstzweck. Das Recht bzw. die Rechtswissenschaft neigt an vielen Stellen dazu, einen sozialen Konflikt zu stark zu vereinfachen oder zu dekontextualisieren. Oben konnte dies im Zusammenhang mit dem dogmatischen Begriff der „strukturellen Ungleichgewichtslage" gezeigt werden: Hier wird das Ungleichgewicht zwischen zwei Akteur*innen (Mikroebene) postuliert, ohne dass der größere soziale Kontext (Meso- und Makroebene) berücksichtigt wird, obwohl es häufig diese Strukturen sind, die sich dann auf die Mikroebene auswirken und zu einer „Ungleichgewichtslage" führen. Die Ausführungen in diesem Kapitel haben – dem Konzept der Transversalität verpflichtet – primär deskriptiven Charakter. Eine ausführliche Beschreibung des Konfliktes um die Stadionverbote hat jedoch nicht nur methodische Gründe, sondern ist auch im juristischen Diskurs in Anbetracht der teils einseitigen Argumentation in der Entscheidung des BGH[1127] und der Bewertung des Stadionverbotsbeschlusses, dass hier im Ergebnis lediglich *common sense* entschieden worden sei,[1128] dringend notwendig.

I. Kommerzialisierung des Fußballs

Die Professionalisierung der einzelnen Sportler*innen, also die Etablierung eines Berufs- und Profisports, war eine wesentliche Strukturveränderung, die die Ausdifferenzierung des Systems Sport gefördert hat.[1129] Für den Fußballsport ist dies ab dem 24.08.1963 auszumachen:[1130] Ab diesem Tag begann der Spielbetrieb der neugeschaffenen Fußballbundesliga unter der Regie des DFB. Die Bundesliga ermöglichte es erstmals, sich als Berufsspie-

1127 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 23.

1128 *Ruffert*, VerfBlog 2018/4/30.

1129 Zur Ausdifferenzierung des Sportsystems siehe *Schimank*, in: Mayntz et al. (Hrsg.), Differenzierung und Verselbstständigung, 1988, S. 181 (183 – 194); die Bedeutung der Professionalisierung für diesem Prozess akzentuiert *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 147.

1130 Dazu und zum Folgenden *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (186, 192).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ler zu etablieren. Auch wenn die meisten Spieler noch einen weiteren Beruf ausübten, kam es bereits hier zu einer ersten Differenzierung zwischen den beruflichen Spielern auf dem Platz und den Fans auf den Tribünen bzw. am Spielfeldrand. Dadurch entwickelte sich ebenfalls eine eigene Fußballfankultur. Aufgrund der Herausbildung einer organisierten Fankultur und dem wachsenden medialen Interesse stiegen die Einnahmen der Vereine. Dies führte zu einem wachsenden finanziellen Spielraum und damit zur einhergehenden Professionaliserung des Fußballs. Seit der Schaffung der Deutschen Fußballliga (DFL) am 01.07.2001 wurde dann die Grenze zwischen Profi- und Amateursport gezogen. Beschlüsse des DFB und der DFL ermöglichten es, Kapitalgesellschaften am Spielbetrieb teilhaben zu lassen. „Sie sind als logische ökonomische Folge der beschriebenen Kapitalakkumulation innerhalb der Lizenzvereine zu verstehen. Und sie bedienten die Forderung der Bundesligavereine nach wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Selbstständigkeit gegenüber dem DFB".[1131]

Die Professionalisierung des Fußballs, also die Abgrenzung eines eigenständigen Profifußballs gegenüber dem Amateursport, führt dazu, dass sich der Fußball im Laufe des 20. Jahrhunderts zu einem wirtschaftlichen Geschäft entwickelte.[1132] Dabei waren es aber nicht nur die internen Prozesse innerhalb des Sportsystems; auch das Wirtschafts- und Mediensystem traten an den neuen Profifußball heran und verstärkten die bisherige Ökonomisierung.[1133] Es kam zu einer Kommerzialisierung des Fußballs.[1134] Ab den 1980er Jahren stieg die Fernsehberichterstattung über Fußball und ermöglichte den Zuschauer*innen durch den Einsatz von Technik Perspektiven auf das Spielgeschehen, die Zuschauenden im Stadion aufgrund des festen Platzes nicht möglich sind.[1135] Dennoch kam es nicht zu einem Rückgang der Stadionbesucher*innen.[1136] Die mediale Aufbereitung von Bundesligaspielen und die Etablierung quotenfähiger Programmformate

1131 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (192).

1132 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (501 f.).

1133 Siehe dazu *Gerhard*, in: Holtz-Bacha (Hrsg.), Fußball – Fernsehen – Politik, 2006, S. 44; *Meyen*, M&K 2014, 377.

1134 *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 83 – 92 spricht auch von der Kommodifizierung, also der Entwicklung des Fußballs zur Ware.

1135 Vgl. dazu *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 84 – 86.

1136 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (504 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hat dazu geführt, dass neue Zuschauerschichten erschlossen werden konnten: die konsumorientierten Zuschauer*innen, die bisher dem Fußball fernblieben.[1137]

Der bisher letzte Schritt in der Kommerzialisierung des Fußballs ist die „Eventisierung von Stadionbesuchen". Damit ist gemeint, dass es im Fußballstadion nicht mehr nur um das Fußballspiel auf dem Rasen geht. Der Stadionbesuch soll ein Erlebnis[1138] sein, bei dem man sich wohlfühlt und das zum Konsum anregt. Es geht damit um Veränderungen des Events Fußball – nicht um Veränderungen des Sports Fußball an sich: Stehplätze nehmen ab, Logen und Sitzplätze nehmen zu, neue Zielgruppen sollen erschlossen werden. Die Stadien verändern sich: Stadien und Tribünen verlieren ihren örtlichen Bezug und werden nach Sponsoren benannt. Die Verpflegung im Stadion verwandelt sich zum Catering: Bratwurst und Bier werden durch Sushi oder mehrgängige Menüs in den Logen abgelöst.[1139]

Der Stadionbesuch als Event soll mehr und mehr neue, konsumorientierte Fans anlocken.[1140] *Peltzer* fasst dies treffend zusammen: „Die traditionellen Fans sind mehr und mehr unerwünscht, da der Verein kaum mehr auf sie angewiesen ist. Die Eintrittspreise nehmen nur noch einen kleinen Teil der Gesamteinnahmen ein (der Großteil stammt aus Sponsoren- und Fernsehgeldern), von den Einnahmen der Stehplätze ganz zu schweigen. Die Stimmung wird inzwischen künstlich durch aufdringliche Musikeinspielungen und Cheerleader von außen beeinflusst. Der Abschied der Vereine von ihrem Stammpublikum – den Fans – folgt einer wirtschaftlichen Logik."[1141] Diese Entwicklung ist der wichtigste Grund, warum sich der Fußball zum bedeutendsten Zuschauersport in Deutschland entwickelt hat; im Mittelpunkt steht jedoch kaum mehr der Sport an sich, sondern der Fußball als gesellschaftliches Ereignis.[1142]

Die Ökonomisierung des Fußballs hat Folgen insbesondere für die traditionellen Fans, welche den Fußball primär in seiner sportlichen und emotionalen Bedeutung betrachten: „Vor allem aber sind auch die *traditio-*

1137 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (505).
1138 *Winands*, Interaktionen von Fußballfans, 2015, S. 14: Stadionbesuch als das „echte" Fußballerlebnis.
1139 *Peltzer*, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, S. 285 (286).
1140 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (506 – 508).
1141 *Peltzer*, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, S. 285 (286).
1142 Vgl. *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als Soziales Feld, 2019, S. 77 (77).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nellen Fans von der Kommerzialisierung betroffen, als sie eine Vielzahl von Repressionen erdulden mussten, die aufgrund einer Neuausrichtung des kommerzialisierten Fußballs auf *neue* Fans und Sponsoren erfolgten."[1143] Das Fußballevent ist damit primär an neuen, konsumorientierten Fans ausgerichtet. Da darüber hinaus die wirtschaftliche Bedeutung der Ticketpreise für die einzelnen Vereine gesunken ist, spielen traditionelle Fans mit Dauerkarte, die sich „ihrem" Verein emotional verbunden fühlen, aus ökonomischer Sicht der Vereine nur noch dahingehend eine Rolle, dass sie mit ihren Sprechchören, Fahnen und Bannern[1144] zum Stadionevent beitragen.[1145]

Die Ausdifferenzierung des Sportsystems mit seinem Teilsystem des modernen Fußballs wird damit vom Grundkonflikt zwischen Kommerzialisierung und Tradition begleitet. Entlang dieser Konfliktlinie verläuft beispielsweise auch die Diskussion um die sog. „50+1-Regel".[1146] Auch wenn es sich nach hier vertretener These bei den Stadionverboten um einen Intrasystemkonflikt innerhalb des Sportsystems handelt,[1147] zeigt sich hier die Multilateralität des Zuschauervertrages in aller Deutlichkeit: In der Sportinstitution des Fußballstadions treffen die Rationalitäten des Sports, der Wirtschaft und – näher dazu sogleich – der Ultrakultur aufeinander. Hier mündet die Entwicklungslinie „Kommerzialisierung des Fußballs" in den konkreten sozialen Konflikt um die Stadionverbote. Die Stadionverbote sind ein zentrales Instrument des DFB und der Vereine ihre kommerziellen Interessen gegenüber anderen Interessen abzusichern: Stadionverbote verfolgen nach dem Nationalen Konzept Sport und Sicherheit (NKSS) insbesondere das Ziel, dass alle sportinteressierten Zuschauer*innen gefahrlos zu Sportveranstaltungen gehen und sich diese anschauen können.[1148] Stadionverbote sind damit ein wichtiges Instrument, um dauerhaft neue Sport-

1143 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (501).

1144 Siehe dazu unten § 6 II 3.

1145 Vgl. *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 90 f.; *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (518): „Trotz allem kann auf die traditionellen Fans nicht verzichtet werden, da sie noch immer für die Stimmung und Emotionen im Stadion entscheidend sind: Die Fankurve wird gebraucht, gerade um die Ereigniskultur zu befördern."

1146 Siehe dazu aus je unterschiedlicher Perspektive *Scherzinger*, NZKart 2020, 496; *Heller*, SpoPrax 2021, 186; *Bauers*, SpoPrax 2021, 192.

1147 Siehe dazu oben § 2 V 2, § 4 V 4.

1148 *Peltzer*, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, S. 285 (288).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

zuschauer*innen zu gewinnen; gleichzeitig sind es jedoch überwiegend traditionsorientierte Fans, welche von Stadionverboten betroffen sind.

II. Sportzuschauer, Fußballfans und Ultras

Der vorherige Abschnitt legte offen, dass es u.a. Kommerzialisierungsprozesse des Fußballs sind, die zur Etablierung von Stadionverboten durch den DFB führten. In diesem Abschnitt geht es hingegen um die Akteur*innen auf der anderen Seite: die Sportzuschauer*innen bzw. Fußballfans. Im Mittelpunkt stehen dabei die Gruppen der Ultras, die als Schnittmenge zwischen Zuschauer*innen und Fans beschrieben werden können. Ein kurzer Blick auf die Geschichte der Ultras zeigt ihre Abgrenzung gegenüber den Hooligans, denen ursprünglich die Stadionverbote galten. Einblicke in die soziale Welt der Ultras leiten zur Konfliktarena Stadionverbot über: Ihre Kritik an Stadionverboten ist eingebettet in eine ganze Konfliktlinie, die zwischen den Ultras und dem DFB verläuft. Dabei wird deutlich, was Ultras von anderen Fans oder Sportzuschauern unterscheidet: ein aktives Element sowie Forderungen nach Partizipation.

1. Fußballfans als Sportzuschauer

Zu den Personen, die von Stadionverboten betroffen sind, können mehrere Perspektiven eingenommen werden: Unterschiedliche theoretische Rekonstruktionen der Personen belichten dabei unterschiedliche Aspekte der Akteur*innen, ihrer Kontexte, ihrer Rollen, usw. Da sich das methodische Programm der Transversalität dazu verpflichtet, zumindest zwei Zugänge zu wählen,[1149] wird für diese Untersuchung ein differenzierungstheoretischer und ein fansoziologischer Zugang gewählt. Aus Sicht der hier gewählten Differenzierungstheorie können die von Stadionverboten betroffenen Personen als Sportzuschauer*innen beschrieben werden;[1150] die Fansoziologie bezeichnet diese Personen primär als Fans. Beide Perspektiven überlappen sich und ergänzen einander. Der differenzierungstheoretische Zugang bietet sich besonders gut an, da sowohl wissenschaftstheoretische Vorannahmen dieser Arbeit als auch die oben vorgestellte These der Inklusionsfunk-

1149 Siehe dazu oben § 1 III 3 b.

1150 Siehe zu einer anderen theoretischen Konzeption von Sportzuschauer*innen *Strauß*, in: ders. (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 7 (11 – 15).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tion des Vertrages auf Differenzierungstheorien aufbauen. Anknüpfend an die Ausführungen zur Inklusionsfunktion des Vertrages geht es bei der Beschreibung von Fans als Sportzuschauer*innen primär um den Themenkomplex Inklusion.

Bereits oben wurde die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Publikumsrolle als generalisierte Kategorie der Inklusion eingeführt.[1151] Dies kann für das (Fußball-)Sportsystem spezifiziert werden: Leistungsrollenträger im Fußballsport sind primär die Leistungssportler*innen und ihre jeweiligen Vereine und sekundär die Organisationen wie der DFB oder die DFL als Veranstalter der Fußballigen, die Betreiber der Fußballstadien sowie Schiedsrichter*innen und Kommentatoren.[1152]

Für diese Arbeit von größerer Bedeutung ist hingegen die Inklusion einer größeren Anzahl an Menschen über die Publikumsrolle. Dabei können drei große Formen der Inklusion in das Sportsystem ausgemacht werden: Breitensport, Sportzuschauen im Stadion sowie die Sportberichterstattung. Zudem lässt sich eine Rangfolge der Inklusion beobachten: Der größte Teil der Publikumsrolle wird dadurch in das Sportsystem inkludiert, indem er über Medien vermittelte Sportereignisse anschaut. Darauf folgt die Inklusion als Breitensportler*in in Form der sekundären Leistungsrolle; Sportzuschauen im Stadion folgt danach.[1153] Für diese letztgenannte Form der Inklusionsaktivität konnten *Schimank* und *Schöneck* zeigen, dass etwa 47 % der Befragten zumindest gelegentlich Sportveranstaltungen besuchen; etwa 54 % hingegen nie. In der Befragung gaben weniger als 10 % an, oft eine Sportveranstaltung zu besuchen.[1154]

Neben diesen Formen der Inklusion interessiert sich die differenzierungstheoretische Perspektive darüber hinaus auch dafür, welche Strukturmerkmale die Publikumsrolle in einem jeweiligen Funktionssystem kennzeichnen.[1155] Inklusion in das Sportsystem ist – sowohl bezüglich der Rollen Breitensportler*in als auch Zuschauer*in – optional: „Man muss weder Breitensport treiben, noch muss man sich als Zuschauer für Spitzensport

1151 Siehe dazu oben § 4 III 2 a.

1152 Vgl. allgemein zu den Leistungsrollen im Sportsystem *Schimank*, in: Mayntz et al. (Hrsg.), 1988, S. 181 (190 f.).

1153 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (11).

1154 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (10) auch mit Verweis in Fn. 14 zu anderen Erhebungen, die zu einer ähnlichen Verteilung kommen.

1155 An dieser Stelle zeigt sich die Kontextabhängigkeit des juristischen Topos der Selbstbestimmung; Strukturanalysen von sozialen Systemen können hier die relevanten Kontexte aufdecken, die die Selbstbestimmung beeinflussen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

interessieren; man kann beides oder nur eins von beiden tun oder auch beides lassen. In beiden Hinsichten bindet man sich ferner nicht langfristig, sondern kann die Inklusion jederzeit beenden."[1156] Diese Optionalität der Inklusion verbindet sich mit einer grundsätzlich großen Exit-Option, was zu einem eher asymmetrischen Inklusionsverhältnis zugunsten des Breitensportlers bzw. der Sportzuschauerin – also der Publikumsrolle – führt: Man kann einen Verein, ein Fitnessstudio oder die Sportart verhältnismäßig leicht wechseln. Auch eine Sportart, für die man sich lediglich als Zuschauer*in interessiert, könne man leicht wechseln.[1157] Die Publikumsrolle im Sportsystem ist weiterhin in der Sozialdimension grundsätzlich durch einen stark selbstbestimmten Zug gekennzeichnet, der durch die Optionalität sowie der Asymmetrie zugunsten des Inkludierten entstehe.[1158] „Für die relative Selbst- oder Fremdbestimmtheit eines Inklusionsverhältnisses ist ferner bedeutsam, wie formalisiert es ist – sei es durch Organisationsregeln, denen man als Mitglied oder Klient unterworfen ist, sei es durch rechtliche Regulierungen. Bei der Zuschauerrolle ist beides kaum gegeben – im Gegensatz etwa zur Inklusion als Parteimitglied oder als Verwaltungsklient ins politische System. Als Breitensportler unterliegt man dann, wenn man seinen Sport vereinsförmig betreibt, gewissen organisatorischen Formalisierungen, wobei Sportvereine im Vergleich zu Arbeitsorganisationen oder auch zu anderen Interessenorganisationen, etwa politischen Parteien, wenig formalisiert sind. Noch höhere Selbstbestimmtheit ergibt sich dann, wenn ein Inklusionsverhältnis *kommerzialisiert* ist, weil sich ein an Gewinn orientierter Anbieter in starkem Maße an den Interessen seiner Kunden orientieren muss. Das gilt für Breitensportler, die ihren Sport bei kommerziellen Anbietern betreiben, ebenso wie für Sportzuschauer, die Eintrittspreise bei Veranstaltungen bezahlen – immer vorausgesetzt, der zu entrichtende Preis stellt keine unüberwindbare Zugangshürde dar, die die ‚Konsumentensouveränität' auf Null reduziert."[1159]

Die differenzierungstheoretische Perspektive beschreibt somit die Publikumsrolle im Sportsystem mit den Begriffen Optionalität, Asymmetrie zugunsten des Publikums sowie Selbstbestimmung. Sie unterscheidet dabei nicht zwischen den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Publikumsrolle. Damit deckt sich diese Perspektive weitgehend mit den vorherigen

1156 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (9).
1157 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).
1158 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).
1159 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Überlegungen zur Kommerzialisierung des Sportsystems: Die Kommerzialisierung des Fußballs führt dazu, dass sich Vereine und Verbände vermehrt an neuen Zuschauergruppen ausrichten und ihnen ein Stadion- oder Fernseherlebnis bieten wollen. Die Asymmetrie zugunsten der Sportzuschauer spricht dabei zunächst gegen die Annahme, dass der DFB auf der anderen Seite eine soziale Machtposition innehat: Durch die „Konsumentensouveränität", also ihre selbstbestimmten (Konsum-)Entscheidungen, können die Zuschauer*innen Druck auf Entscheidungsträger ausüben. Das Konzept der Transversalität fordert jedoch einen Durchgang durch potentiell alle Sozialtheorien. Zu fragen ist damit, ob sich zumindest ein anderer, komplementärer Beschreibungsansatz finden lässt, der mögliche Leerstellen der differenzierungstheoretischen Perspektive ausfüllen kann.

2. Sportzuschauer als Fußballfans

Diese andere Beschreibungsmöglichkeit erlaubt die soziologische Fanforschung.[1160] Sportzuschauer*innen, wie sie soeben beschrieben worden sind, können damit als (Fußball-)Fans rekonstruiert werden. Kernfragen der soziologischen Fanforschung sind dabei Fragen wie: Was unterscheidet Fans von „normalem" Publikum? Wie werden Zuschauer oder Zuhörer zu Fans? Bei diesen Fragen wird bereits sowohl der Bezug als auch die Akzentverschiebung zum differenzierungstheoretischen Ansatz deutlich: Fans sind auch Teil des Publikums als Zuschauer oder Zuhörer; allerdings unterscheiden sie sich von einem größeren Teil des Publikums und nehmen damit eine spezielle Publikumsrolle ein.

In den letzten Jahren hat sich in der fansoziologischen Literatur eine Definition durchgesetzt, die die Emotionalität von Fans in den Mittelpunkt stellt. Dabei wird an die etymologischen Wurzeln des Begriffs – *fan* als Kurzform für *fanatic* – angeknüpft: Fans sind danach „Menschen, die längerfristig eine leidenschaftliche Beziehung zu einem für sie externen, öffentlichen, entweder personalen, kollektiven, gegenständlichen oder abstrakten Fanobjekt haben und in die emotionale Beziehung zu diesem Objekt Zeit und/oder Geld investieren."[1161] Diese Definition ist für diese Untersuchung deshalb besonders gut geeignet, weil sie durch die Kriterien „längerfristig"

1160 Einen Überblick dazu geben *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 1 (11– 14).

1161 *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 1 (4); diese Definition legt auch *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 19 f. zugrunde.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und „handlungsrelevant“[1162] eine Akzentverschiebung zu „normalen“ Zuschauer*innen ermöglicht. Die Kriterien grenzen Fans von gelegentlichen, passiven Zuschauern ab, die potentiell auch starke Emotionen bei einem Fußballspiel oder Konzert erfahren, die emotionale Beziehung jedoch nach dem Verlassen des Stadions oder Konzertsaals bereits beendet haben.[1163]

a. Ausdifferenzierung der Fußballfankultur

Fußballfans weisen eine heterogene Fankultur auf, die sich im Laufe der letzten Jahrzehnte gewandelt und ausdifferenziert hat.[1164] Bezüglich dieser heterogenen Fankultur existieren zwei grundsätzliche Einteilungsansätze nach Idealtypen:[1165] Fußballfans können zum einen nach dem Zentrum ihres Interesses bzw. ihrer persönlichen Bedeutung des Fußballs in konsumorientierte, fußballzentrierte und erlebniszentrierte Fans eingeteilt werden.[1166] Zum anderen existiert eine polizeiliche Kategorisierung der Fans nach ihrer Gefährlichkeit bzw. Gewaltbereitschaft in Kategorie A, B und C.[1167] Für diese Untersuchung biete es sich an, die Fußballfanstruktur gruppenphänomenologisch zu ordnen und die vorgenannten Kategorisierungsansätze zur Gruppenbeschreibung einzusetzen:

Während in der Vergangenheit sog. Kuttenfans als ausschließlich fußballzentrierte und weitgehend friedliche (Kategorie A) Fußballfans die Fußballfankultur prägten, wird die heutige Fanlandschaft von konsumorientierten Fans[1168] dominiert. Hinzu treten jedoch Ultras und Hooligans[1169] als primär fußball- und erlebnisorientierte Fußballfans. Diese beiden Fangruppen sind es auch, die überwiegend von Stadionverboten betroffen sind. Für diese Untersuchung ist die Unterscheidung von Hooligans und

1162 Damit ist gemeint, dass Fan-Sein zwingend mit Handlungen verbunden ist und eine Investition von Zeit und/oder Geld voraussetzt.
1163 Vergleiche die erläuternden Hinweise zur Definition bei *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 1 (4 f.).
1164 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (365 f.).
1165 Siehe zur Rezeption und den Grenzen dieser Ansätze *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 21 – 25.
1166 Grundlegend *Heitmeyer/Peter*, Jugendliche Fußballfans, 1988, S. 31 – 33; beispielsweise rezipiert von *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 36 – 38.
1167 ZIS – Jahresbericht Fußball 2019/2020, S. 10 – 12.
1168 *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 39 spricht von den „Normalos“.
1169 Zum Hooliganismus siehe *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 27 – 54.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ultras zentral. Jedoch werden beide Fangruppen aufgrund ihrer Gemeinsamkeit – dem Einsatz von Gewalt – häufig fälschlicherweise gemeinsam betrachtet,[1170] was möglicherweise zu einer unpräzisen Analyse und Bewertung des Stadionverbotskonfliktes führt. Denn wesentlicher Unterschied[1171] zwischen modernen Formen des Hooliganismus und Ultragruppen ist ihr jeweiliges Verständnis von Gewalt und ihr Verhältnis zum Fußball: Hooligangruppen geht es primär um die Anwendung von Gewalt, welche auch losgelöst vom Fußball erfolgen kann. Verabredungen zu gewalttätigen Auseinandersetzungen wie Schlägereien von Hooligangruppen erfolgen daher auch häufiger jenseits von konkreten Fußballbegegnungen.[1172] Gewalt von Hooligans hat sich weitgehend vom Spielgeschehen gelöst.[1173] Solche Verabredungen zur Gewaltanwendungen waren auch Anlass, unterschiedliche strafrechtsdogmatische Figuren weiterzuentwickeln.[1174] Während damit Hooligangruppen relativ homogen in die polizeiliche Kategorie C als gewaltsuchende Fußballfans eingeordnet werden können, sind Ultragruppen bezüglich Gewalt heterogen: Während zwar der Großteil der Ultras friedlich (Kategorie A) ist und sich ausdrücklich von Gewalt distanziert, gibt es auch gewaltgeneigte (Kategorie B) und einen geringen Teil von gewaltsuchenden Ultras.[1175] Diese können daher auch als „Hooltras" bezeichnet werden.[1176]

Gewaltaktivitäten, die auf Hooligans zurückzuführen sind, gehen zwar allgemein und im direkten Stadionumfeld im Besonderen zurück. Dennoch prägen Hooligangruppen als gewaltbereite und gewalttätige Fangruppen nachhaltig das öffentliche Bild der Fußballfans.[1177] Wenn heute von Gewalt im und um Stadien die Rede ist, geht es jedoch meistens um die Fußball-

1170 So auch ausdrücklich *Kett-Straub*, Neue Kriminalpolitik 2012, 98 (99).
1171 Zur weiteren Abgrenzung siehe auch *Kett-Straub*, Neue Kriminalpolitik 2012, 98 (98 – 102).
1172 Vgl. *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 51 f.
1173 *Pilz*, in: Strauß (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 214 (218 f.).
1174 BGH, Beschl. v. 20.02.2013, 1 StR 585/12; BGH, Urt. v. 22.01.2015, 3 StR 233/14.
1175 Vgl. die Darstellung bei *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 24, 66 – 73.
1176 *Pilz*, in: Strauß (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 214 (231), der den Begriff ausdrücklich einführt, um den kleinen Teil gewaltbereiter „Hooltras" von der überwiegenden Zahl friedlicher Ultras klar unterscheiden zu können.
1177 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (187).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

fanszene der Ultras, die heute auch im Mittelpunkt von Stadionverboten stehen.[1178]

b. Ultras als aktive Fans

Die Ursprünge der Ultrakultur lassen sich Ende der 1960er Jahren in (Nord-)Italien verorten.[1179] In Deutschland lassen sich Ultras seit etwa 20 Jahren in Fußballstadien beobachten.[1180] Die meisten von ihnen sind zwischen 15 und 25 Jahre alt, was die Ultras neben einer Fan- auch zu einer populären Jugendkultur mit mehreren Tausend selbsternannten Ultras macht.[1181] Ultras werden als besonders leidenschaftliche und aktive Fans eines Fußballvereins wahrgenommen. Sie unterstützen die Vereinsmannschaft als Gruppe („Support") insbesondere im Stadion[1182] z.B. durch Gesänge, Sprechchöre und andere Tribünenrituale und Symbole wie übergroße Fahnen, Spruchbanner, aber auch durch den Einsatz von Rauch sowie Pyrotechnik.[1183] Dieser Support und die dadurch entstehende spektakuläre Atmosphäre machen erst das moderne Erlebnis des Stadionbesuches aus.[1184]

In Abgrenzung zu Hooligans und weniger engagierten Fangruppen zeichnen sich Ultras insbesondere durch Engagement für Faninteressen und ihren Wunsch nach Mitwirkung und Mitbestimmung aus.[1185] Sie selbst beschreiben sich als „harter Kern der aktiven Fanszene, der nicht Beiwerk,

1178 So *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 55. Ausführlich zu verschiedenen Typologien und Erklärungsversuchen von (Fußball-)Fangewalt *Leistner*, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 219 (220 – 241) – dabei wird insbesondere hervorgehoben, dass Gewalt für interaktionszentrierte Fanszenen typisch und konstitutiver Teil der Gruppenidentität ist.

1179 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 3; *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 31; *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 55 – 63.

1180 Zur Entstehung der Ultrakultur in Deutschland siehe *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 61 – 67; *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 54 f.

1181 Vgl. *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 79 f.

1182 Ausführlich zu den Interaktionsprozessen von Fußballfans, insbesondere Ultras, innerhalb des Stadions siehe *Winands*, Interaktionen von Fußballfans, 2015.

1183 *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 83 – 92; *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (188); *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).

1184 *Winands*, Interaktionen von Fußballfans, 2015, S. 18, 128.

1185 *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 64 f.; *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (78).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sondern Teil des Fußballs ist."[1186] Aus dieser Selbstbeschreibung „Teil des Fußballs" leiten sie Ansprüche auf Mitgestaltung ab und artikulieren Kritik – insbesondere an der fortschreitenden Kommerzialisierung des Fußballs, der Entfremdung der Vereine und Verbände von den Fans, steigenden Ticketpreisen oder an der Wahrnehmung von aktiven Fans als Sicherheitsproblem.[1187] Es handelt sich dabei um eine Jugendkultur mit spezifisch ausgeprägter Organisation und Struktur.[1188] Charakteristisch für die Ultrakultur ist ein starker innerer Zusammenhalt und eine ausgeprägte Gruppenidentität.[1189] Einzelne Ultragruppen weisen an den einzelnen Standorten mit nur wenigen hundert Mitgliedern zwar nur eine geringe Mitgliederzahl auf, können aber heute als die dominierende Fankultur im Fußballsport angesehen werden, weil sie eine stilbildende Wirkung auf andere – auch neue – Fans entfalten.[1190] In weiterer Abgrenzung zu Hooligans ist die weit überwiegende Zahl an Ultras als friedlich einzuordnen bzw. stellt sich sogar ausdrücklich gegen Gewalt im Fußball.[1191]

Ultras zeichnen sich somit als besonders aktive Fans aus, die viel Zeit und Aufwand betreiben, um Fahnen, Gesänge und Choreographien vorzubereiten. Im wissenschaftlichen Diskurs hält sich daher die These, dass der Support das zentrale Thema von Ultras (und somit die zentrale Handlungsorientierung) sei.[1192] Der Support wird verstanden als „leistungssteigernde Einflussnahme der Veranstaltungsteilnehmer auf ihre präferierte Sportmannschaft während des Wettkampfs".[1193] Darauf aufbauend ließe sich annehmen, dass sich das Handeln der Ultras primär auf das Fußballspiel richtet. Dies deckt sich auch mit einer differenzierungstheoretischen Konstruktion, die den sportlichen Wettkampf um Sieg/Niederlage als Code für die Handlungsorientierung aller am Sportsystem partizipierenden Personen ansieht. Es kommen jedoch Zweifel an dieser Support-These auf: Verstöße gegen die Hausordnung (z.B. durch Zünden von Pyrotechnik)

1186 *Breit/Scherr*, Sozial Extra 2019, 7 (7).
1187 *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 68 f.; *Breit/Scherr*, Sozial Extra 2019, 7 (7).
1188 Siehe dazu *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 8 – 21.
1189 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).
1190 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 183 (191); *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (90).
1191 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 19; *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 66.
1192 *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).
1193 *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Protestaktionen wie die deutschlandweite „12:12-Kampagne“ führen regelmäßig zu Spielunterbrechungen: „Vielmehr verweisen Verstöße gegen die Veranstaltungsordnung oder spielvernachlässigende Proteste auf weitere Interessen von Ultras, die jenseits von parteiischen Einflussversuchen auf den Wettkampfverlauf zu verorten sind.“[1194] Außerdem lässt sich ein selbstreflexiver Wettstreit zwischen den Ultra-Gruppen beobachten, der sich teilweise vom Spielgeschehen löst.[1195] Die Interaktionen der Ultras im Stadion können daher besser als selbstreferenzielle Gruppendynamiken beschrieben werden.

Die aktiven Elemente der Ultrakultur lassen sich jedoch nicht nur auf diesen Support reduzieren. Die Professionalisierung und die Kommerzalisierung des Fußball in der Mitte der 90er Jahre führte zu Identifikationsproblemen der Ultras mit den Spieler*innen und dem Verein. Zu Beginn der Bundesliga stammten die Spieler aus dem regionalen Umfeld des Vereins.[1196] Aufgrund der Ausdifferenzierung des Profifußballs, die eine berufliche Karriere als Fußballer*in ermöglicht, werden Spieler*innen nicht mehr nach Herkunft, sondern nach spielerischer Leistung und vorhandenem Kapital des Vereins rekrutiert. Dadurch wurde und wird immer noch die Identifikation mit den Spielern schwieriger. Der Verein löst damit die einzelnen Spieler*innen als Identifikationsfixpunkt ab. Die gleichzeitige Kommerzialisierung führte dazu, dass Verbände und Vereine als wirtschaftliche Unternehmen jetzt primär gewinnorientiert arbeiten. Dies widerspricht jedoch der bewahrenden und traditionsbewussten Einstellung der Ultras.[1197] Die historisch gewachsenen Vereinstraditionen sind für die Suche nach verbleibenden Identifikationspunkten von besonderer Bedeutung, welche jedoch in den letzten Jahren vermehrt weggefallen sind.[1198] Daraus haben sich schon seit Mitte der 90er Jahre Kampangen von Fans entwickelt, die ihren Anspruch auf Mitsprache und Partizipation erheben; sie richten sich gegen eine forcierte Kommerzialisierung und Eventisierung im modernen Fußball.[1199] In Bezug auf Partizipationserwartungen im Sport kann die Ultrakultur als „Streben nach Autonomie und Unabhängigkeit mit Sympathi-

1194 *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).
1195 Vgl. *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 183 (189).
1196 Siehe auch oben § 6 I.
1197 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (368).
1198 Ebenda. Siehe auch oben § 6 I.
1199 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (368 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

en für Gegenkultur“[1200] charakterisiert werden. Dazu haben Ultras kreative Mittel des Protests und der Meinungsäußerung gefunden. Im Mittelpunkt steht dabei der Protest in den Stadien.[1201] Dort nutzen Ultragruppen Lieder, Spieltagsflyer, Plakate, Spruchbänder und auch ihre Choreographien, um auf Missstände hinzuweisen. Ebenfalls fordern sie Mitsprache bei sport- und vereinspolitischen Entscheidungen.[1202] Diese Medien werden folglich nicht nur zum Support, für Informationen oder als Sozialisierungsmittel eingesetzt, sondern sind auch Ausdrucksform von Protest.

3. Ultras als partizipierendes Publikum

Aus der Perspektive der Differenzierungstheorie sind Fans und Partizipation zunächst Themen, die auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun haben: Fans können zunächst als eher passive Konsumenten gesehen werden, die aus einem Angebot Sportler*innen, Mannschaften, Künstler*innen oder Marken auswählen und „konsumieren“. Partizipation – also hier die Beteiligung an Entscheidungen des Fanobjektes – hat damit augenscheinlich nichts zu tun.[1203] Bei Fans generell[1204] sowie bei Fußballfans im Besonderen lassen sich jedoch nicht-institutionalisierte Formen der Partizipation beobachten: Wichtigstes Instrument ist hier der Protest als Form der nicht-institutionalisierten Partizipation, zu der Fans auch deshalb greifen, weil ihnen institutionalisierte Möglichkeiten der Einbringung („*access*“) fehlen.[1205] Protest kommt nicht in allen Fan-Bereichen vor. Im Sportsystem, und hier insbesondere bei Fußballfans, lässt sich jedoch eine ganze Bandbreite an unterschiedlichen Ausprägungen von Protest beobachten.[1206]

1200 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).
1201 *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 159 – 162.
1202 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (369).
1203 *Roose/Schäfer*, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 319 (319).
1204 Zur Übertragbarkeit der Partizipationsforschung auf die Fanforschung siehe *Roose/Schäfer*, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 319 (319 f., 322 – 324).
1205 *Roose/Schäfer*, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 319 (325 f.); auch *Klose/Zeyn*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 175 (176) betonen die professionellen Organisationsstrukturen der Fußballvereine ohne oder mit nur geringer institutionalisierter Mitbestimmungsmöglichkeit der Fans als Grund für fehlende Partizipationsmöglichkeiten.
1206 *Roose/Schäfer*, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 319 (326) – dort merken sie in Fn. 7 auch an, dass Ultras eine eigene Fan-(Protest-)Kultur eigener Art seien, die sich teilweise durch einen Widerstand gegen die Fußballverbände auszeichnen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hier kommt eine Entwicklung der Publikumsrolle zum Ausdruck, die als „Aufstand des Publikums" bezeichnet worden ist.[1207] Die wenigsten Publikumsrollen innerhalb der sozialen Funktionssysteme lassen sich lediglich als passive Konsumenten der jeweiligen Leistungsproduktion ansehen.[1208] *Stichweh* schlägt deshalb vor, mit den Begriffen des Amateurs und des Connaisseurs als sekundäre Leistungsrollenträger Formen der Inklusion zu beschreiben, die zwar nicht unmittelbar an der Leistungsproduktion eines Funktionssystems beteiligt sind, aber gleichzeitig anders als klassische Publikumsrollenträger ein aktives Element aufweisen.[1209] Inklusion über eine sekundäre Leistungsrolle findet im Sportsystem beispielsweise über den Breitensport im örtlichen Verein statt. Klassische Connaisseure sind z.B. Sport-Analysten. Die beschriebenen Formen von Protest, verbunden mit Forderungen nach Partizipation, der Fußballultras lassen sich jedoch kaum unter diese beiden Kategorien fassen. *Roose* und *Schäfer* schlagen daher eine dritte Kategorie der Inklusionszwischenform vor: das partizipierende Publikum.[1210] Auch wenn damit begrifflich der aktive Support der Ultras sowie ihr gestalterischer Anspruch durch Protest beschrieben werden kann, ist damit noch nichts über die tatsächlichen Auswirkungen von Fanprotesten im Fußball gesagt. Die Forderungen nach Mitwirkung und Mitbestimmung im Fußballsportsystem durch die Ultras werden nur in den seltensten Fällen eingeräumt.[1211] Auch *Klose* und *Zeyn* qualifizieren die fanpolitischen Kampagnen und Proteste (insbesondere zur Preisgestaltung von Tickets oder zur Legalisierung von Pyrotechnik), das Erarbeiten und Durchführen von Choreographien und Ähnlichem lediglich als Vorstufen zu tatsächlicher Partizipation: Die Meinungen der Ultras werden hier zwar gehört, indem durch aktive Handlungen Meinungen und Standpunkte vorgetragen werden, Entscheidungen jedoch verbands- und vereinsintern getroffen werden.[1212] Lediglich der organisierte Fandialog oder die funktions- bzw. organisationsgebundene Mitbestimmung durch professionelle Akteur*innen wie Fanbeauftrage oder Fanprojekte werden als tatsächliche Partizipation angesehen.[1213] Tatsächliche Mitbestimmung ist somit nur an

1207 *Gerhards*, Zeitschrift für Soziologie 2001, 163.
1208 Vgl. *Gerhards*, Zeitschrift für Soziologie 2001, 163 (167 – 182).
1209 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 37 – 39.
1210 *Roose/Schäfer*, Fans als partizipierendes Publikum?, 2006, S. 4.
1211 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).
1212 *Klose/Zeyn*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 175 (178).
1213 *Klose/Zeyn*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 175 (178); sozialpädagogische Fanprojekte und Fanarbeit durch die Vereine sieht auch *Gab-*

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Stellen zu beobachten, an denen sich Verbände und Vereine in ihrer Organisation den Belangen von Fans öffnen.

An dieser Stelle kreuzen sich die beiden hier beschriebenen Entwicklungslinien im Fußballsportsystem. Die Kommerzialisierung des Fußballs hat dazu beigetragen, dass sich die Sportzuschauer heterogenisieren: Es können nun traditionelle und neue Fans beobachtet werden. Der DFB orientiert sich dabei primär an den neuen, erlebnisorientierten Fans und sorgt mit einer Eventisierung des Stadionerlebnisses in Kombination mit medialer Berichterstattung für eine weitere Fokussierung auf wirtschaftliche Faktoren. Traditionelle Fans, insbesondere die Ultras, sehen sich damit einem Konflikt zwischen Tradition und Kommerzialisierung ausgesetzt.[1214] Dabei zeigen der Protest der Ultras sowie mehrere Fanprojekte bzw. -initiativen, dass viele Fußballfans kein bloßer Wirtschaftsfaktor sein wollen, sondern mit ihrer Fankultur respektiert werden wollen; sie stellen damit Forderungen auf, um den Fußball nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Häufige Konflikte zwischen den Ultragruppen und dem DFB treten auf, wenn es um die Gestaltung der im Stadion zugelassenen Fanmaterialien, insbesondere Pyrotechnik[1215], geht.[1216] Diese Partizipationserwartungen und der damit verbundene Gestaltungsanspruch sind auch unmittelbarer Kontext der Stadionverbote: Das Vorgehen gegen die Vergabepraxis von Stadionverboten ist eine Forderung von vielen.[1217]

III. Stadionverbote als soziale Arena

1. Hinführung: Interventionen gegenüber Fußballfans

Bei den Ultragruppen handelt es sich demnach – in Abgrenzung zu Hooligans – primär um eine Jugendkultur, die aktive Partizipation am Fußball

ler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (88 f.) als die einzigen Formen von Partizipation an. Beide weisen jedoch darauf hin, dass diese Fanpartizipation je nach Verein und Ort höchst unterschiedlich ausgeprägt ist.

1214 Dieser Konflikt kommt deutlich in den Interviews bei *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (511 – 515) zum Vorschein.

1215 Dazu ausführlich *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 26 – 76.

1216 Vgl. *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (86).

1217 Vgl. *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (515 – 518); *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 159 – 162.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fordert. Trotz der weiterhin anhaltenden Abgrenzungsversuche zu Hooligangruppen herrscht in Medien und Öffentlichkeit das Bild einer durchgehend gewaltbereiten und -tätigen Fußballfanszene vor.[1218] Dass dies nicht in dieser Pauschalisierung zutrifft, konnte soeben gezeigt werden. Dies soll jedoch nicht verharmlost werden: Auch in Ultragruppen kommt es zu Ausübung von Gewalt.[1219] Ultragruppen als Jugendkultur sind gerade darauf ausgelegt, etablierte Normen zu übertreten, um damit teilweise ihren Forderungen Gehör zu verschaffen.[1220] Devianz und teilweise auch Delinquenz – beispielsweise in Form von gewaltförmigem Verhalten – sind Bestandteile von Fußballkultur und der (Selbst-)Inszenierung von Fußballfans.[1221] Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass sich Ultras als Gegenspieler zum DFB sehen und Grenzüberschreitungen zu ihrem Protestinstrumentarium zählen. Der mediale Fokus auf den Fußballsport führt dazu, dass deviantes und delinquentes Verhalten im Zusammenhang mit Fußballspielen als gesellschaftliches und innenpolitisches Problem wahrgenommen wird. Diese verdichtete Problemwahrnehmung war und ist immer noch der Grund für politische und staatliche Institutionen zu intervenieren.[1222]

Damit ergibt sich ein gesamtgesellschaftliches Dilemma: Der DFB und die Vereine haben ein legitimes wirtschaftliches Interesse daran, gegen gewalttätige Fußballfans vorzugehen. Falls damit Gewalt von Hooligans gemeint ist, sind auch gruppenbezogene Maßnahmen plausibel. Das Recht sichert dies auch ab, da die Veranstalter nicht nur wirtschaftliche Interessen mit dem Anlocken neuer konsumorientierter Fans verfolgen, sondern auch Verkehrssicherungspflichten[1223] unterliegen. Während sich ab den frühen 1990er Jahren in den anderen europäischen Staaten stark repressive Maßnahmen etabliert haben, die überwiegend der sozialen Disziplinierung dienen, wurde für Deutschland „in gewisser Hinsicht ein Sonderweg diagnostiziert".[1224] Zwar standen und stehen immer noch repressive (und dabei

1218 Vgl. *Feltes*, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (49 f.); *Anthonj et al.*, SozProb 2015, 91 (92 – 105).

1219 Dazu ausführlich *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 19 – 21; *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 66 – 73.

1220 Vgl. *Breit/Scherr*, Sozial Extra 2019, 7 (7).

1221 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (79).

1222 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (79).

1223 Allgemein dazu *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 823 Rn. 450 – 462; speziell zu Großveranstaltungen *Auerbach*, in: Gusy et al. (Hrsg.), Rechtshandbuch Zivile Sicherheit, 2017, S. 367; *Risch-Kerst*, in: Schneider/Köhler/Schuhmann (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 111 – 135.

1224 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (79 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

insbesondere rechtliche) Elemente wie Verbote, Regulierung, Ausschluss und Überwachung im Vordergrund. Anders als in anderen Staaten lässt sich für Deutschland jedoch ein ganzheitliches Konzept zur Bekämpfung der Gewalt beobachten.[1225] Die rechtlichen Interventionen werden durch punktuelle soziale Interventionen in zwei Formen ergänzt: Zum einen durch sozialpädagogische Fanprojekte[1226] und zum anderen durch Fanarbeit der Vereine.[1227]

Innerhalb des Sportsystems wird darüber gestritten, in welches Verhältnis beide Formen der Interventionen zu bringen sind: Der deutsche Profi-Fußball – also das Subsystem Fußballsport in Deutschland – ist rechtlich und kriminologisch durch eine Kontroverse zwischen zwei Lagern gekennzeichnet, die darüber streiten, wie Gewalt im Fußballsport unter Kontrolle zu bringen ist: Während insbesondere Polizei, Innenpolitik und der DFB für eine Ausweitung sicherheitsrelevanter Eingriffe plädieren, heben Fangruppen, Fanprojekte sowie Wissenschaftler*innen den Dialog mit Fans als überlegenes Instrumentarium hervor.[1228] Diese Kontroverse ist der Kontext für Stadionverbote: „Wenn es darum geht, mutmaßliche Störer von Fußballstadien fern zu halten, setzen Polizei und Fußballvereine in der Regel auf repressive Elemente, die vor allem in der engen Kooperation von Polizei und Vereinen bei der Verhängung von Stadionverboten ihren Ausdruck finden."[1229] *Peltzer* bezeichnete Stadionverbote als zu dem Zeitpunkt „bedeutendstes Kontrollverfahren für Fußballfans", die insbesondere von Ultras kritisiert werden, da diese am stärksten betroffen sind.[1230] Die Ausweitung repressiver Interventionen wird als Problem angesehen, weil sie zunehmend die – im doppelten Wortsinn – Spielräume der Ultras einengen.[1231]

Der Konflikt um die Stadionverbote erreichte in der Saison 2011/2012 einen neuen Höhepunkt. Bei der Begegnung Fortuna Düsseldorf und

1225 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (79 f.).
1226 Solche sozialpädagogischen Fanprojekte haben zwei Ziele: Zum einen sollen sie eine positive Persönlichkeitsentwicklung von Jugendlichen unterstützen. Zum anderen bilden sie eine Form von Interessenvertretung der Jugendlichen gegenüber den Verbänden, Vereinen und der Politik, siehe dazu näher *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (88).
1227 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (87).
1228 *Albers/Feltes/Ruch*, MschrKrim 2015, 481 (481).
1229 *Albers/Feltes/Ruch*, MschrKrim 2015, 481 (481 f.).
1230 *Peltzer*, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, 2015, S. 285 (287).
1231 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hertha BSC Berlin kam es zu extremen Ausschreitungen während des Spiels. Daraufhin wurde medialer und politischer Druck auf die Vereine ausgeübt, ein neues Sicherheitskonzept zu entwerfen. Die „Kommission Sicherheit“[1232] der DFL entwickelte daher das „DFL-Sicherheitskonzept“. Dies stieß wiederum bei Ultras und Fanverbänden auf große Ablehnung: Kritik wurde hier insbesondere an strikteren Vergaben von Stadionverboten und der Anwendung von „Kollektivstrafen“ geübt.[1233] Zudem wurden Fans nicht mit in die Konzeption eingebunden: Trotz eines übergreifenden Fan-Gipfels, an dem mehrere – teilweise konkurrierende – Ultra-Gruppen zusammenarbeiteten, wurde Ende 2012 das Sicherheitskonzept schlussendlich aber dennoch unverändert und ohne direkte Beteiligung von Fans verabschiedet.[1234]

2. Deutungskonflikt um die Stadionverbote

Der Konflikt um Stadionverbote besteht u.a. – wenn nicht sogar primär – bezüglich ihrer Deutungsweise in der sozialen Welt der am Konflikt beteiligten Akteure:[1235] Während der DFB, die Vereine, politische Akteure und weite Teile der Bevölkerung Stadionverbote als präventives Instrument zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wahrnehmen, werden Stadionverbote in der Fußballfanszene auch als repressives Sanktionsinstrument interpretiert.[1236] Diese Konstruktionen werden durch zwei unterschiedliche Argumentationsstränge erzeugt: die zivilrechtliche und die soziale.[1237]

1232 Heute „Kommission Prävention & Sicherheit & Fußballkultur“ des DFB.
1233 Vgl. dazu *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (371).
1234 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (371 – 374).
1235 Damit folgt diese Untersuchung der Re-Konstruktion des Konfliktes durch eine Situationsanalyse von *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (177 – 180).
1236 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (176).
1237 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (183).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Stadionverbote als präventives Sicherheitsinstrument

Die zivilrechtliche Argumentation ist diejenige, mit der auch der juristische Diskurs vertraut ist: Stadionverbote sind ein privatrechtliches Instrument, die auf dem Hausrecht in Verbindung mit den SVRL beruhen. Sie dienen dazu, Störer vom Stadion fernzuhalten. Die Argumentation dient mithin dazu, Stadionverbote als Präventivmaßnahme zu legitimieren. Das Sicherheitskonzept der DFL, auf dem die Stadionverbote basieren, hat u.a. seinen Ursprung in einem gestiegenen Sicherheitsbedürfnis, nach verschiedenen Gewaltereignissen in deutschen Fußballstadien. Dabei fällt jedoch das subjektive Unsicherheitsgefühl mit der objektiven Unsicherheitslage auseinander: die Gefahr, Opfer von Gewalt im Zusammenhang mit Fußballstadien zu werden, ist verhältnismäßig gering; den größten Anteil der Verletzten machen dabei mit fast der Hälfte die konkurrierenden Fangruppen (juristisch: die Störer) selbst aus.[1238] Auch wenn mit Stadionverboten viele Probleme assoziiert werden (dazu sogleich) und andere Präventivmaßnahmen denkbar sind, können sie grundsätzlich als effektives Mittel zur Gewalteindämmung angesehen werden.[1239]

b. Stadionverbote als sanktionierendes Exklusionsinstrument

Damit konkurriert die soziale Argumentation, die insbesondere in der sozialen Welt der Ultras vorgebracht wird. „Die *soziale* Argumentation dient dazu, den repressiven Charakter von Stadionverboten deutlich zu machen."[1240] Der DFB bezeichnet zwar Stadionverbote ausdrücklich in Abgrenzung zu repressiven Maßnahmen als reine Präventionsmaßnahme.[1241] In der sozialen Welt der Ultras werden jedoch Stadionverbote aufgrund ihrer sozialen Exklusionswirkung als Sanktion, und damit teilweise als ungerechtfertigt, empfunden.

1238 *Feltes*, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (49 f.).
1239 So auch das Ergebnis von *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 185 – 193, 353.
1240 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (184).
1241 § 1 SVRL.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Exkludierende Wirkung von Stadionverboten

Stadionverbote sind Hausverbote. Davon Betroffene können somit das Stadion – oder andere Bereiche[1242] – nicht mehr betreten. Sie werden entweder von Sicherheitskräften am Eintritt gehindert oder sie machen sich eines Hausfriedensbruchs strafbar. Dieses Betretungsverbot hat damit zunächst eine ortsbezogene Exklusion zur Folge. Stadionverbote haben jedoch darüber hinaus auch zwei weitere exkludierende Wirkungen. Die erste wird mit einem differenzierungstheoretischen Zugang sichtbar: Indem Betroffene keinen Zuschauervertrag mehr abschließen können, können sie auch nicht mehr die Rolle einer Sportzuschauer*in (Publikumsrolle) einnehmen. Da es jedoch weitere Formen der Inklusion in das Sportsystem gibt – Breitensport und mediale Berichterstattung –, findet damit keine gänzliche Exklusion statt. Betroffenen Personen wird damit „nur" eine Möglichkeit zur Inklusion genommen; gleichzeitig wird damit aber auch die Auswahlfreiheit, zwischen den verschiedenen Formen der Inklusion zu wählen, eingeschränkt.[1243] Es findet damit kein gänzlicher Ausschluss aus dem Funktionssystem (Fußball-)Sport statt.

Neben dem ursprünglichen Adressatenkreis der Hooligans ist eine Zuschauer- bzw. Fangruppe besonders stark von Stadionverboten betroffen: die Ultras. Stadionverbote bürgen für diese Gruppe die Gefahr einer sozialen Exklusion in Form des Herausbrechens aus der sozialen Gruppe.[1244] Denn in der sozialen Welt der Ultras nimmt die Möglichkeit zum Stadionbesuch einen hohen Stellenwert ein: Die soziale Welt der Fußballfans wird primär durch die zentrale Handlungsverpflichtung in Form der Teilnahme an den Spieltagsritualen geprägt. „Um Mitglied der sozialen Welt der Fußballfans zu sein, ist es unerlässlich, körperlich dort anwesend zu sein, wo die primäre Aktivität – die sichtbare Unterstützung der Mannschaft –

1242 Teilweise werden Stadionverbote nicht nur für das Stadion oder für Fußballveranstaltungen ausgesprochen, sondern auch für andere Veranstaltungen bzw. für Nebenanlagen.

1243 Vgl. oben § 6 II 1 zur Selbstbestimmungsdimension der Sportinklusion.

1244 *Kauerhof*, in: ders./Nagel/Zebisch (Hrsg.), Stadionverbote im internationalen Vergleich, 2012, S. 43 (55) spricht ausdrücklich von „Exklusion und Diskriminierung"; *Peltzer*, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, S. 285 (289); *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176: sozialer Ausschluss (176), Exklusion (185 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stattfindet."[1245] Die zentrale Handlungsverpflichtung in der sozialen Welt der Ultras ist die aktive Teilnahme an den Spieltagsritualen, also der Besuch des Stadions, Auswärtsfahrten, Erlernen und Durchführen der Tribünenpraktiken, usw. Die Teilnahme am Fußballspiel im Stadion ist besonders für Ultras ein bedeutsames kollektives Erlebnis, bei dem Eindrücke gesammelt und in die eigene Fanbiographie integriert werden.[1246] Dies wird durch bundesweite Stadionverbote, die über einen Zeitraum von mehreren Jahren ausgesprochen werden, unmöglich gemacht bzw. erheblich erschwert. Stadionverbote werden daher von Ultras nicht nur als große emotionale Belastung empfunden,[1247] sondern darüber hinaus so wahrgenommen, dass sie dadurch aus ihrem normalen Leben herausgerissen werden.[1248] Manche haben das Gefühl des Ausgeschlossenseins.[1249] Ein gänzlicher Kontaktabbruch käme daher dem kompletten Ausschluss aus ihrer sozialen Welt gleich. Daher wird als schlimmste Folge von Stadionverboten empfunden, dass man nicht mehr uneingeschränkt bei den Freunden, bei der eigenen Ultragruppe sein kann,[1250] was teilweise dazu führen kann, dass einige – je nach Dauer des Stadionverbots – an ihrer Zugehörigkeit zur Ultragruppe zweifeln.[1251]

Daher ist es für die Betroffenen wichtig, ein gewisses Maß an Normalität zurückzuerlangen, z.B. durch die Teilnahme an Fahrten ohne Stadionbesuch.[1252] Stadionverbote führen deshalb zwar nur selten zu einem gänzlichen Herausbrechen aus der sozialen Gruppe, indem sich Betroffene von ihrer Bezugsgruppe abwenden.[1253] Die Gefahr der Exklusion bleibt jedoch. Die (soziale) Exklusion geht damit über den direkten Ort des (physischen) Ausschlusses hinaus: „Stadionverbote exkludieren Personen daher nicht einfach nur räumlich, sondern bergen immer auch die Gefahr, dass diese

1245 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (181).
1246 *Winands*, Interaktionen von Fußballfans, 2015, S. 158.
1247 Vgl. *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 103.
1248 Vgl. *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 104.
1249 Vgl. *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 105.
1250 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 107 f.
1251 Vgl. *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 110 f.
1252 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (188); *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 118 f.
1253 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (188), *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 113, 116.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

ihren Verpflichtungen nicht ausreichend nachkommen können und somit nicht mehr Teil ihrer sozialen Welt sind."[1254]

Von der sozialwissenschaftlichen Forschung wird dabei eine zusätzliche Gefahr als unbeabsichtigte Nebenfolge von Stadionverboten erkannt: Potentielle Folge einer – ungerechtfertigten – zeitweisen Exklusion ist das Risiko, dass andere Handlungsverpflichtungen gesucht werden, insbesondere bei tatsächlich gewaltbereiten Minderheitsgruppen, also meistens Hooligans.[1255] *Feltes* spricht in diesem Zusammenhang von Stigmatisierung und *self-fulfilling-prophecy*: „DFL, DFB, Polizei und einige Vereine betreiben dabei etwas, was wir ebenfalls aus der Kriminologie schon lange kennen: Stigmatisierung. Die Mehrheit der friedlichen Fans und auch viele Mitläufer werden als ‚gewaltbereit' stigmatisiert (u.a. durch Stadionverbote oder pauschale Ingewahrsamsnahmen vor Spielen), mit den aus der Kriminologie bekannten Konsequenzen: Das Etikett wird irgendwann und manchmal dann auch freudig angenommen, weil es Anerkennung und Beachtung in der Peergroup bringt, und es wird dann entsprechend ausgelebt. Die *self-fulfilling-prophecy* wirkt also. Vor allem aber werden die Betroffenen dadurch ausgegrenzt und in die Arme der absolut kleinen Minderheit tatsächlich Gewaltbereiter gedrängt. Die Mehrzahl der Fans ist durchaus erlebnisorientiert unterwegs, distanziert sich aber von Gewalt – und dies auch zunehmend sichtbar."[1256]

Teil des sozialen Konfliktes ist damit die Differenz zwischen Ultras und Hooligans, also die Diversität der Publikumsrolle im Sportsystem. Stadionverbote als präventives Instrument waren historisch primär auf die Zurückdrängung des Hooliganismus gerichtet.[1257] Problematisch ist im Kontext des hier betrachteten sozialen Konfliktes jedoch, dass Stadionverbote auch Ultras treffen, die nur „gelegentlich" Gewalt im Kontext von Fußballspielen verüben. So ziehen auch *Albers*, *Feltes* und *Ruch* ihr Fazit: „Den mutmaß-

1254 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (189).

1255 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (189); bestätigt auch von *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 202 – 208; *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (83).

1256 *Feltes*, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (51).

1257 Vgl. *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 153; deutlich wird z.B. bei *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (491), dass Gewalt im Zusammenhang mit Fußball pauschal mit Hooligans assoziiert wird und daher Stadionverbote ebenso pauschal darauf bezogen werden.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich polizeibekannten Störern aus der Untersuchungsgruppe, die innerhalb und außerhalb des Stadions (mitunter schwere) Straftaten begehen, stehen Personen gegenüber, die überwiegend jugendtypische Delikte begehen und bei denen mit dem Eintritt in das Erwachsenenalter mit einem Übergang zur Legalbewährung zu rechnen ist. Die Schwierigkeit liegt in der Differenzierung zwischen den Personengruppen."[1258]

bb. Stadionverbote als Sanktion

Aufgrund dieser Exklusionswirkungen sei erkennbar, dass Stadionverbote auch den Zweck und die Funktion einer Sanktion erfüllen.[1259] Stadionverbote werden in der sozialen Welt der Ultras weitgehend als Strafe, nicht als Präventivmaßnahme, wahrgenommen.[1260] Diese Bewertung wird teilweise auch von Sicherheits- und Stadionverbotsbeauftragten geteilt.[1261] Auch die in § 5 der SVRL vorgesehenen Kriterien zur Festsetzung der Dauer des Stadionverbots haben größere Ähnlichkeit mit Strafzumessungsgründen als Kriterien für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr, sodass sie auch objektiv einen gewissen Strafcharakter aufweisen.[1262] Das Stadionverbot als Sanktionsinstrument diene dazu, Gruppen von Fußballfans (insbesondere Ultras) zu kontrollieren und zu regulieren.[1263] Teilweise wurde daraus die Konsequenz gezogen, Stadionverbote als Strafe im rechtlichen Sinne zu qualifizieren[1264] und sie als verfassungsrechtlich unzulässige Privatstrafe einzuordnen.[1265] Diesen Schritt geht diese Untersuchung nicht; er erscheint

1258 *Albers/Feltes/Ruch*, MSchrKrim 2015, 481 (493), die in diesem Zusammengang auch darauf hinweisen, dass eine Ausweitung von staatlichen und privaten Eingriffsmaßnahmen nicht zielführend seien.

1259 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (184); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (186).

1260 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 127. Zu beachten ist jedoch, dass es auch vereinzelte Ultras gibt, die mehr oder weniger bewusst und zielgerichtet auf ein Stadionverbot hinarbeiten und das Stadionverbot als „Statussymbol" sehen, siehe dazu die differenzierten Aussagen bei *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 261 – 271.

1261 *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 173 – 178.

1262 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 91.

1263 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (184).

1264 *Albers/Feltes/Ruch*, MSchrKrim 2015, 481 (483).

1265 *Kleczewski*, in: Kauerhof/Nagel/Zebisch (Hrsg.), Zuschauer als Störer, 2010, S. 69 (78 – 83).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

auch wenig überzeugend, da damit ignoriert würde, dass es sich beim Hausverbot dogmatisch um ein Privatrechtsinstitut handelt, das zumindest auch präventiven Charakter hat. Relevant ist hingegen, dass aufgrund des aufgezeigten Deutungskonfliktes der Sanktionscharakter von Stadionverboten auf deskriptiver Ebene anerkannt wird. Sie sollten sowohl als Präventiv- als auch als Sanktionsmaßnahme (Mischcharakter) gesehen werden,[1266] um eine bessere argumentative Ausgangsbasis für den Umgang mit Stadionverboten zu finden.

Auch wenn eine Mehrheit der Ultras eine negative Einstellung gegenüber Stadionverboten hat,[1267] ist zu betonen, dass Stadionverbote in der sozialen Welt von Fußballfans nicht durchweg als „ungerecht" angesehen werden. Vielmehr sprechen auch Fußballfans davon, dass Stadionverbote als Sanktion bzw. Sicherheitsinstrument gerechtfertigt sein können, um Personen auszuschließen, die den Fußball lediglich als Vorwand für Gewalt verwenden oder wenn Stadionverbote als Sanktion auf ein strafrechtliches Verhalten ausgesprochen werden.[1268] Hier wird ebenfalls die Abgrenzung von Ultras zu Hooligangruppen deutlich. Dieser nur augenscheinliche Widerspruch, dass auch Ultras Stadionverbote als sinnvolles Instrument ansehen, wird dadurch verständlich, dass „Stadionverbote die Marginalisierung der betroffenen Person beinhalten". Damit ist gemeint, dass Stadionverbotler*innen keine Möglichkeit haben, ihre Perspektive auf eine fragliche Situation zu schildern, die zum Hausverbot geführt hat; sie werden in ihren Belangen nicht gehört.[1269] An dieser Stelle zeigen sich (1.) die Forderungen nach Partizipation und (2.) die gruppenbezogene Aussprache von Stadionverboten: Stadionverbote sind zwar in der sozialen Welt der Ultras ein geeignetes Gewaltpräventionsmittel. Aber nur, wenn die Stadionverbote „die Richtigen" treffen und nicht zu einem kollektiven Ausschluss ganzer Ultragruppen führt. Ultras wollen Stadionverbote aushandeln; sie wollen nicht passiv das Ordnungssystem des DFB hinnehmen. Das ist der entscheidende Punkt; dies ist der Aspekt, um den es betroffenen Fußballfans primär geht: „sich Gehör zu verschaffen, um die eigene Unschuld zu beweisen und die

1266 So auch *Kauerhof*, in: ders./Nagel/Zebisch (Hrsg.), Stadionverbote im internationalen Vergleich, 2012, S. 43 (55 f.).

1267 Vgl. *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 124 f.

1268 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 129 – 132; *Feltes*, Neue Kriminalpolitik, 2013, 48 (64); *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (187).

1269 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (187).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ungültigkeit dieser aufzudecken und sichtbar zu machen."[1270] Mit anderen Worten: Fehler auf der Seite des DFB und der Vereine aufzudecken.

cc. Stadionverbote auf Verdacht und Unschuldsvermutung

In diesem Zusammenhang wird in der sozialen Welt der von Stadionverboten betroffenen Personen auch das Thema einer „Unschuldsvermutung" bzw. die Vergabe von Stadionverboten „auf Verdacht" hervorgehoben. Wie gezeigt, werden Stadionverbote von den Betroffenen als negative Sanktionierung wahrgenommen. Diese Charakterisierung als (faktische) Strafe führt dazu, dass sich die normative Erwartung bildet, dass auch hier der rechtsstaatliche Grundsatz der Unschuldsvermutung gelte. Es geht zudem darum, dass hier die Schuld oder Unschuld nicht in einem bestimmten Verfahren bewiesen bzw. widerlegt wird, sondern: „Die Wahrnehmung von Unschuld wird aus der Perspektive der Subwelt der Stadionverbotler_innen durch andere Akteur_innen *ungültig* gemacht."[1271]

Innerhalb der einzelnen Ultragruppen wird über die häufige Erfahrung berichtet, dass Fans Stadionverbote erteilt werden, obwohl es dafür keinen Anlass gab, also eine Person keine Gewalt o.ä. angewendet hat oder überhaupt an einem fraglichen Ort anwesend war.[1272] Diese Erfahrungen verstärken die mangelnde Nachvollziehbarkeit von Stadionverboten in der sozialen Welt der Ultras.[1273] Ein Großteil der Ultras nimmt die Aussprache von Stadionverboten als willkürlich wahr.[1274] Stadionverbote werden weiter als wenig gerechtfertigt angesehen, wenn sie als „Kollektivstrafen"[1275] bzw. als „Sippenhaft"[1276] empfunden werden. Damit ist gemeint, dass gegenüber einer gesamten Ultragruppe pauschal und ohne Einzelfallprüfung ein Stadionverbot ausgesprochen wird, insbesondere wenn es sich um Gewaltan-

1270 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (187).
1271 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (185).
1272 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 98 – 100.
1273 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 101 f.
1274 *Pilz/Wölki*, in: Pilz (Hrsg.), Wandlungen des Zuschauerverhaltens im Profifußball, 2006, S. 63 (150 – 152).
1275 *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 143 – 146.
1276 So beispielsweise die Bezeichnung bei *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendung aus der Gruppe heraus handelt.[1277] Eng damit zusammen hängt ein weiterer Kritikpunkt: Vor der letzten Änderung der SVRL bzw. vor der Stadionverbotsentscheidung durch das Bundesverfassungsgericht gab es keine bzw. nur eine als unzureichend[1278] empfundene Anhörungsmöglichkeiten, wodurch Stadionverbote als illegitim zurückgewiesen worden sind.[1279] Die weit überwiegende Zahl der Ultras erwartet jedoch die Möglichkeit einer Gegendarstellung, wenn ihrer Meinung nach Stadionverbote zu Unrecht ausgesprochen werden.[1280]

Diese soziale Konfliktlinie wird auch in der rechtlichen Dogmatik der Stadionverbote als Hausverbote gespiegelt: Hier geht es um die Störereigenschaft eines Fußballfans. Unproblematisch ist die Bestimmung der Störereigenschaft bei Fußballfans, welche sich selbst an gewalttätigen Auseinandersetzungen beteiligen oder Pyrotechnik zünden.[1281] „Weniger klar erscheint dieser logische Zusammenhang, wenn ein Zuschauer zunächst einmal nur in Verdacht steht, gestört zu haben, weil er sich in einer Gruppe befand, aus der heraus es erwiesenermaßen zu Beeinträchtigungen kam."[1282] Dies ist aber gerade der auch in der sozialen Welt der Ultras als problematisch wahrgenommene Fall, welcher auch Gegenstand des in dieser Untersuchung behandelten Falls des Stadionverbots ist. Dabei existieren zwei denkbare dogmatische Konstruktionsmöglichkeiten, um den Kreis der Unterlassungsschuldner zu erweitern, indem die Anforderungen an eine Störereigenschaft abgesenkt werden:[1283]

Für den BGH war für die Gefahrenprognose die Zugehörigkeit des Fußballfans zur Ultragruppe der Münchener Schickeria zentral, da eine strafrechtliche Beteiligung an den Ausschreitungen nicht nachgewiesen

1277 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 127 – 129; *Feltes*, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (51).

1278 Die alte Fassung der SVRL sah lediglich eine optionale nachträgliche Anhörung vor.

1279 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 141 f., 147 f. Sie schlägt daher auf S. 148 f. auch eine obligatorische Anhörung vor und erhofft sich dadurch ein besseres Klima zwischen Fans und Vereinen.

1280 *Pilz/Wölki*, in: Pilz (Hrsg.), Wandlungen des Zuschauerverhaltens im Profifußball, 2006, S. 63 (151).

1281 Siehe auch *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 128.

1282 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 128 f.

1283 Dass es genau darum in der Diskussion geht, hebt zutreffend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 129 hervor.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden konnte. Da der Fußballfan nicht nur zufällig Teil dieser Gruppe war, sondern freiwillig Teil von ihr ist, könne man davon ausgehen, „dass er sich bei Fußballveranstaltungen in einem zu Gewalttätigkeiten neigenden Umfeld bewegt und von ihm deshalb künftige, Dritte gefährdende Störungen zu besorgen sind."[1284] Damit konstruierte der BGH eine Sonderdogmatik der Störereigenschaft bei Stadionverboten. Zu Recht wurde die Gruppenzugehörigkeit als Gefahrprognosekriterium kritisiert.[1285] In der Literatur wurde als funktionales Äquivalent dogmatisch vorgeschlagen, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB analog bzw. lediglich dessen Rechtsgedanken auf Unterlassungsansprüche zu übertragen.[1286] Dabei ist zwar anerkannt, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB über seinen ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus, auf verschiedene Ansprüche angewendet werden kann.[1287] Gegen eine Analogie im konkreten Fall spricht jedoch, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB als zentrales Tatbestandsmerkmal vorsieht, dass alle Beteiligten zumindest eine relevante aktive Handlung selbst vornehmen. Befindet sich jemand in einer Gruppe, aus der heraus es zu Störungen kommt, ohne selbst irgendeine Handlung vorzunehmen, fehlt es an diesem zentralen Merkmal, auf das auch bei einer Analogie nicht verzichtet werden kann.[1288]

Unabhängig davon, welche dieser beiden dogmatischen Konstruktionen überzeugender ist, und auch unabhängig davon, dass gegen beide erhebliche Einwände sprechen, soll hier aus der Beobachterperspektive die Folge dieser Privatrechtsdogmatiken aufgedeckt werden: Hier zeigt sich, dass die privatrechtlichen Grundinstitute Eigentum und Vertrag, die Störereigenschaft bzw. das methodische Instrument der Analogie in Bezug auf

1284 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 23.

1285 *Klesczewski*, JZ 2010, 251 (252 f.) sowohl mit kriminologischen Einwänden und einem Vergleich zum Sicherheitsrecht; ähnlich auch *Ruch*, JZ 2015, 936 (938 f.); leicht kritisch ebenfalls *Heermann*, NJW 2010, 537; die Diskussion aufbereitend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 110 – 123.

1286 So insbesondere *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (498 – 500); *Schmitt*, Stadionverbot, 2013, S. 165 – 185; die Diskussion gut nachzeichnend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 129 – 138.

1287 Siehe dazu *Förster*, in: BeckOGK-BGB, § 830 Rn. 44; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 830 Rn. 52 – 56.

1288 So überzeugend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 136 f.; auch das LG Köln, NJW-RR 1990, 865, das eine analoge Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 BGB befürwortet, verzichtet nicht auf dieses Kriterium; a.A. aber *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (498 f.), der auch das geringe Gewicht der bloßen Anwesenheit in der Gruppe als ausreichenden Beitrag ansieht.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Stadionverbotskonflikt nicht neutral sind. Mit beiden dogmatischen Ansätzen zur Ausweitung der Stadionverbotsadressat*innen positionieren sich der BGH und die Befürworter dieser Rechtsprechung entweder ausdrücklich-willentlich oder implizit auf der Seite des DFB und der Vereine. Indem durch die Brille des Privatrechts ausschließlich die zivilrechtliche Deutungsweise von Stadionverboten als präventives Sicherheitsinstrument wahrgenommen wird, wird die sanktionierend-exkludierende Wirkung von Stadionverboten verkannt. Gleichzeitig stabilisiert das Privatrecht im Ergebnis die von den Ultras kritisierte Praxis, dass Stadionverbote aufgrund der bloßen Gruppenzugehörigkeit – also „auf Verdacht" – ausgesprochen werden. Das Privatrecht ist bzw. wird damit parteiisch.

c. Stadionverbote als Inklusions- und Hegemonie-Spiel

Dieser soziale Deutungskonflikt um die Stadionverbote als präventives Sicherheitsinstrument oder als exkludierendes Sanktionsinstrument kann auch differenzierungstheoretisch re-formuliert werden: Differenzierungstheoretisch ausgedrückt wirken hier das Inklusions- und das Hegemonie-Spiel zusammen. *Schimank* beschreibt fünf Muster von Konfliktdynamiken in der funktional differenzierten Gesellschaft, die als Kämpfe um Differenzierungsstrukturen verstanden werden können.[1289] Teil des Inklusions-Spiels ist der oben angesprochene „Aufstand des Publikums", womit gemeint ist, dass sich eine Konfliktlinie entlang der Gestaltungsansprüche der Leistungsrollenträger und der Publikumsrollenträger bildet: Das Publikum wendet sich gegen eine „Bevormundung" durch die teilsystemischen Leistungsproduzenten.[1290] Unter dem Hegemonie-Spiel versteht er eine Konfliktlinie zwischen unterschiedlichen Leistungsrollenträgern innerhalb eines sozialen Systems, die dadurch entsteht, dass eine Teilgruppe der Leistungsproduzenten die Leistungsproduktion dominiert und diese Hegemonie wahren möchte, diese aber gleichzeitig von anderen Teilgruppen streitig gemacht wird.[1291] Die Kritik der Ultras an der konkreten Ausgestaltung der Stadionverbote ist auch Ausdruck ihres Selbstverständnisses ihrer Rolle im Fußballsportsystem. Sie artikulieren Kritik an Stadionverboten und dem DFB, weil sie nicht bloß als passive Publikumsrolle die Regeln des kollektiven Leistungsrollenträgers des DFB akzeptieren wollen, sondern aktiv

1289 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), Soziale Differenzierung, 2011, S. 261 (261).
1290 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), Soziale Differenzierung, 2011, S. 261 (271 f.).
1291 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), Soziale Differenzierung, 2011, S. 261 (279 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestalterischen Einfluss auf den Fußballsport nehmen wollen. Gleichzeitig laufen sie als Adressaten der Stadionverbote Gefahr, aus dem Fußballsportsystem exkludiert zu werden.

IV. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurden vielfältige Perspektiven auf Stadionverbote geworfen – mit einem Fokus auf die Konstellation der beteiligten Akteure. Stadionverbote weisen nicht nur eine präventiv-privatrechtliche Dimension auf, sondern entfalten insbesondere aus der Perspektive der Ultras eine sanktionierende und exkludierende Wirkung. Der Konflikt um die Stadionverbote kann damit primär als Exklusionskonflikt beschrieben werden: Die Ultragruppen auf der einen und der DFB bzw. die Vereine auf der anderen Seite streiten im Zuge der Kommerzialisierung allgemein um Herrschafts- und Ausgestaltungsansprüche im Fußballsportsystem. Der Deutungskonflikt um die Stadionverbote und die Frage nach ihrer Ausgestaltung ist einer von vielen Streitpunkten und symptomatisch für den Machtkampf im Fußball. Bei der Frage nach der Ausgestaltung der Vergabe von Stadionverboten geht es um die Frage, nach welchen Kriterien Fußballfans am Stadionerlebnis partizipieren können. Oder negativ ausgedrückt: nach welchen Kriterien im Fußballsportsystem Fußballfans exkludiert werden sollen. Diese Konfliktlinie innerhalb des Hegemoniekampfes im Fußballsportsystem hat besonders negative Konsequenzen für die Ultras: Als Adressaten der Stadionverbote laufen sie Gefahr, aus dem Fußballsportsystem und der eigenen Ultragruppe exkludiert zu werden. Vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bzw. vor Änderung der SVRL haben das Privatrecht allgemein und die Rechtsprechung des BGH zu Stadionverboten im Besonderen die vom DFB gesetzten Exklusionsregeln einseitig zu dessen Gunsten stabilisiert.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 7 Soziale Ordnung durch private Akteure

In den letzten beiden Kapiteln wurde der soziale Konflikt um die Stadionverbote mithilfe der Begriffe Macht bzw. Exklusion beschrieben. Der Konflikt um die Stadionverbote zeichnet sich dadurch aus, dass innerhalb des Fußballsportsystems ein Deutungskonflikt zwischen dem DFB und den Ultragruppen besteht, der symptomatisch für den Kampf um Geltungsansprüche im System ist. Der Konflikt um die Stadionverbote verweist jedoch auf einen weiteren Problemkreis des sozialen Konfliktes: Die Stadionverbote beruhen auf den Stadionverbotsrichtlinien (SVRL). Als verbandrechtliches Innenrecht sind sie ein Beispiel für die Schaffung und Durchsetzung privater Ordnungssysteme. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich dabei nicht nur um einen untergeordneten Aspekt des Konfliktes, sondern um ein wesentliches Strukturmerkmal innerhalb des Sportsystems, das Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung hat. Durch das private Ordnungssystem, welchem die SVRL angehören, werden die Exklusionen aus dem Fußballsportsystem institutionalisiert.

Während das vorangegangene Kapitel einen deutlichen Fokus auf die Publikumsrolle im Fußballsportsystem – insbesondere die Zuschauer*innen und Fans – gelegt hat, wird in diesem Kapitel ein Fokus auf den kollektiven Leistungsrollenträger DFB gelegt. Mit dem Rückgriff auf den Topos der privaten Ordnung erhofft sich diese Untersuchung eine weitere Konfliktlinie im Stadionverbotsfall offenzulegen, die generalisiert und auch für die anderen hier diskutierten Fälle der Gesellschaft re-spezifiziert werden kann. Der Forschungsstrang zu privaten Ordnungen soll damit nicht weitergesponnen werden; stattdessen soll auf bisherige Forschungsergebnisse zurückgegriffen werden und diese auf den Stadionverbotsfall angewendet werden.

In diesem Kapitel wird zunächst der Begriff der privaten Ordnung eingeführt und in Bezug zu ähnlichen Topoi gebracht. Private Ordnungssysteme lassen sich darauf aufbauend in ein größeres System sozialer Ordnung innerhalb der funktional differenzierten Gesellschaft einordnen (I.). Innerhalb dieses generalisierten Konzeptes lassen sich Beschreibungen auch für Phänomene privater Ordnungen innerhalb des Sportsystems re-spezifizieren. Die Stadionverbote, welche auf den SVRL beruhen, sind dabei in die Sicherheitsarchitektur des (deutschen) Fußballsports eingebunden

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und bilden damit einen Teil privater Ordnung, der die Exklusion aus den Systemzusammenhängen normalisiert (II.). Zuletzt wird der häufig im Kontext privater Ordnung aufzufindende Topos der Legitimation privater Ordnungen aufgegriffen. Hier wird sich zeigen, dass der Begriff der Legitimation nur eine beschränkte Bedeutung für die in dieser Untersuchung adressierten Phänomene hat, die dort diskutierten Konzepte jedoch für eine spätere rechtsdogmatische Re-Konstruktion fruchtbar gemacht werden können (III.).

I. Private Ordnung als soziale Ordnung

1. Ausgangspunkt: Pluralität von normativen Ordnungssystemen

Eine der Grundfunktionen des Rechts wird – aus systemtheoretischer Perspektive – dahingehend beschrieben, dass es normative Erwartungen stabilisieren soll.[1292] Diese generalisierte Beschreibung lässt sich dahingehend spezifizieren, dass rechtliche Regelungen – indem sie Erwartungen stabilisieren – Konflikte vermeiden oder Konflikte mediatisieren können und dadurch zu sozialer Ordnung beitragen können.[1293] Durch Rechtsnormen werden (meist abstrakt-generelle) Verhaltensprogramme bereitgestellt, an denen sich Personen in wiederkehrenden Situationen orientieren können und als Grundlage für zu erwartendes Verhalten von Interaktions- und Kommunikationspartner*innen machen können. Recht ist damit eine normative Ordnung, weil sie Verhaltenssätze als Sollens-Sätze an die Rechtsunterworfenen heranträgt.

Recht ist jedoch nicht die einzige normative Ordnung innerhalb (moderner) Gesellschaften. Neben das Recht treten andere normative Ordnungssysteme, die jeweils andere Verhaltensmuster von ihren „Unterworfenen" erwarten.[1294] „Wir finden in der heutigen Welt eine Fülle normativer Ordnungen, die einander ergänzen, überlappen, miteinander im Wettbewerb

1292 Grundlegend *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 124 – 143; *ders.*, Rechtssoziologie, 2008 [1983], S. 99 – 105; dies aufgreifend *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (250 – 253); *Baer*, Rechtssoziologie 2021, S. 124.

1293 Vgl. *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 f.

1294 Grundlegend *Forst/Günther*, in: dies. (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, 2011, S. 11.; mit historischer und ethnologischer Akzentuierung *Fahrmeier/Imhausen*, in: dies. (Hrsg.), Die Vielfalt normativer Ordnungen, 2013, S. 7; *Forst/Günther*, in: dies. (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stehen, die einander beeinflussen, einander bekämpfen."[1295] In der Rechtswissenschaft traditionell thematisiert werden dabei insbesondere die Moral[1296] und die Religion.[1297] Die frühe Rechtssoziologie – und hier allen voran *Eugen Ehrlich* – identifizierte jedoch schon früh, dass daneben auch andere normative Systeme existieren, an denen Menschen ihr Verhalten orientieren und neben oder anstelle des Rechts treten bzw. den Ausgangspunkt für Rechtsregeln bilden.[1298] Das staatliche Recht ist nur einer von vielen solcher Faktoren.

2. Phänomenologie privater Ordnungen

In der Rechtswissenschaft ist in den letzten 30 Jahren das Erkenntnisinteresse an verschiedenen – allen voran privaten – Ordnungssystemen gewachsen. Diese werden unter den Schlagwörtern – mit teilweiser Verschiebung der Erkenntnisinteressen und der Untersuchungsgegenstände – private Ordnung[1299], privates Recht[1300], private Regelsetzung[1301], private Rechtsetzung[1302], Selbstregulierung im Privatrecht[1303], *private ordering*[1304] oder transnationales Recht[1305] erforscht. Verschiedene Strömungen innerhalb der Rechtswissenschaft, insbesondere die Rechtssoziologie und die

1295 *Michaels*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 39 (41).
1296 *Ellscheid*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 201.
1297 Rechtshistorisch *Jansen*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 132, (2015), 29. In jüngerer Zeit ist das Verhältnis zwischen Recht und Religion durch das Beschneidungsurteil des LG Köln, Urt. v. 07.05.2012, 151 Ns 169/11 neu diskutiert worden, siehe dazu *Wiater*, NVwZ 2012, 1379.
1298 Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1989 [1913], S. 144 f.; siehe dazu *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 72 – 80.
1299 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006.
1300 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (2 f.).
1301 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017.
1302 *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung, 1987.
1303 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010.
1304 Statt aller *Schwarcz*, 97 Northwestern University Law Review 319 (2002). Die Forschungsrichtung des *private ordering* fokussiert sich dabei auf empirische Studien, die Situationen identifizieren, in denen insbesondere „*market communities*" selbst Recht und soziale Ordnung ohne staatliche Intervention etablieren, siehe dazu *Sagy*, 45 Law & Society Review 923, 924 (2011).
1305 *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009; *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013; *G.-P. Calliess/Maurer*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 1; zum Transnationalen Recht als (rechts-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Privatrechtstheorie, beobachten und analysieren unterschiedliche Erscheinungsformen von sozialer Ordnung, die weitgehend neben oder außerhalb der staatlichen Rechtsordnung existieren. Ein wichtiger Grund für dieses gestiegene Interesse an solchen Phänomenen liegt darin, dass private Regeln und Ordnungen in ihrer Funktion, Wirkung und Struktur staatlichen Rechtsnormen (annähernd) gleichkommen.[1306]

Zu den klassischen Untersuchungsbereichen gehören beispielsweise[1307] Musterverträge von Branchenorganisationen, Klauselwerke in Franchising-Netzwerken oder Standards transnationaler Expertengremien.[1308] Als Phänomene privater Rechtserzeugung werden insbesondere die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, technische und auf die Rechnungslegung bezogene Standards[1309], Codes of Conduct bzw. Corporate Governance-Kodizes[1310] sowie Phänomene im transnationalen Recht genannt.[1311] Solche Phänomene im transnationalen Recht, also grenzüberschreitende Prozesse, sind typische Räume privater Selbstregelung.[1312] Sie werden gemeinhin als *lex mercatoria*,[1313] *lex sportiva*,[1314] *lex technica*,[1315] *lex informatica*[1316] o.ä. bezeichnet. Die damit angesprochenen Regelwerke stehen für international selbstgeschaffenes – privates – Recht, das sich eigeninitiativ und im Ansatz außerhalb nationalstaatlicher Bezüge entwickelt.[1317] „Transnationales Recht ist ein

theoretischer) Methode *Zumbansen*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 557.

1306 *Engert*, RW 2014, 301 (308).

1307 Siehe auch die umfangreiche Zusammenstellung aus der Perspektive der Selbstregulierung bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 48 – 210.

1308 *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, S. 1929 (1929 mwN).

1309 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481 – 493); *Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (780); ausführlich zu Standards *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 201 – 250.

1310 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (495 – 500).

1311 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (501 – 504 mwN).

1312 So einleitend *Röthel*, JZ 2007, 755 (755).

1313 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (755 f. mwN); *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 65 – 103.

1314 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (757 f.); *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 129 – 156.

1315 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (758 – 761).

1316 Dazu *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 104 – 128; speziell zur Internetregulierung *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 109 – 120.

1317 *Röthel*, JZ 2007, 755 (755).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

institutioneller Rahmen für grenzüberschreitende Interaktion, Transaktion und Kommunikation jenseits des Nationalstaats. Im Unterschied zum territorial und hierarchisch organisierten nationalen und internationalen Recht ist es in eine Vielzahl funktional spezialisierter Rechtsregimes fragmentiert, die in pragmatischer Weise verschiedene Institutionen privater (Normen, alternative Streitschlichtung, soziale Sanktionen) und staatlicher (Gesetze, Gerichte, Zwangsvollstreckung) Herkunft kombinieren, wobei letztere aus ihrem nationalen Kontext entbettet werden."[1318] In letzter Zeit stärker in den Fokus geraten sind phänomenologisch die privaten Ordnungen, welche von und/ oder auf digitalen Plattformen aufgestellt werden.[1319]

Mit der *lex sportiva* – der „weltweiten Sportrechtsordnung"[1320] – näheren wir uns dem in dieser Untersuchung relevanten Phänomen der verbandsrechtlichen Regelung von Stadionverboten. Bezüglich der Reichweite des Begriffs der *lex sportiva* besteht Uneinigkeit: Während einige darunter allgemein phänomenologisch sämtliche private Regelsetzung im Sportbereich verstehen, sodass beispielsweise auch die Regelwerke der internationalen Sportverbände unter den Begriff gefasst werden,[1321] verengen andere den Topos auf „allgemeine, sportartübergreifende Rechtsgrundsätze des internationalen Sports", wie sie sich insbesondere durch den CAS in Form eines Willkürverbots, eines Verhältnismäßigkeitsprinzipis, des Gleichbehandlungsgrundssatzes, des Prinzipis der Chancengleichheit aller Wettkampfteilnehmer*innen und des Fair-Play-Grundsatzes herausgebildet haben.[1322] Da diese Untersuchung primär einen beschreibenden Zugang privater Ordnungen wählt, soll hier die *lex sportiva* in einem weiten Sinne verstanden werden.[1323] Aus differenzierungstheoretischer Perspektive, wie

1318 So die Definition von *G.-P. Calliess/Maurer*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 1 (3 f.); ausführlich zu unterschiedlichen Spielarten und einer möglichen Zusammenführung *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 165 – 185.

1319 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61; *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; vgl. auch *Spindler*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht 2014, S. 193 (210 – 217); *Mendelsohn*, MMR 2021, 857. Dies wird am Beispiel Facebook unten unter § 10 II 2 aufgegriffen.

1320 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 84.

1321 *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 130: „Im Mittelpunkt einer *lex sportiva* stehen die Satzungen und Regelwerke der Verbände."; so wohl auch *Röthel*, JZ 2007, 755 (757 f.).

1322 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 84 (84 – 86).

1323 Siehe zu weiteren Vorteilen einer solchen Begriffsdefinition *Valero*, Int Sports Law J 2014, 3 (4 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sie diese Untersuchung einnimmt, ist die *lex sportiva* auch deshalb interessant, weil die rechtswissenschaftliche Beobachtungsperspektive neben dem Wirtschaftssystem früh den Sport als gesellschaftliches Funktionssystem mit eigenem Autonomiebereich identifiziert hat.[1324] Die private Ordnung des Sports ist dabei symptomatisch für die großen Überschneidungen der Perspektiven funktionaler Differenzierung und privater – teilweise transnationaler – Ordnungen.

Spezifische Untersuchungsgegenstände der *lex sportiva* in der Rechtswissenschaft, auch gerade hinsichtlich ihrer Wechselwirkungen mit dem staatlichen Recht, sind dabei Themen wie Doping[1325] und die Zulassung bzw. der Ausschluss von Sportler*innen zu bzw. von Wettkämpfen, wofür in der deutschen und europäischen Diskussion paradigmatisch der Fall *Pechstein* steht.[1326] Hier zeigt sich, dass bereits die klassischen Untersuchungsgegenstände Phänomene von Exklusion bilden.

Allerdings unterscheiden sich die oben angesprochenen SVRL in zweifacher Hinsicht von diesen klassischen Untersuchungsgegenständen der *lex sportiva*. Zum einen werden die SVRL nicht von internationalen Sportverbänden, wie z.B. der FIFA für den Fußballsport, geschaffen, sondern vom deutschen Fußballsportverband, dem DFB. Private Regelsetzung oder die Schaffung privater Ordnungen ist damit kein ausschließlich oder primär transnationales Phänomen, sondern ist auch im nationalen Kontext zu beobachten.[1327] Damit zeigt sich, dass die Perspektive des Transnationalen Rechts nur einen Teil der Phänomene privater Ordnungen erfasst. Insbesondere stellt sich in nationalen Konstellationen privater Ordnungen weniger die rechtstheoretische Frage nach der Rechtsqualität dieser Ordnungen,[1328] weil sie regelmäßig – wie auch im Fall der Stadionverbote –

1324 *Nolte*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107 (108 f. mwN); ähnlich auch *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 129. Siehe zum Sportsystem auch oben § 4 III 2, V 4 und § 6 II 1.

1325 Zur World-Anti-Doping-Agency (WADA) siehe *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (96 – 101).

1326 BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*; zuvor OLG München, Teilurt. v. 15.01.2015, U 1110/14 Kart; nunmehr BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*; siehe dazu im Kontext Transnationalen Rechts *Grünberger*, Der Staat 55 (2016), 117 (124 f., 130 – 133).

1327 Teilweise wird auch die nationale Ebene der privaten Ordnung des Sports als *lex sportiva* bezeichnet: so z.B. von *Nolte*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107 (108).

1328 Siehe dazu *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 33 f.; *Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207 (209 – 212); im transnationalen Kontext

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

in privatrechtliche Handlungsformen wie Vertrag oder Satzung, also staatliches Recht, eingebunden sind. Es fehlt der für das transnationale Recht typische, im Vergleich zu nationalen Kontexten, veränderte institutionelle Rahmen, der insbesondere durch grenzüberschreitende Interaktionen entsteht[1329] und sich in der Folge in einer Entkopplung der Evolution von (nationaler) Politik und (inter- bzw. transnationalem) Recht manifestiert und stabilisiert. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage nach der rechtsdogmatischen Antwort auf solche privaten Ordnungen umso mehr.[1330] Aufgrund dieser starken nationalstaatlichen Einbettung[1331] und dem hier verfolgten Erkenntnisinteresse des Regelungszugriffs des deutschen Rechts sollen in diesem Abschnitt private Ordnungen mit dem Blick eines weichen Rechtspluralismus[1332] betrachtet werden. Die sich typischerweise aus der Perspektive eines harten Rechtspluralismus stellende Frage nach der Legalität, also der Rechtsnormqualität, einer privaten Ordnung wird hier nicht erheblich.[1333]

Zum anderen adressieren die SVRL in erster Linie die Zuschauer*innen im Stadion, also soziologisch gesprochen die Publikumsrolleninhaber des Fußballsportsystems. Die bisher untersuchten Regelungen adressieren primär die Sportler*innen, und damit die Leistungsrollenträger des Fußballsportsystems. Daher wurde bei solchen Regelungen im wettbewerbsrechtlichen Kontext auch häufig von genuin sportbezogenen Regeln ge-

---

Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 186 – 208; *Michaels*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 39 (43 – 56); *T. Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 qualifizieren einige der privaten Ordnungen als „sekundäre Rechtsquelle[n]".

1329 Vgl. *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (155 f.).

1330 So auch *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (19): „Eher geht es um die Unsicherheit, ob das bestehende nationalstaatliche Recht das Private Recht angemessen und wirkungsvoll einfängt und ‚einhegt'."

1331 Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten wie das Recht auf (transnationale) private Regelsetzung reagieren kann *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 231 – 239; *Michaels*, 51 The Wayne Law Review 1209, 1227 – 1237 (2005); dies rezipiert *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie II, 2015, S. 1929 (1930).

1332 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen *weak* und *strong legal pluralism* siehe *Griffiths*, 24 Journal of Legal Pluralism 1, 8 – 14 (1986); *Michaels*, 51 The Wayne Law Review 1209 (2005); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 208 – 211.

1333 Zutreffend weist *Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207 (209 – 212) darauf hin, dass die Legalitätsfrage – man müsste konkretisieren: in einigen Fällen – von untergeordneter Bedeutung ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprochen.[1334] Die SVRL sind damit ein anschauliches Beispiel dafür, wie private Ordnungen auch auf das jeweilige Publikum in einem sozialen Funktionssystem ausgedehnt werden.[1335]

3. Private Regelsetzung als Teil privater Ordnungen

Bisher wurden die Begriffe private Ordnung oder private Regel ohne weitere Klärung ihrer Bedeutung verwendet. Dies soll an dieser Stelle geschehen. Eine Erklärung der Begriffe, wie sie für diese Untersuchung verwendet werden, ist notwendig, weil sie jeweils unterschiedliche Ausschnitte bzw. Dimensionen privater Regelsetzung mit ihrem Bezug zum (staatlichen) Recht beschreiben.

Der Begriff der *privaten Regel* ist als Ausgangspunkt zu betrachten. Dieser steht für jeden Satz, der ein Ge- oder Verbot zum Ausdruck bringt, unabhängig davon, ob er von den Adressaten selbst oder von anderen gesetzt wurde.[1336] Private Regeln können dabei alles Mögliche sein, auch die partnerschaftliche Einigung, dass man am kommenden Freitag gemeinsam ins Theater geht. „In allen Lebensbereichen schaffen Private Regeln und Muster für Regeln."[1337] Privat ist eine Regel, wenn sie nicht vom Staat erzeugt wird. Indem jede Form von Regeln innerhalb menschlicher Interaktionen Verhalten antizipierbar werden lässt, tragen auch private Regeln zur Bildung gesellschaftlicher Ordnung(en) bei.[1338] Solche privat aufgestellten Regeln können bei einer gewissen Verfestigung zu sozialen Normen werden.[1339] Private Regeln können aber auch über spezifische Mechanismen, insbesondere über privatrechtliche Institute, in die Rechtsordnung eingebunden werden: Eine Regel kann beispielsweise die Form eines Ver-

1334 Siehe dazu oben § 3 IV 4 b.

1335 Thematisiert wird bislang lediglich die Ausdehnung privater Ordnungen von (Sport-)Verbänden auf Nichtmitglieder, wobei damit nur Vereine und deren Mitglieder gemeint sind, die nicht unmittelbare Mitglieder des Dachverbandes sind, siehe dazu *Heermann*, ZIP 2017, 253.

1336 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 20 – 25, insbesondere S. 22; dem folgend *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 23.

1337 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (1).

1338 Vgl. *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (1 f.).

1339 Zu sozialen Normen und ihrer Abgrenzung zum Recht siehe *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 199 – 203; *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 162 – 186.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trages oder einer Satzung einnehmen.[1340] Hier begegnet uns die bereits oben angesprochene Ordnungsfunktion des Vertrages:[1341] Der Vertrag ist das Instrument der Wahl, mit dem Private untereinander Regeln rechtliche Verbindlichkeit verleihen können.[1342] Eine private Regel kann so über das Privatrecht zu *privatem Recht* werden, also Recht, das nicht-staatliche Akteure erzeugt haben.[1343] Bis hierhin bestehen aus klassisch dogmatischer Sicht keine großen Besonderheiten, weil private Regeln aus der Perspektive des Privatrechts ohnehin (nur) in ihrer privatrechtlichen Erscheinungsform wahrgenommen werden.[1344]

Private Regeln bzw. privates Recht können jedoch eine umfassendere soziale und/ oder rechtliche Wirkung entfalten; sie müssen sich nicht zwingend auf einen Fall oder wenige begrenzte Fälle beschränken, sondern können – wie die oben erwähnten Beispiele zeigen – abstrakt-generelle Wirkung für eine Vielzahl von Fällen für sich beanspruchen. Dies kann als *private Ordnung* bezeichnet werden. Erst an dieser Stelle zeigt sich das gesteigerte Interesse der Rechtswissenschaft: Private Regeln ähneln mehr und mehr in ihrer Form und ihrer Wirkung staatlichen Regeln, also Rechtsnormen.

Als Ausgangspunkt dieser Überlegung zum Zusammenhang zwischen privaten Ordnungen und privater Regelsetzung kann u.a. der Theoriestreit bezüglich der Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen herangezogen werden:[1345] In der Vergangenheit wurde intensiv darüber gestritten, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertrag[1346] oder als Rechtsnorm[1347]

1340 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (3), dort auch zu weiteren Verknüpfungen mit der Rechtsordnung. Allgemein zu solchen „Inklusionsnormen" *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (518 – 521); *Eifert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 19 Rn. 62 – 66.

1341 Siehe oben § 3; die Funktion des Vertrages zum Aufbau transnationaler Ordnungen akzentuiert *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 154 – 158.

1342 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 255, die deshalb auch vom „Vertrag als Grundmodell der Selbstregulierung" sprechen.

1343 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (3): „Wenn private Regeln auf die geschilderten Weisen in die Rechtsordnung eingebunden werden, lassen sie sich als ‚Privates Recht' bezeichnen."

1344 Darin ist der Grund zu sehen, warum eines der Frühwerke der Forschung zu privaten Ordnungen lediglich diese klassischen privatrechtlichen Institute thematisiert: *F. Kirchhof*, Private Regelsetzung, 1987, S. 181 – 485.

1345 Siehe dazu *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 119 f.

1346 *Lehrmann-Richter*, in: BeckOGK-BGB, § 305 Rn. 39.

1347 *Pflug*, AG 1992, 1 (5 – 10), der dort auch deutlich macht, dass es beim Streit Vertrags- vs. Normtheorie nicht primär um die Beschreibung von AGB geht, sondern

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu qualifizieren seien. *Bachmann* konnte überzeugend zeigen, dass dieser Streit sinnlos ist, weil beide Positionen aneinander vorbeireden.[1348] Aus dogmatischer Sicht überzeugt die Ansicht, welche AGB als Vertrag qualifizieren, weil es sich dabei um eine spezifische Regelsetzung zwischen zwei individuellen Privatrechtsakteuren handelt, die durch gegenseitige Zustimmung Geltung zwischen diesen Akteuren entfaltet. Die sog. „Normtheorie" hat dagegen primär die soziale Wirkung von AGB betont und ihre rechtliche Form weitgehend als unbedeutend abgetan. Beide Positionen betonten damit lediglich zwei zwar zusammenhängende, aber aus rechtlicher Sicht zu trennende Aspekte von AGB: ihre rechtliche Form (Vertrag) auf der einen Seite und ihre soziale Wirkung bzw. Funktion (Norm) auf der anderen Seite.

Die Vertragstheorie alleine kann jedoch nur Situationen erklären, in denen ein individueller AGB-Aufsteller identifiziert werden kann. Wir beobachten jedoch Phänomene, in denen nicht nur ein einzelner Privatrechtsakteur in einer Vielzahl von Fällen standardisierte Verträge verwendet, sondern Situationen, in denen mehrere Privatrechtsakteure die gleichen AGB verwenden. Zu der Regelsetzung durch AGB treten weitere Faktoren, die ihre Ausbreitung auf einen ganzen ökonomischen oder sozialen Bereich begünstigen: „Zu privatisierter oder ‚gesellschaftlicher' Rechtssetzung werden AGB, sobald ihr Gebrauch durch Verbände organisiert und damit ihr Geltungsbereich schlagartig verbreitert wird. Rechtssetzung ist dann aber nicht in erster Linie die Aufstellung der AGB, sondern die generalisierende Gebrauchsempfehlung durch einen sozialen Verband."[1349] Durch diese Empfehlung werden allgemein verfügbare Regelungsmuster bereitgestellt, sodass ein Stück rechtlicher Struktur mit zumindest sektoraler – oder gar allgemeiner – Geltung erschaffen wird.[1350] Bloße Gebrauchsempfehlungen durch einen Dachverband sind jedoch nicht die einzigen Möglichkeiten, wie private Regelsetzung zu privater Ordnung werden kann. In Bezug auf private Standardsetzung wurden beispielsweise Netzwerkeffekte als maß-

darum, welches grundsätzliche Legitimationskonzept auf sie angewendet werden sollte.

1348 Dazu und zu den folgenden Ausführungen *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 108 – 123.

1349 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481).

1350 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481) weist hier in Fn. 10 auch darauf hin, dass dies beispielsweise im Bereich der Kreditwirtschaft beobachtet werden kann, wenn die AGB-Banken bzw. AGB-Sparkassen fast ausnahmslos Verwendung finden.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gebliche ökonomische Größe betont, die ihre Ausbreitung begünstigen.[1351] Netzwerkeffekte können ebenfalls als ein Faktor für die Verbreitung von AGB angesehen werden, die von Internetplattformen aufgestellt werden: Hier sind es die Netzwerkeffekte, die ökonomisch zu größeren Marktanteilen führen, die damit wiederum mit ihren selbstgesetzten Regeln nicht nur den Markt, sondern die dazu parallel laufende Kommunikation regeln.[1352]

Verbreitet sich damit eine private Regelung durch weitere rechtliche oder außerrechtliche Umstände in einem sozialen System, so kann von privater Ordnung oder *Private Governance* gesprochen werden. *Governance* kann als die Gesamtheit der kollektiven Einflüsse auf ein soziales System definiert werden.[1353] Sind diese Einflüsse dominierend privat – und damit nicht staatlich – kann von *Private Governance* oder privater Ordnung gesprochen werden. Der Begriff der privaten Ordnung löst damit als primär rechtstheoretischer Begriff die dogmatisch unpräzise „Normtheorie" ab, weil er rechtliche Form und soziale Wirkungen miteinander vereinen kann.

Bezüglich des Untersuchungsgegenstandes besteht zwischen den Forschungsströmungen privater Regelsetzung und privater Ordnung eine Nähe zu der Forschungsrichtung der Selbstregulierung.[1354] Bezüglich des Erkenntnisinteresses bestehen jedoch leichte Unterschiede: Die Perspektive der Selbstregulierung nimmt primär die Perspektive der Gesetzgebung oder der Regulierung ein und fragt nach dem Verhältnis zwischen staatlicher (Fremd-)Regulierung und privater (Selbst-)Regulierung.[1355] Die Begriffe private Ordnung und privates Recht werden hier dem Begriff der Selbstregulierung vorgezogen, weil es nicht primär um eine Steuerungsfrage der Vor- und Nachteile von Selbstregulierung gegenüber staatlicher Steuerung geht. Das Erkenntnisinteresse ist hier auf ein besseres Verständnis der Formen und Wirkungen privater Ordnungsmuster gerichtet. Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch auf Erkenntnisse der Selbstregulierungsforschung zurückgegriffen werden kann – dies insbesondere deshalb, weil sie sich

1351 *Engert*, RW 2014, 301 (309 – 321).

1352 Siehe dazu im Kontext von Facebook unten § 10.

1353 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (514), der den Begriff dort auch zu Government, Regulierung und sozialer Kontrolle abgrenzt.

1354 Zum Begriff und zu Erscheinungsformen *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 8 – 46; zur begrifflichen Abgrenzung näher *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 41 – 47.

1355 Deutlich bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 32: „Der Ausdruck der Selbstregulierung bildet daher einen Gegenbegriff zu einer rein staatlichen Regelschaffung."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

selbst einen allgemeineren Zugriff auf die hier untersuchten Phänomene zuschreibt.[1356]

4. Private Ordnung als Teil sozialer Ordnung

Das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft ist primär auf private Ordnungen gerichtet, weil diese hinsichtlich Wirkung und Struktur staatlichen Rechtsregeln gleichkommen. Was bedeutet aber Ähnlichkeit oder Vergleichbarkeit hinsichtlich ihrer Wirkungen? Ein Vergleichsparameter kann dabei ihr jeweiliger Beitrag zu sozialer Ordnung sein. Um dies zu verdeutlichen, bietet sich das von *Ellickson* entwickelte Modell der „*Theory of Social Control*" an.[1357] In der Soziologie wird dabei der Begriff der sozialen Kontrolle genutzt, um zu beschreiben, warum Personen (nicht) von Regel abweichen.[1358] *Ellickson* verwendet den Topos *Social Control* in einem abweichenden Begriffsverständnis: Er möchte damit unterschiedliche Formen von gesellschaftlichen Ordnungssystemen beschreiben. Ein präziserer Begriff im Deutschen ist daher „soziale Ordnung" – ein weiterer soziologischer Grundbegriff.[1359] Auch *Bachmann* begreift sein Modell privater Ordnungen primär als Konzept sozialer Ordnung.[1360]

Ellickson typologisiert die unterschiedlichen Elemente sozialer Ordnung in drei Kategorien: *first-party control*, *second-party control* und *third-party control*. Damit werden grob die maßgeblichen Akteure sozialer Ordnung kategorisiert: Die Ordnung kann durch einen selbst, durch den unmittelbaren Interaktionspartner oder durch einen dritten Akteur gesetzt werden. Sein Erkenntnisinteresse ist auf die funktionalen Äquivalente zu staatlichem Recht gerichtet. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass gesellschaftliche Normen und Institutionen in unterschiedlichem Maße da-

1356 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 21 f.

1357 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 123 – 136.

1358 Siehe zu sozialer Kontrolle und Devianz *Menzel/Wehrheim*, in: Kneer/Schroer (Hrsg.), Handbuch Spezielle Soziologien, 2010, S. 509.

1359 Siehe auch *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 Fn. 70, der ebenfalls *social control* mit sozialer Ordnung übersetzt und Bezüge zu Herrschaft herstellt; zu unterschiedlichen soziologischen Konzepten sozialer Ordnung siehe *Abels*, Einführung in die Soziologie, Bd. 1, 2019, S. 59 – 118.

1360 *Bachmann*, Private Ordnungen, 2006, S. 8 – 17 greift jedoch weniger auf ein soziologisches Begriffsverständnis zurück, sondern setzt sich mit „sozialethische[n] Lebensentwürfe[n]" auseinander, „die dem Ordnungsgedanken einen prominenten Platz eingeräumt haben" (Zitat auf S. 8).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu geeignet sind, kooperatives Verhalten herbeizuführen. Er unterscheidet zwischen verschiedenen Akteuren, die soziale Regeln setzen bzw. Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Regeln ausüben: Derjenige, der *first-party control* ausübt, nennt *Ellickson* „*actor*". Die Person, die *second-party control* ausübt, ist die „*person acted upon*". Von größerer Bedeutung sind jedoch die Akteure der *third-party control*. Hier unterscheidet *Ellickson non hierarchially organized social forces*, *organizations (non governmental hierachies)* und *government (state hierachies)*.[1361] Der Begriff der *organizations* deckt sich dabei mit dem soziologischen Begriff der Organisation.[1362]

Basierend auf der Einteilung von Elementen sozialer Ordnung und den fünf Akteuren, können jeweils unterschiedliche Begriffe für die Regeln verwendet werden, die diese fünf Akteure erlassen: *Ethics* als moralische Regeln, die sich einzelne Akteure selbst geben, *contracts* zwischen zwei Akteuren sowie *norms*, *organization rules* und *law* als die Formen von Drittakteuren.[1363] Er entwickelt dann auch einzelne Begriffe für unterschiedliche Formen der Sanktionen, die auf dem Verstoß gegen die jeweiligen sozialen Regeln beruhen sowie Begriffe für das „*combined system*" aus Regel und Sanktion.[1364] Dabei handelt es sich – wie *Ellickson* selbst erkennt – um Idealtypen, in der Form, dass es eine Stilisierung ist, dass ein Akteur eine Regel setzt und diese gleichzeitig durchsetzt; vielmehr können in der Realität hybride Formen auftreten, in denen eine von Akteur A gesetzte Regel von Akteur B durchgesetzt wird.[1365] Weiter unterscheidet *Ellickson* in diesem System fünf Typen von Regeln, die in sozialen Ordnungssystemen auftreten können: Verhaltensregeln (*substantive rules*), Sanktionsregeln (*remedial rules*), Verfahrensanforderungen vor Sanktionsentscheidungen (*procedural rules*), Verfassungsnormen der Akteure (*constitutive rules*) sowie Meta-Regeln, wonach geregelt wird, welcher Akteur in welcher Situation zuständig ist (*controller-selecting rules*).[1366]

Ellicksons Modell ist für eine beschreibende Analyse von Phänomenen privater Ordnungen deshalb besonders gut geeignet, weil unterschiedliche Autoren, Normtypen und Ordnungsysteme als grundsätzlich funktional äquivalent angesehen werden und Überschneidungen oder Ersetzungen

1361 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 126 f.
1362 Siehe dazu auch oben § 5 IV 2 b.
1363 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 127.
1364 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 131.
1365 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 131 f.
1366 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 132 – 135.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen ihnen von vornherein mitgedacht werden. Damit stellt das Modell Kategorien bereit, die den Staat und das staatliche Recht nur als eines von vielen Mosaikteilchen im Geflecht sozialer Ordnung begreift und nicht den Staat als Blaupause für Ordnungsmuster ansieht. Allerdings wird der Staat als relevanter Akteur nicht völlig ignoriert. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil private Ordnungen selten gänzlich privat sind.[1367] Es „entstehen auch hybride Regime, bei denen staatliche, wirtschaftliche und zivilgesellschaftliche Akteure so eng zusammenwirken, dass die klassischen Unterscheidungen zwischen hoheitlich und privat, zwischen Staat und Markt und zwischen Recht und sozialen Normen zunehmend verschwimmen."[1368] Im Regelfall bedingen sich private Ordnungssysteme mit staatlichen Ordnungssystemen, was bereits daran liegt, dass – wie gezeigt – private Ordnungssysteme mithilfe (staatlicher) Rechtsinstitute aufgebaut werden. Dies trifft insbesondere auf die Ordnungsstruktur im Sportsystem zu, die durch ein Zweisäulenmodell der *lex sportiva* und der *lex extra sportiva*, also einer Wechselwirkung zwischen privater Ordnung und staatlicher Ordnung gekennzeichnet ist.[1369] Diese Verschränkungen in der hybriden Ordnungsstruktur des Sports werden besonders bei den Stadionverboten deutlich: Den Selbstregulierungskräften der Sportorganisationen werden im Besonderen Grenzen für eine adäquate Lösung von Gewaltproblemen im Zusammenhang mit Fußballspielen attestiert,[1370] wodurch erklärt werden kann, dass gerade Stadionverbote eine hybride Verschränkung aus privater Regelsetzung und staatlicher Durchsetzung bilden. Die Regelsetzung in Form der Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) als – im Modell *Ellicksons* – *remedial rule* erfolgt allein durch die Organisation DFB. Die eigentliche Durchsetzung als Aussprache eines Hausverbots wird dann aber über die Privatrechtsinstitute Vertrag und Eigentum stabilisiert, sodass diesbezügliche Konflikte vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden.

1367 *Sagy*, 45 Law & Society Review 923 (2011); *Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (779); vgl. auch *Köndgen*, AcP 2006, 477 (495 – 498); *Schmalenbach*, VVdStRL 76 (2017), 245; *Kahl*, VVdStRL 76 (2017), 343; *Cornils*, VVdStRL 76 (2017), 391; ausführlich zur Regelsetzung als "staatlich-privat interaktiver Prozess" siehe *S. Augsberg*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 95.

1368 *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (160).

1369 Zu diesen Wechselwirkungen *Nolte*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107.

1370 *Nolte*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107 (110 f.). Zu Gewalt im Fußballsport siehe *Albrecht*, MschrKrim 2006, 158.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Zunahme privater Ordnungen in der funktional differenzierten Gesellschaft

Legt man das allgemeine Modell sozialer Ordnung von *Ellickson* zugrunde, gehören private Regeln und private Ordnungen schon immer grundlegend zum sozialen Ordnungsmix. Es gibt jedoch spezifische Gründe, warum in den letzten 30 Jahren vermehrt Formen von privater Ordnung – insbesondere in (hybriden) Formen der *norms* oder *organization rules* – beobachtet werden können, die an die Stelle des staatlichen Rechts treten.[1371] Aus ökonomischer Sicht[1372] können private Ordnungen als Antwort auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen gesehen werden.[1373] Insbesondere die Globalisierung sozialer Systeme bei gleichzeitigem Fokus der politischen Systeme auf den Nationalstaat führen zu privaten Ordnungen im transnationalen Kontext. Zuletzt entfalten private Ordnungen komparative Kostenvorteile.

Aus rechtssoziologischer Sicht sind es insbesondere die Phänomene der Arbeitsteilung und der funktionalen Differenzierung, die zu einem Wissensproblem führen: Je komplexer (also insbesondere ausdifferenzierter) die Welt wird, desto weniger kann es dem politischen System und einem darauf bezogenen nationalen Recht gelingen, das in den unterschiedlichen Funktionssystemen der Gesellschaft vorhandene dezentrale Wissen „einzuholen" und adäquat rechtsförmig abzubilden.[1374] Darüber hinaus kann in der Struktur des staatlichen Rechts selbst ein entscheidender Grund gesehen werden: „Es ist der zu hohe Generalisierungsgrad des staatlichen Rechts, welches der Nachfrage nach partikularen, sektoralen oder lokalen Ordnungen nicht nachkommen kann."[1375] Funktional differenzierte, fragmentierte Gesellschaften bilden damit teilsystemspezifisch eigene Regelord-

1371 Zum Folgenden *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (511 – 513) und ausführlich *Schepel*, The Constitution of Private Governance, 2005, 11 – 34.

1372 Dass sich in der Literatur ökonomische Gründe getrennt von anderen Gründen finden lassen, hängt u.a. damit zusammen, dass viele Autor*innen im Bereich privater Ordnungen auch rechtsökonomisch sozialisiert sind, so *Sagy*, 45 Law & Society Review 923, 925 (2011).

1373 Zum Rechtsversagen in transnationalen Kontexten *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 99 – 109.

1374 Ähnlich *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (513).

1375 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (513). Von einer „nachlassende[n] Steuerungskraft" sowie einem „starre[n] Korsett" sprechen *T. Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (778 f.); Vgl. auch *Ossenbühl*, in: HdStR V, 2007, § 100 Rn. 71 – 76; weniger Bedenken bei *Reimer*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 9 Rn. 84 – 94.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungen aus.[1376] Damit besteht ein enger Zusammenhang zwischen funktionaler Differenzierung und privater Ordnungen: Die sozialen Ordnungsmuster, die innerhalb der einzelnen sozialen Systeme gelten, nehmen nicht (mehr) oder nur teilweise die Form staatlichen Rechts an. Die Ordnung der einzelnen Teilsysteme nimmt heute die Form privater Ordnungen ein. Hier ist der Verknüpfungspunkt des differenzierungstheoretischen Begriffs der systeminternen Governance-Strukturen[1377] mit dem (privat-)rechtstheoretischen Begriff der privaten Ordnungen zu sehen. Zwar gab es schon immer mehr oder weniger große Anteile privater Regeln in allen Sozialsystemen; meistens waren diese jedoch punktuell. Sobald aber eine soziale Gruppe größer wird, werden generelle Regeln, Standards und Prinzipien die Hauptinstrumente der sozialen Ordnung.[1378]

II. Die Stadionverbotsrichtlinien als private Ordnung durch den DFB

Dieses generalisierte Analyse- und Beschreibungsraster privater Ordnungen lässt sich auch für die Fälle der Stadionverbote re-spezifizieren. Die Wirkungen der Stadionverbote wurden im vorherigen Kapitel ausführlich thematisiert. Hier geht es darum, Stadionverbote aus der Sicht privater Ordnungen zu betrachten

1. Autonomie und Hierarchie im deutschen Fußballsport

a. Lex sportiva als private Ordnung

Die traditionelle globale Sportstruktur ist durch verschiedene hierarchische Ebenen gekennzeichnet, an deren Basis der Sportler und die Sportlerin steht: Die Sportler*innen sind Mitglied in einem Verein. Diese Mitgliedschaft wird durch Vertrag begründet (Beitritt).[1379] Dieser Verein ist entweder direkt oder vermittelt durch weitere Ebenen Mitglied in einem Lan-

1376 So *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 3 u.a. mit Verweis auf *Michaels/Jansen*, in: Jansen/Michaels (Hrsg.), Beyond the State, 2008, S. 69 (97); *Trute*, DVBl. 1996, 950.

1377 Siehe dazu oben § 2 V 1.

1378 Vgl. *Schuppert*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 31 (32).

1379 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (93); zur Begründung der Mitgliedschaft durch Vertrag siehe *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 41 – 46.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

desverband, der wiederum Mitglied im entsprechenden internationalen Fachverband ist.[1380] Die Regelsetzung, und damit die Bildung einer privaten Ordnung, verläuft hier im Grundsatz von oben nach unten. Da die Mitgliedschaft jedoch jeweils auf die unmittelbar darauffolgende Ebene beschränkt ist, schließen insbesondere Sportler*innen regelmäßig sog. Unterwerfungsvereinbarungen mit den jeweiligen übergeordneten Ebenen ab, durch die sie unmittelbar an die Regeln der Dachverbände gebunden werden.[1381] Je nach Organisationsstruktur besteht auch die Möglichkeit einer Doppelmitgliedschaft.[1382] Der Organisations- und Regelaufbau des Sports kann daher als „pyramidenförmiger Aufbau des Sportverbandswesens" mit einer „monopolistisch-hierarchischen Organisationsstruktur" beschrieben werden.[1383] Treffend beschreibt es *Adolphsen*: „Die so entstehende Struktur ist neben den beschriebenen Hierarchien von der Monopolstellung der Verbände geprägt. Es gibt für jede Sportart im Grundsatz nur einen nationalen Verband und auch nur einen internationalen Verband, der die jeweilige Sportart international bei olympischen Spielen repräsentiert. Dieses ist in Einzelfällen durchbrochen, so namentlich im wohl bekanntesten Beispiel des Boxsports, aber auch im Schach und zwischenzeitlich auch im Snowboard-Bereich. Soweit das sog. Einplatzprinzip realisiert wird, besteht für den Sportler keine Wahlmöglichkeit – er kann nur in dem jeweiligen nationalen oder internationalen Verband nach dessen Regeln seinen Sport betreiben oder ihn sonst außerhalb der organisierten Sportausübung privat durchführen."[1384] Diese hierarchische Struktur folgt aus der Eigenrationalität des Sportsystems – aus dem Erfordernis einheitlicher Regeln und weltweitem Leistungsvergleich im Wettkampfsport.[1385] Dies wird erst durch das „Ein-Platz-Prinzip" möglich.[1386]

1380 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).
1381 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).
1382 *Leuschner*, in: MüKo-BGB, Vor § 21 Rn. 142; ausführlich *Heermann*, ZIP 2017, 253 zu den Möglichkeiten der Verbände, ihre private Ordnung auf Nichtmietgliedvereine und deren Mitglieder zu strecken.
1383 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67.
1384 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).
1385 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67.
1386 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67 f. mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Stellung und Aufbau des DFB

Diese generelle Struktur im Sportsystem lässt sich auch für den Fußballsport re-spezifizieren. Der Profifußball in Deutschland und Europa ist pyramidenartig organisiert: An der globalen Spitze steht insbesondere die FIFA, an der europäischen Spitze die UEFA und an der nationalen Spitze steht der DFB.[1387] Der DFB – der Deutsche Fußball-Bund e.V. – ist die Dachorganisation und der Spitzenverband des deutschen Fußballs.[1388] Seine wichtigste Aufgabe ist die Ausübung des Fußballsports in Meisterschaftsspielen und Wettbewerben der Spielklassen der Regional- und Landesverbände und der Lizenzligen.[1389] Der DFB ist ein Dachverband und besteht aus 27 Mitgliedsverbänden, die sich aus den 21 Landesverbänden, fünf Regionalverbänden sowie dem Ligaverband zusammensetzen, § 7 DFB-Satzung.[1390] Die einzelnen Sportler*innen sind Mitglieder der einzelnen Vereine, welche wiederum Mitglieder der Landesverbände sind. Die Organe des DFB sind das DFB-Präsidium, der DFB-Vorstand sowie der DFB-Bundestag, § 19 Nr. 1 DFB-Satzung. Weiterhin gibt es 26 Fachausschüsse und -kommissionen, in denen der Großteil des operativen Geschäfts erledigt wird, also Sachfragen bearbeitet werden.[1391] Als Dachverband kann der DFB organisationssoziologisch als *meta organisation*[1392] beschrieben werden, also eine Organisation, die weitere Organisationen unter sich vereint und gemeinsame Regeln festlegt, um das Verhältnis der einzelnen Mitgliederorganisationen untereinander zu regulieren.[1393]

1387 Einen Überblick über alle Organisationseinheiten gibt *Stopper*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 3 (Rn. 30 – 44b).

1388 Eingehend zum Aufbau des DFB siehe *Orth*, Vereins- und Verbandsstrafen, 2009, S. 59 – 76 sowie *Englisch/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 587 (Rn. 8 – 23).

1389 *Englisch/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 587 (Rn. 1).

1390 Siehe dazu *Orth*, Vereins- und Verbandsstrafen, 2009, S. 59 f.

1391 Vgl. § 19 Nr. 2 – 4 DFB-Satzung sowie https://www.dfb.de/verbandsstruktur/kommissionen-ausschuesse/.

1392 Grundlegend *Ahrne/Brunsson*, Meta-organizations, 2008.

1393 So *Kühl*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 73 (83).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Institutionelle Verfestigung von Stadionverboten durch private Ordnung

a. Prävention und Sicherheit als Thema privater Ordnung im Fußballsportsystem

Bereits im vorangegangenen Kapitel ging es um den präventiven Charakter von Stadionverboten zur Verhinderung von Gewalt. Sicherheit und Prävention von Gewalt sind dabei zu immer größeren Themen geworden. Aufgrund der Kommerzialisierung[1394] des Fußballsports, sind Fußballveranstaltungen in Deutschland zu Großveranstaltungen geworden, da immer mehr Zuschauer den Sport verfolgen. Dadurch nimmt wie bei allen Großveranstaltungen die Sicherheit aller Beteiligten einen hohen Stellenwert ein.[1395] Größster Risikofaktor aus Sicht des DFB ist dabei Zuschauerfehlverhalten, wobei das Werfen von Gegenständen und das Zünden von Pyrotechnik zu den häufigsten sicherheitsrelevanten Vorkommnissen zählen.[1396] Der Betreiber eines Fußballstadions muss rechtlich seiner Verkehrssicherungspflicht nachkommen, wobei hier öffentlich-rechtliche, privatrechtliche und verbandsrechtliche Vorgaben unterschieden werden können.[1397] Daher hat sich eine umfangreiche Präventions- und Sicherheitsarchitektur innerhalb des DFB ausgebildet.[1398] Innerhalb dieser Präventions- und Sicherheitsarchitektur lassen sich Stadionverbote als grundsätzlich präventives Instrument bei Zuschauerfehlverhalten verorten und treten damit neben die Fanarbeit als weiteres wesentliches präventives Instrument.[1399]

1394 Siehe dazu oben § 6 I.

1395 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 1).

1396 Vgl. *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 2 f.).

1397 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 5 – 11).

1398 Ausführlich *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 40 – 65).

1399 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 67 – 71).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Stadionverbotsrichtlinien als private Regelsetzung

Unmittelbare rechtliche Grundlage für die Stadionverbote als Hausverbote ist das eigentums- und besitzrechtliche Hausrecht.[1400] Stadionverbote als örtliche Hausverbote mit starker zeitlicher Begrenzung gehörten seit jeher zur Sicherheitsarchitektur im (deutschen) Fußballsportsystem.[1401] Aufgrund ihrer begrenzten Reichweite, wurde ihre Abschreckungswirkung als unzureichend angesehen. Aus diesem Grund wurde bereits 1992 von der Arbeitsgruppe „Nationales Konzept Sport und Sicherheit" (NKSS) u.a. ein Konzept für bundesweite Stadionverbote erarbeitet, das in die Stadionverbotsrichtlinien – Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten (SVRL) – mündete.[1402]

Bei den SVRL handelt es sich rechtsdogmatisch um eine satzungsnachrangige Vereinsordnung[1403], also um Vereinsinnenrecht.[1404] Ihre Grundlage[1405] finden die SVRL in § 31 der Richtlinien zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesligaspielen (RLVSB), in denen auch die DFB-Kommission Prävention & Sicherheit & Fußballkultur als erlassendes Organ benannt wird. Die Ermächtigung für diese Richtlinie wiederum findet sich in § 6 Nr. 4 DFB-Satzung. Damit ist die Ordnung nur gegenüber den ordentlichen Mitgliedern des DFB, also dem Ligaverband, den fünf Regional- und den 21 Landesverbänden verbindlich. Deshalb unterzeichnen jährlich die einzelnen Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen, der 3. Liga und der 4. Spielklassenebene, der DFB sowie der Ligaverband eine Mustererklärung, durch die die Richtlinien als für sie rechtlich verbindlich anerkannt werden.[1406] Dabei handelt es sich um einen Regelanerkennungsvertrag.[1407] Im Verhältnis der einzelnen Vereine zu den Fußballfans werden die

1400 Siehe dazu oben § 2.
1401 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 33.
1402 Näher dazu *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 33 – 35.
1403 Dazu *Segna*, in: BeckOGK-BGB, § 25 Rn. 39 f.
1404 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (184); *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 36.
1405 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 34 spricht von einer „Ermächtigungsgrundlage".
1406 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 36.
1407 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (192 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

SVRL regelmäßig über die AGB in das Vertragsverhältnis eingebunden.[1408] Hier zeigt sich zum einen allgemein die Ordnungsfunktion des Vertrages als Instrument zur Herstellung privater Ordnungen als auch im Besonderen die Möglichkeit, mithilfe von Verträgen private Regeln (SVRL als Verbandsrecht) auch auf Nichtmitglieder zu erstrecken und so die private Ordnung auszudehnen.

c. Durchsetzungsmechanismen

Die Stadionverbotsrichtlinien als verbandsrechtliche Ordnung werden über unterschiedliche Instrumente zu einer umfassenden, institutionalisierten privaten Ordnung. Zunächst sind bundesweite Stadionverbote, also die Aussprache eines Hausverbots auch für andere Stadien, auf wechselseitige Bevollmächtigungen zwischen den einzelnen Vereinen zurückzuführen. Die Erklärungen der Vereine sind nach §§ 133, 157 BGB als Bevollmächtigungen nach §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB auszulegen. Darüber hinaus wird diese Art des Zusammenschlusses der einzelnen Clubs als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB mit dem gemeinsamen Zweck der verbindlichen Umsetzung und einheitlichen Handhabung der Stadionverbotsrichtlinien eingeordnet. Dabei werden die verbindliche Anerkennung der DFB-Regelungen sowie die Verpflichtung des Ausspruchs eines bundesweiten Stadionverbots bei Vorliegen der Voraussetzungen als Förderungspflichten angesehen.[1409] Dies führt zu einer genuin privatrechtlichen Institutionalisierung der Aussprache von Stadionverboten: Es bleibt nicht mehr der Entscheidung jedes einzelnen Vereins überlassen, ob Stadionverbote in den in der SVRL genannten Fällen ausgesprochen werden, sondern notfalls können die anderen Vereine als Mitglieder der Stadionverbotsgesellschaft die Aussprache von Stadionverboten als Förderpflicht einklagen.

Diese Anreize, Stadionverbote „großzügig" auszusprechen, werden über das Verbandsstrafrecht des DFB weiter verstärkt. Nach § 7 lit. d RuVO können die einzelnen Vereine eine Geldstrafe bis zu 100.000 € erhalten, wenn sie einen mangelnden Schutz des Schiedrichters, der Schiedsrichter-Assistenten oder des Gegners gewährleisten. Phänomenologisch besonders rele-

1408 Siehe dazu oben § 2 I 2.

1409 LG Duisburg, 22.07.2005 – 7 S 63/05; LG Paderborn, 26.02.2008 – 2 O 10/08; *Große Lefert/Bagger von Grafenstein,* in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 81).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vant ist hier das Zünden von Pyrotechnik und die sich an eine Verbandsstrafe anschließende Frage, ob der sanktionierte Verein über privatrechtliche Anspruchsgrundlagen Regress bei den Fans nehmen kann.[1410] Die verbandsrechtliche Strafvorschrift kann unter Umständen[1411] so ausgelegt werden, dass auch dann ein nicht ausreichender Schutz vorliegt, wenn ein Verein gegenüber einer Person ein Stadionverbot nicht ausspricht, obwohl die Voraussetzungen der SVRL vorliegen, und diese Person die Schiedrichter*in, die Schiedrichter-Assisstent*innen oder die gegnerische Mannschaft verletzt.[1412] Dabei müsste der Verein seine Organisations- und Handlungspflichten schuldhaft – also zumindest fahrlässig – verletzt haben.[1413] Damit begünstigt die Struktur der privaten normativen Ordnung des DFB, dass repressive Sicherheitsinstrumente wie insbesondere Stadionverbote ausgeweitet werden, während Prävention durch partizipative Konfliktlösung in den Hintergrund gedrängt wird. Das Verbandsstrafrecht des DFB sieht Sanktionen insbesondere für die Fälle vor, in denen Vereine zu wenig in die Sicherheitsinfrastruktur investieren. Hingegen ist ihnen nicht bzw. nur eingeschränkt auferlegt, in einen intensiveren Dialog mit den Fans zu treten bzw. dafür Geld auszugeben.[1414]

Neben einem eigenen Verschulden kommt darüber hinaus als weiterer Anknüpfungspunkt für eine Sanktion auch eine Zurechnung des Fan(fehl)verhaltens in Betracht. Das (Fehl-)Verhalten der eigenen Fans wird den Vereinen nach § 9a Nr. 1 RuVO zugerechnet; umstritten war jedoch, ob auch hier ein Verschulden auf der Seite der Vereine vorliegen muss.[1415] Der BGH hat kürzlich entschieden, dass ein solches Verschulden

1410 Siehe dazu beispielhaft BGH, Urt. v. 22.09.2016, VII ZR 14/16; *Nees*, Der Verbandsstrafenregress, 2019.

1411 Siehe zu bisherigen Beispielsfällen *Hilpert*, Das Fußballstrafrecht des DFB, 2018, S. 161 – 163.

1412 So auch *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 115 mit Bezug zur Entscheidungspraxis des DFB-Sportgerichts.

1413 Vgl. *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 114; *Hilpert*, Das Fußballstrafrecht des DFB, 2018, S. 161.

1414 So *Gabler*, in: Thole/Pfaff/Flickinger (Hrsg.), Fußball als Soziales Feld, 2019, S. 77 (91 f.); allerdings könnte auch eine unzureichende präventive Arbeit mit den Fangruppen eine Verbandsstrafe nach sich ziehen, so *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 114 mit Bezug zur Entscheidungspraxis des DFB-Sportgerichts.

1415 *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 120 – 129 sowie S. 154 – 213 mit Argumenten für eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit; *Nees*, Der Verbanfsstrafenregress, 2019, S. 136 – 168; zur Frage nach der Geltung des Schuldprinzipis im Vereins- und Verbandsrechts *Orth*, Vereins- und

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

nicht vorliegen muss und dies damit begründet, dass es sich hier nicht um eine Verbandsstrafe im klassischen Sinne handele, sondern um ein präventives Mittel, weitere Störungen durch Fans zu vermeiden.[1416] Dies hat auch Auswirkungen auf Stadionverbote: Zwar exisitieren vielfältige Möglichkeiten für die Vereine, Fehlverhalten der eigenen Fans zu vermeiden bzw. zu minimieren.[1417] Außerdem können die Vereine die Verbandsstrafen über Regressansprüche den Fans weitergeben. Sicherer ist es jedoch für die Vereine, (potentiell) gefährliche Fans von vornherein nicht in das Stadion zu lassen, ihnen also Stadionverbote zu erteilen.[1418] Dadurch wird der Anreiz für Vereine, Stadionverbote auszusprechen, noch weiter verstärkt.

Ein letztes, aber tendenziell eher weicheres, Instrument der Institutionalisierung von Stadionverboten lässt sich auf die Rolle der Polizei zurückführen. Polizeibehörden nehmen eine Schlüsselrolle im Zusammenhang mit Stadionverboten ein, weil sie zum einen den Clubs und Stadionbetreibern mitteilen, gegen welche Betroffenen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde. Zum anderen sprechen sie auch eine Empfehlung aus, gegen welche Personen ein Stadionverbot verhängt werden sollte.[1419] Dies erklärt sich daraus, dass nach § 4 III SVRL die Aussprache eines bundesweiten Stadionverbots insbesondere an ein eingeleitetes Ermittlungsverfahren geknüpft ist (vgl. auch dagegen § 4 IV SVRL).

3. Exklusion als regelmäßige Sanktion in privaten Ordnungen

Mit den SVRL wird damit eine Regelung innerhalb der privaten Ordnung geschaffen, die Personen aus dem System exkludieren kann. Solche Exklusionsregeln als Sanktionsregeln sind nicht unüblich für private Ordnungen.[1420] Auch das Verbandsstrafrecht des DFB kennt Ausschlusssanktionen

---

Verbandsstrafen, 2009, S. 101 – 115, der sich auf S. 144 f. gegen eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung positioniert; ablehnend auch *Walker*, NJW 2014, 119 (121 – 124).

1416 BGH, Beschl. v. 04.11.2021, I ZB 54/20, Rn. 22 – 36, insbesondere 32, 34.

1417 Vgl. *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 214 – 217.

1418 Auch *Haslinger*, Zuschauerauschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 216 f. schlägt aufgrund der Vereinshaftung für Zuschauerausschreitungen u.a. eine konsequente Verhängung von Stadionverboten vor.

1419 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (192); *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 34).

1420 Allgemein zu Sanktionsmechanismen aus der Perspektiver effektiver Selbstregulierung *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 291 – 299;

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für Vereine.[1421] *Bernstein* beschreibt beispielsweise in einer Studie zum Diamantenhandel, dass die New Yorker Diamantenbörse Exklusionsmechanismen als effektive Sanktionen kennt.[1422] Interessant ist jedoch ihre Beobachtung, dass diese nur selten ausgeübt wird, und es somit nur selten zu einer gänzlichen Exklusion kommt. Häufiger kommt es lediglich zu einer Handelssperre für die Dauer einiger Wochen. Den Grund dafür sieht sie in einem „*end-game problem*", worin die ausgeschlossene Person in Bezug auf den Diamantenhandel nichts mehr zu verlieren hat und möglicherweise gegen die Börse vor einem staatlichen Gericht auf Grundlage des Kartellrechts oder einer deliktsrechtlichen Schädigung vorgehen kann.[1423] Dieses Beispiel ist deshalb lehrreich, weil es zeigt, dass die (gänzliche) Exklusion unter Umständen die Stabilität der gesamten privaten Ordnung gefährden kann. Dies kann als möglicher Parameter dafür angesehen werden, ob Exklusionstendenzen mehr oder weniger stark auftreten. Bei den Stadionverboten ist es eher weniger denkbar, dass der Ausschluss von Fußballfans die gesamte Ordnung im Fußballsportsystem gefährden könnte. Hier wird bzw. wurde die Exklusion gerade durch das staatliche Recht stabilisiert, sodass keine Gefahr für den DFB besteht. Darüber hinaus ist es dieses wiederkehrende Muster von Exklusion aufgrund privater Ordnungen durch Verbände, das zu einer Ausdifferenzierung des rechtsdogmatischen Instituts des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs geführt hat.[1424]

4. Private Ordnung als modal-strukturbezogene Machtausübung und Herrschaft

In den letzten beiden Kapiteln wurde die modal-strukturbezogene Machtausübung durch den differenzierungstheoretischen Begriff der Exklusion ersetzt, um eine ganz spezifische Wirkung einer solchen Machtausübung bzw. Machtposition – den Ausschluss von Personen aus sozialen Zusammenhängen – präziser beschreiben zu können. Bereits im rechtstheoretischen Teil dieser Untersuchung wurde gezeigt, dass moderne handlungstheoretische Konzeptionen von funktionaler Differenzierung mit dem Be-

speziell zur Ausschlussdrohung als Sanktionsmechanismus zur Regelbefolgung *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 54 – 67.

1421 Vgl. § 44 Nr. 2 lit. f bis h DFB-Satzung.

1422 *Bernstein*, 21 The Journal of Legal Studies 115, 128 f. (1992).

1423 *Bernstein*, 21 The Journal of Legal Studies 115, 129 (1992).

1424 Dazu unten § 8 III 3, IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

griff der Normprogramme operieren, welche im jeweiligen sozialen System vorherrschend sind. Die rechtstheoretischen Forschungsstränge der privaten Ordnungen untersuchen genau diese Normprogramme; private Ordnungen sind die jeweiligen Normprogramme innerhalb der sozialen Systeme. Wie gerade gezeigt, entstehen diese Normprogramme jedoch immer seltener „spontan", sondern werden von einzelnen Akteuren – oftmals den kollektiven Leistungsrollenträgern – in einem Funktionssystem gesetzt. Die Setzung privater Ordnungen kann dann als spezifische Erscheinungsform modal-strukturbezogener Machtausübung angesehen werden: Der Akteur, der die private Ordnung setzt, entscheidet über die Handlungsoptionen aller Akteure innerhalb eines Funktionssystems. *Schuppert* spricht in diesem Zusammenhang von „*ruling by Rules*" oder von „Regeln als Instrument von Machtausübung" und von privaten Ordnungen als „Parallelordnungen als Herrschaftsform".[1425] Der Zusammenhang von privaten Ordnungen und modal-strukturbezogener Machtausübung wird im digitalen Kontext besonders deutlich: Digitale Plattformen setzen über privatrechtliche Institute und die technische Gestaltung („*code*") die relevanten Verhaltens- und Zugangsregeln in ihrem jeweiligen Wirkbereich.[1426]

Auch andere Autor*innen verbinden private Ordnungen mit privater Herrschaft.[1427] *Sagy* wies innerhalb des Diskurses um private Ordnungen dezidiert darauf hin, dass private Ordnungen nicht immer oder sogar selten spontan und innerhalb flacher Hierarchien entstehen, sondern dass ein Kausalzusammenhang zwischen einer zunächst bestehenden sozialen Hierarchie und der Etablierung privater Ordnungssysteme durch die weiter oben positionierten Akteure besteht.[1428] Werden private Ordnungen somit hierarchisch „von oben nach unten" etabliert, kann rechtlich über den „Schutz Privater vor der sozialen Mächtigkeit Privaten Rechts" diskutiert werden.[1429]

1425 *Schuppert*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 31 (52, 54).

1426 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 f.), die von „privater Regelungsmacht" und „normativer Macht" spricht.

1427 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), 2012, S. 1 (13), die mit Herrschaft insbesondere die Fremdbestimmung durch diese Normen meinen.

1428 *Sagy*, 45 Law & Society Review 923, 931 – 944 (2011); anders *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 385, der eine zunehmende Richtungsumkehr von *top down*- zu *bottom up*-Prozessen der Rechtserzeugung beobachtet, mit *top down* jedoch die staatlich dominierte Rechtssetzung meint.

1429 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (19).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus machtsoziologischer Sicht überrascht dies nicht: Während für *Max Weber* Macht und Herrschaft zwei voneinander zu trennende Phänomene waren, wobei er mit Herrschaft vor allem unterschiedliche Legitimationstypen von Gehorsam beschrieben hat,[1430] können Macht und Herrschaft auch als unterschiedliche Stufen innerhalb einer institutionellen Verfestigung von Machtpositionen angesehen werden. So unterscheidet *Popitz* fünf Stufen der Institutionalisierung von Macht:[1431] (1.) sporadische, auf den Einzelfall beschränkte, Machtausübung; (2.) eine Machtposition, durch die der Machthaber das Verhalten der Abhängigen normieren, d.h. in bestimmten, sich wiederholenden Zusammenhängen steuern kann; (3.) positionale Macht als Macht, die sich von der Person gelöst hat und an bestimmte, abstrakt umschriebene Aufgaben und Positionen gebunden wird. Ab dieser Institutionalisierungsstufe hier spricht *Popitz* von Herrschaft. (4.) Es bildet sich ein Herrschaftsapparat aus, der Macht weiter verstärkt; (5.) Zentralisierung und Monopolisierung der Herrschaft derart, dass sie täglich und in allen Sozialbeziehungen verfügbar und maßgeblich wird (bisher hat diese Stufe nur der Staat erreicht).

Wendet man dieses Modell auf die Stellung des DFB innerhalb des Sportsystems an, kann der DFB auf bzw. zwischen den Stufen (3.) und (4.) eingeordnet werden. Der DFB als Meta-Organisation im Fußballsportsystem kann nicht nur über das Aufstellen einer privaten Ordnung das Verhalten der einzelnen Akteur*innen steuern (modal-sturkturbezogene Machtposition), sondern diese Macht hat sich auch entpersonalisiert, indem einzelne Aufgaben auf unterschiedliche bürokratische Gremien innerhalb der Organisation verteilt werden, wodurch der Herrschaftsapparat weiter verstärkt wird. *Popitz* hat lediglich staatliche Herrschaft als fünfte Stufe angesehen. Falls man vor dem Hintergrund privater Ordnungen in der funktional differenzierten Gesellschaft davon ausgeht, dass diese Zentralisierung aufgebrochen wird, kann der DFB sogar auf der fünften Stufe eingeordnet werden: Der DFB ist begrenzt auf den Fußballsport in nahezu jeder Situation innerhalb des Fußballsportsystem allgegenwärtig. Damit kann die Stellung des DFB auch als Herrschaft beschrieben werden.

Dies bestätigt auch ein Blick auf die Selbstbeschreibung des DFB und seiner Organe: Die Mitgliedversammlung wird als „DFB-Bundestag“ bzw.

1430 *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980 [1922], S. 122 – 176.

1431 *Popitz*, Phänomene der Macht, 1992, S. 233 – 260; dies greift *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 287 auf; Herrschaft als „institutionalisierte, verfestigte Asymmetrie der Macht“ ebenfalls bei *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 279.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als „Fußball-Parlament“ bezeichnet.[1432] Die Organisationsstruktur des DFB zeigt darüber hinaus, dass er sich strukturell einer staatlichen Struktur annähert. Insbesondere lassen sich die drei klassischen Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Judikative in der Organisationsstruktur als DFB-Bundestag, DFB-Präsidium sowie als DFB-Bundesgericht und DFB-Sportgericht wiederentdecken.[1433] Dieser Umstand wurde auch von Kommentator*innen des Stadionverbotsbeschlusses beobachtet:[1434] Es sei die staatsähnliche Struktur, die auch eine staatsgleiche Grundrechtsbindung nach sich ziehe.[1435] Auch wenn sie damit inhaltlich die Organisationsstruktur und die Stellung des DFB im Sportsystem grundsätzlich richtig beschreiben, ziehen sie durch den Topos der Staatsähnlichkeit die falschen Schlüsse. Mit der „Staatsähnlichkeit“ bezüglich privater Ordnungen wiederholt sich die „Staatsähnlichkeit“ bezüglich der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten.[1436] Die verbandsrechtliche Stellung des DFB im Sportsystem und seine semantische Selbstbeschreibung, die an staatlich-demokratischer Semantik angelehnt ist, ist lediglich ein Zufall – die Organisation hätte auch ganz anders ausfallen können, aber ähnliche Probleme erzeugen können. Hält man die „Staatsanalogie“ für den ausschlaggebenden Aspekt der sozialen Konflikte, auf die das Recht reagieren sollte, fängt man zwar viele der relevanten Phänomene ein, jedoch nicht annähernd alle. Der hier verwendete Begriff der privaten Ordnung, das soziale Ordnungsmodell von *Ellickson* sowie ein Verständnis von Herrschaft, das sich durch verschiedene Institutionalisierungsstufen von Macht auszeichnet, sollen dafür sensibilisieren, dass in der sozialen Realität vielfältige funktionale und strukturelle Äquivalente zu staatlich organisierter politischer Herrschaft existieren.

Um es auf den Punkt zu bringen: Die Probleme bestehen nicht unmittelbar in der Staatsähnlichkeit privater Normsetzer, die Probleme resultieren mittelbar aus der Staatsähnlichkeit. Für die Staatsähnlichkeit als Problemauslöser existieren in der sozialen Umwelt des Rechts jedoch eine Vielzahl an funktionalen und strukturellen Äquivalenten. Um diese ebenfalls einzufangen, sollte der Begriff der Staatsähnlichkeit aufgegeben werden

1432 Vgl. https://www.dfb.de/verbandsstruktur/bundestag/dfb-bundestag/.

1433 Ausdrücklich der Verweis auf die drei Staatsgewalten: https://www.dfb.de/verbandsstruktur/praesidium/.

1434 *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36); *Wiater*, JZ 2020, 379 (382 – 384); *Wienbracke*, EWiR 2018, 495 (496): „staatsähnliche Inpflichtnahme allein von staatsähnlich mit Entscheidungsmacht ausgestatteten Privaten.“

1435 So insbesondere der Ansatz von *Wiater*, JZ 2020, 379 (382 – 384).

1436 Siehe dazu (kritisch) bereits oben § 5 IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und durch generalisierte und re-spezifizierbare Begriffe wie Leistungsrolle, Setzer einer privaten Ordnung, hierarchische Ordnung, modal-strukturbezogene Macht, Herrschaft o.ä. ersetzet werden.[1437] Der Topos der Staatsähnlichkeit versagt darüber hinaus gänzlich, wenn in der sozialen Umwelt des Rechts relevante Phänomene – z.B. von Exklusion – beschrieben werden sollen, die Institutionalisierung und Normalisierung einer sozialen Praxis aber nicht auf die Normsetzung einer einzigen Privatrechtsakteur*in zurückgeführt werden kann. Ein Beispiel dafür findet sich im nichtdiskriminierungsrechtlichen Begriff der mittelbaren Diskriminierung, der u.a. auch strukturelle und institutionelle Diskriminierungen adressieren und aufbrechen soll.[1438] Auch diskriminierende Strukturen können als eine amorphe Form normalisierter bzw. institutionlisierter Exklusion angesehen werden: Es sind wiederkehrende Muster, durch die einzelne Privatrechtsakteur*innen von einzelnen Rollenzugängen in verschiedenen Funktionssystemen ausgeschlossen werden.[1439] Die wenigsten Diskriminierungsstrukturen sind aber durch einzelne Akteur*innen gesetzt; vielmehr sind beispielsweise Arbeitgeber*innen, wenn sie sich an diskriminierenden Kundenwünschen wirtschaftlich orientieren, selbst diesen Strukturen ausgesetzt.[1440]

Die Möglichkeit private Ordnungen als soziale Ordnungen aufzustellen, kann dabei als einer der zentralen Aspekte angesehen werden, die eine, zunächst vorübergehende, Machtposition absichert und aufrechterhält. Versteht man private Ordnungen als spezifisches Machtphänomen kann man auch formulieren, dass der „Schutz Privater vor der sozialen Mächtigkeit Privaten Rechts"[1441] eine Aufgabe des Rechts ist.

Diese Beschreibung von privaten normativen Ordnungen als modalstrukturbezogene Macht- bzw. Herrschaftsstellung trifft in besonderem Maße auch auf Stadionverbote zu. Wie im letzten Kapitel ausgeführt, bür-

1437 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Hornkohl*, in: Croon-Gestefeld et al. (Hrsg.), Das Private im Privatrecht, 2021, S. 129, die die Stellung privater Organisationen mit der politischen Theorie von Unternehmen beschreibt, dabei jedoch die politische Rationalität zu stark betont und gleichzeitig mit einem nicht-kontextualisierten Machtbegriff operiert.

1438 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 657 – 661; *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461 (477).

1439 Zu den Begriffen struktureller und institutioneller Diskriminierung eingehend *Gomolla*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 61 (64– 81).

1440 Dennoch bleiben sie als „Strukturbrecher" Adressaten des Nichtdiskriminierungsrecht, siehe dazu *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 31 – 35.

1441 So *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (19).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

gen Stadionverbote die Gefahr sozialer Exklusion.[1442] Die – wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt[1443] – „Bestimmungsmacht" des sozial mächtigen Akteurs DFB liegt spezifiziert auf die Stadionverbote darin, dass über ein privates Ordnungsregime eine institutionelle Ordnung geschaffen wird, die individuelle und kollektive Akteure – einzelne Ultras und zum Teil ganze Ultragruppen – an der Ausübung ihrer Handlungsverpflichtung in Form der Stadionbesuche hindern.[1444]

III. Legitimation privater Ordnungen und gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Der Herrschaftstopos leitet zu einem letzten Diskursstrang innerhalb der Perspektive privater Ordnungen über: der Legitimation privater Ordnungen. Private Ordnungen werden regelmäßig mit Legitimationsüberlegungen in Verbindung gebracht.[1445] Auch die Kritik der Ultras an Stadionverboten[1446] können als Legitimationsdiskurs privater Ordnung rekonstruiert werden, weil die Stadionverbote auf der verbandrechtlichen Ordnung der SVRL beruhen.[1447] Dabei lassen sich grundsätzlich zwei Fragestellungen ausmachen: erstens die Frage nach der Legitimationsbedürftigkeit und damit zusammenhängend die Frage nach dem Begriff der Legitimation sowie zweitens die Frage nach „dem richtigen" (rechtlichen) Legitimationskonzept privater Ordnungen. Der Legitimationsdiskurs verläuft dabei parallel zur Frage eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus privater Ordnungen. Dieser stellt sich zwar primär in transnationalen Kontext, kann aber auch

1442 Siehe oben § 6 III 2 b aa.

1443 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/08 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

1444 Ähnlich – jedoch ohne Bezug zu normativen Ordnungen – *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (189).

1445 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 159 – 226; *Kirchhof*, Private Regelsetzung, 1987, S. 504 – 513; *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2010, S. 238 – 250; *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 125 – 181; *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229; *Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207; aus der Sicht des Transnationalen Rechts *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 209 – 227. Aus der Perspektive der Selbstregulierung gleichlaufend sind die „Anforderungen an effektive Selbstregulierung" bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 277 – 299.

1446 Siehe dazu oben § 6 III 2 b.

1447 So ausdrücklich *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für die Einbettung privater Ordnungen im nationalstaatlichen Kontext fruchtbar gemacht werden.

I. Legitimationsbedürftigkeit privater Ordnungen

Mit dem Begriff der Legitimation werden Versuche umschrieben, Gründe dafür zu suchen und zu schaffen, dass ein Sein, ein Sollen oder ein Wollen Anerkennung findet.[1448] Eine Regel wird dann als legitim betrachtet, wenn es gute Gründe dafür gibt, dass ihren Adressaten Gefolgschaft abverlangt wird.[1449] Aus verfassungstheoretischer Sicht wird Legitimation – teilweise auch unausgesprochen – als Rechtfertigung staatlicher Herrschaft gesehen.[1450] Auch in der Verfassungsrechtsdogmatik geht es um die Rechtfertigung der Ausübung staatlicher Macht.[1451] Diese Überlegungen werden auf private Ordnungen übertragen, weil nach Rechtfertigungsgründen für die Bindung an die privaten Regeln gesucht wird: „Denn auch eine private Regel kann nur dann als verbindlich gelten, wenn sie den Anspruch erhebt, legitim zu sein […] – Legitimation und Verbindlichkeit bedingen sich gegenseitig […]."[1452]

Unter den hier eingenommenen Grundannahmen eines weichen Rechtspluralismus ist die Frage nach der Legitimation privater Ordnungen zunächst etwas befremdlich.[1453] Denn private Ordnungen im nationalrechtlichen Kontext nehmen rechtsdogmatisch betrachtet regelmäßig die Form privatrechtlicher Handlungsformen wie Vertrag oder Satzung ein. Eine private Regel ist aber aus der Sicht der Rechtsdogmatik dann „verbindlich", wenn das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft wirksam ist. Die Frage nach der Legitimation eines solchen Vertrages oder einer solchen Satzung stellt sich dann aber nur, wenn die Legitimation eine Wirksamkeitsvoraussetzung

1448 So *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 125; ähnlich *F. Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 504: Suche nach dem Rechtfertigungsgrund privater Rechtssetzung.
1449 *Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207 (213); dem folgend *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 125.
1450 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (230 mwN); *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 209.
1451 BVerfGE 83, 60 (73); BVerfGE 93, 37 (68).
1452 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 125 f.
1453 Ähnlich *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 209: „Im Hinblick auf Verträge hat sich das Legitimitätsproblem als solches nie gestellt."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zung oder ein Unwirksamkeitsgrund dieser Rechtsgeschäfte wäre.[1454] Diese Frage wird im Diskurs jedoch selten relevant, und wenn überhaupt erst in einem zweiten Schritt. In einem vorgelagerten Schritt wird regelmäßig eine rechtstheoretische Perspektive eingenommen. Warum aber besteht über die Anforderungen des geltenden Rechts hinaus ein Bedürfnis nach der Suche nach Geltungsgründen privater Ordnungen?

Augenscheinlich besteht der Anknüpfungspunkt für die Legitimationsbedürftigkeit privater Ordnungen in ihrem Normcharakter, also der phänomenologischen Aufstellung von Regeln. So wird die Legitimation privater Regelsetzung ausdrücklich mit staatlicher Regelsetzung, also insbesondere der Gesetzgebung, in Verbindung gebracht.[1455] Aber ein unspezifischer „Normcharakter" ist rechtlich nicht zwingend bedenklich und den wenigsten Autor*innen geht es wirklich darum: Es geht vielmehr darum, dass durch private Ordnungen private Herrschaftsgefüge aufgebaut bzw. stabilisiert werden. Denn private Regeln sind – wie oben die Überlegungen zu institutionalisierter Macht gezeigt haben – regelmäßig ein Ergebnis eines organisierten Prozesses. Wenn dieser Regelbildungsprozess eine gewisse Verfestigung aufweist, kann von Herrschaft gesprochen werden. Die Frage nach einer Legitimation dieser Herrschaft stellt sich dann, weil eine typisierbare Situation von Fremdbestimmung vorliegt.[1456] Durch private Ordnungen werden soziale Machtpositionen verstärkt, wodurch ebenfalls die Gefahr steigt, dass diese ausgenutzt werden.[1457] Herrschaft ist damit das spezifische Legitimationsproblem privater Ordnungen.[1458] Aus verfassungstheoretischer Perspektive kann folglich die Legitimationsfrage auch für private Ordnungen angemessen sein, da diese die Ausübung von *privater Herrschaft* beinhalten, die qua Herrschaft der Legitimation bedürfe.[1459] Die Rechtfertigungsbedürftigkeit liege dann darin, dass mit dieser Herrschaft Fremdbestimmung in Hierarchien einhergeht: „Folgt man dem, ist privates

1454 Diese beiden Ebenen zutreffend strikt auseinanderhaltend *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (239); siehe auch *F. Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 504: „außerhalb der Rechtsdogmatik".

1455 So *T. Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (793 f.); explizit bzgl. privater Ordnungen *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (75): „Legitimarkeit privaten Normierens".

1456 Ähnlich *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 203 – 205, 208.

1457 *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (162); auch *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (522) stellt auf die Missbrauchsanfälligkeit privater Regelungsmacht ab.

1458 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (230 f.).

1459 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (231).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Recht nicht schon deshalb legitimationsbedürftig, weil es eine Form sozialer Ordnung ist, sondern nur, wenn es als Ausübung von zwangsbewehrter Fremdbestimmung zu begreifen ist."[1460]

Diese Fremdbestimmung ist auch der Anknüpfungspunkt der Privatrechtstheorie: *Engler* sieht den für das Recht relevanten Anknüpfungspunkt in der Fremdbestimmtheit (Heteronomie) einer privaten Regel – und damit eine Perspektive des Privatrechts mit dem Prinzip der Privatautonomie: „Unabhängig davon, ob eine Regel staatlicher oder privater Provenienz ist, stell sich die Frage nach der Legitimation damit immer schon dann, wenn ein Moment der Fremdbestimmung gegeben ist, d.h., wenn das Individuum (teilweise) ohne oder gegen seinen Willen an Regeln gebunden ist."[1461] Die Frage nach der Legitimation stellt sich für *Engler* nur dann, wenn eine Regel mit dem Anspruch auf mittelbare oder unmittelbare Rechtsverbindlichkeit auftritt.[1462] Ähnlich formuliert *Röthel*, dass es eine „mehr oder minder spürbare *Zwangswirkung auf Außenseiter*" sei, „die sie zum Gegenstand rechtlicher Betrachtung und schließlich zur Herausforderung des Rechts machen."[1463] Wie bereits innerhalb der Funktionsanalyse des Vertrages gezeigt wurde, ist der Begriff der Fremdbestimmung als Gegenbegriff zur Selbstbestimmung ebenfalls zu unbestimmt.[1464] Die von vielen identifizierte Fremdbestimmungssituation kann durch zwei Kriterien spezifiziert werden: Zum einen ist es die Leistungsrolle innerhalb der einzelnen Funktionssysteme, die die fraglichen Normsetzer einnehmen und zum anderen ihre innere, regelmäßig hierarchische, teilweise intransparente Struktur.[1465]

1460 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (232); ähnlich auch die politikwissenschaftliche Governance-Perspektive *K. Wolf*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 187 (196 f.); auch *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 211 stellt auf „Probleme der Freiheitsbedrohung" ab.

1461 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 126.

1462 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 126.

1463 *Röthel*, JZ 2007, 755 (761 f.), die auch darauf verweist, dass diese Heteronomie mit der Bezeichnung „*lex*" für transnationale Phänomene anschaulich eingefangen werde.

1464 Siehe dazu oben § 3 II b, d.

1465 Angelehnt an *Möslein*: in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (163): „Bei ‚modernen' nicht-staatlichen Regelwerken mag man sich von den fraglichen Normsetzern zwar teils mehr Neutralität erhoffen, sei es auf Grund ihrer äußeren Rolle, sei es auf Grund ihrer inneren Struktur."

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Wenn es dem Diskursstrang der Legitimation privater Ordnungen um Legitimationsanforderungen auf einer rechtstheoretischen Ebene geht, kann der Diskurs mit einem anderen Diskurs zusammengeführt werden: dem Diskurs um gesellschaftlichen Konstitutionalismus.[1466] Der Begriff des gesellschaftlichen Konstitutionalismus sollte nicht mit dem Begriff der Konstitutionalisierung (des Privatrechts) verwechselt werden. Während letzterer die (prozesshaft: zunehmende) verfassungsrechtliche Überprägung des Privatrechts bezeichnet,[1467] geht es beim gesellschaftlichen Konstitutionalismus um die Einhegung privater Ordnungen und die Kompatibilisierung unterschiedlicher sozialer Systeme. Neben rechtstheoretischen Fragen, ob und inwieweit gesellschaftliche Teilbereiche – gerade auch im transnationalen Kontext – konstitutionalisiert werden können, geht es aus der Perspektive einer konkreten nationalen Rechtsordnung um die Frage, wie sie mit privaten Ordnungssystemen umgehen möchte. Anders formuliert, geht es um die Suche nach adäquaten Kontrollmaßstäben für private Ordnungen.[1468] „Gefragt wird damit nach einer Konstitutionalisierung der transnationalen Regulierung. Es geht um die Errichtung von Grenzen gegen Willkür, Grenzen, die rechtliche Verbindlichkeit besitzen, also Folgen haben für die Anerkennung oder Zurückweisung transnationaler Arbeitsformen und -ergebnisse."[1469] Anders als bei der Konstitutionalisierung des Privatrechts geht es hier nicht ausschließlich um die Aktivierung des Verfassungsrechts. Vielmehr können auch andere Rechtsregime adäquate Beiträge zur gesellschaftlichen Konstitutionalisierung beitragen.[1470]

Die Frage nach einem gesellschaftlichen Konstitutionalismus stellt sich dabei vor allem in transnationalen Kontexten, weil hier eine klar zuzuordnende Konstitutionalismusebene – die Nationalverfassung – fehlt.[1471] Ähnliche Fragen stellen sich jedoch auch in deutlich nationalstaatlich geprägte-

1466 Die Verknüpfung von Legitimations- und Konstitutionalisierungsdiskurs stellen auch *G.-P. Calliess/Maurer*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 2 (18 f.) her.

1467 Siehe dazu ausführlicher unten § 9 I 3.

1468 Ähnlich im Kontext der privaten Regelsetzung durch Plattformen *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (7 – 10).

1469 *Winter*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 95 (108).

1470 Siehe dazu und zur Abgrenzung bloßer Juridifizierung *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 35 – 37, 118 –188.

1471 Eingehend zur Eigen- und Fremdkonstitutionalisierung transnationaler Ordnungen *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 253 – 264; 285 – 302.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ren Kontexten.[1472] Denn einige der zentralen Probleme, die der Konstitutionalisierungsdiskurs thematisiert, gelten auch für diese Kontexte. Insbesondere die Frage, wer an der Entstehung privaten Ordnungen partizipieren kann und darf: „Es bestehen nämlich die nicht unbegründeten Bedenken, dass eine sozialbereichsspezifische Selbstregulierung immer auch negative Externalitäten bedingt und damit eine Betroffenheit Dritter auslösen kann, die gerade nicht an den partizipativen Prozessen teilnehmen konnten."[1473] Die Stadionverbote im sozialen System des Fußballsports zeigen dies eindrücklich auf. Ein weiteres Beispiel bildet der bereits angesprochene Fall *Pechstein*: Auch hier mussten sich sowohl das OLG München als auch der BGH und jüngst das Bundesverfassungsgericht die Frage stellen, ob und wie das nationale Recht auf die private Ordnung der *lex sportiva* reagieren sollte.[1474] Anders als in genuin transnationalen Kontexten steht jedoch mit dem vielfältigen Instrumentarium des nationalen und supranationalen Rechts ein Vehikel zur Verfügung, um diese Probleme einzuhegen. Ganz im Sinne einer responsiven Rechtsdogmatik geht es dann aber nicht primär um Fragen von (gleichursprünglichen, sich horizontal gegenüberstehenden) Regime-Kollisionen[1475], sondern um die Frage, wie das nationale Recht (in einem tendenziell vertikalen Verhältnis) auf solche Phänomene reagieren kann. Wenn sich somit auch für das nationale Recht die Phänomene privater Ordnungen als Herausforderung präsentieren, kann der Diskurs um die Legitimation privater Ordnungen fruchtbar gemacht werden, um Impulse für eine rechtsdogmatische Antwort darauf zu finden.

1472 Zutreffend weist *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 18 – 21 darauf hin, dass die „Bedingungen der Globalität" zum Grundproblem des gesellschaftlichen Konstitutionalismus hinzutreten.

1473 *G.-P. Calliess/Maurer*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 2 (20).

1474 *Grünberger*, Der Staat 55 (2016), 117 (124 f., 131 f.) hebt zutreffend hervor, dass es im Kern dieser Entscheidungen um die Frage nach einer adäquaten Antwort des nationalen Rechts auf private Ordnung im Sport geht; eine deutliche Antwort hat BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 42 – 51 gefunden: Die innerhalb der privaten Ordnung geschlossene Schiedsvereinbarung ist nichtig (Verstoß gegen den aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Justizgewährleistungsanspruch), weil die Statuten des CAS keinen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung vorsahen.

1475 Grundlegend *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, 2006; ergänzend *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 225 – 258.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Legitimationskonzepte – Grenzen der Zustimmung und Prozeduralisierung

Die Kernfrage lautet dann, unter welchen Voraussetzungen private Ordnungen als legitim zu betrachtet sind, sodass das nationale Recht kein Problem mit ihrer „Anerkennung" hat und auf eine Regulierung verzichten sollte.[1476] Aus der Perspektive der Selbstregulierung stellt sich weniger die Frage der Legitimation, sondern eine Steuerungsfrage dahingehend, welche Anforderungen an private Regelsetzung zu stellen sind, damit Selbstregulierung effektiv funktionieren kann.[1477] Dabei existieren eine Vielzahl von Legitimationskonzepten – teilweise auch aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Reflexionsperspektiven.[1478] Eine Auseinandersetzung mit sämtlichen dieser Konzeptionen kann hier nicht erfolgen.[1479] Vielmehr sollen zwei Aspekte herausgegriffen werden, die für die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft von besonderer Relevanz sind: Zustimmung und Prozeduralisierung.

Ein erster und plausibler Anknüpfungspunkt von Legitimationsüberlegungen, die Fremdbestimmung durch soziale Herrschaftsausübung als ihren Ausgangspunkt nehmen, ist die notwendige Zustimmung zu einer privaten Ordnung. Für *Bachmann* bildet die Zustimmung zu einer privaten Regel das privatrechtliche Legitimationsideal.[1480] Damit beispielsweise Verträge Rechtswirkung entfalte, ist eine Willensübereinstimmung erforderlich; die Wirkungen einer verbandsrechtlichen Satzung werden nur gegenüber den Mitgliedern wirksam, wobei die Mitgliedschaft wiederum ebenfalls durch einen Vertrag begründet wird. Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages allgemein und der dogmatische Topos der strukturellen Ungleichgewichtslage bringen jedoch zum Ausdruck, dass eine formale

1476 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 148 – 150 nimmt eine staatliche Schutzpflicht an, die Bindung an private Regeln nur dort anzuordnen, wo ihre Legitimation gewährleistet ist; so bereits *F. Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 522 – 530. Ähnlich fordern *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 277 – 287 eine Inhaltskontrolle der privaten Regeln, die die von ihnen vorgeschlagenen Anforderungen nicht erfüllen.

1477 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 277; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 19 Rn. 67 f.; ähnlich auch *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (521 f.).

1478 Eine Übersicht findet sich bei *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 127 – 148.

1479 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 1445.

1480 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 172 – 174.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zustimmung für das Recht nicht zwingend ausreichen muss, um privates Recht zu legitimieren.[1481] Beim Problem der Legitimation privater Ordnungen geht es damit zentral um die Frage, welche weiteren Legitimationselemente eine Zustimmung ergänzen oder ablösen.

Das erkennt auch *Bachmann*: In seiner Legitimationskonzeption tritt neben die (formale) Zustimmung zu einer Regel auch ein materielles Element: die Gemeinwohl- bzw. im Privatrecht die Gruppenorientiertheit einer Regel. Anhand des Beispiels des Verbandsbeitritts verdeutlicht er, warum es neben der Zustimmung eines materiellen Legitimationselements bedarf:[1482] Der Eintritt in einen privaten Verband – in Form der Mitgliedschaft – sei zwar grundsätzlich freiwillig, weil er auf einer privatautonomen Entscheidung beruhe. Diese freiwillige Zustimmung sei jedoch bei sozial mächtigen privaten Verbänden[1483] zweifelhaft, weil die Exit-Option, also die Möglichkeit tatsächlich selbstbestimmt den Eintritt zu verweigern, keine reale Entscheidungsoption sei. Daher genüge in vielen Fällen die bloße Zustimmung für die Legitimation nicht aus, sondern müsse durch zusätzliche objektive Legitimationselemente ergänzt werden. Dieses Element ist für ihn der Gedanke des Gemein- bzw. Gruppenwohls. Daher kann es auch nicht überzeugen, wenn die Privatautonomie – formal verstanden – als ausreichende Grundlage für private Ordnungen angesehen wird, die auf privatrechtliche Handlungsformen wie den Vertrag oder die Satzung zurückgreifen.[1484]

Dieses Legitimationsmodell re-konstruiert *Bachmann* dann für das Privatrecht.[1485] Für private Ordnungen, die durch Rechtsgeschäft aufgestellt werden, sind damit die Elemente Zustimmung und Gruppenwohl (als ergänzendes Legitimationselement) entscheidend. *Bachmann* wählt hier den Begriff des Gruppenwohl über dem des Gemeinwohls, weil bei privaten Ordnungen, die durch Rechtsgeschäft erzeugt werden, nur ein begrenzter Adressatenkreis vorhanden sei. Darauf aufbauend führt er verschiedene Rechtsinstitute wie die AGB-Kontrolle oder die Inhaltskontrolle und die Beschlusskontrolle von Verbänden auf einen Gruppengedanken zurück: Die durch Rechtsgeschäft gebildeten privaten Regeln erzeugen private Ord-

1481 Siehe dazu oben § 3 II 2 a, c.
1482 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 184 f.
1483 Näher dazu unten § 8 III 3 b.
1484 So aber *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 259 f., die diese Position jedoch leicht in Bezug auf die Inhaltskontrolle relativieren (S. 261 – 264).
1485 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 204 – 225.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nungen. Der Urheber dieser Ordnung ist quasi Treuhänder der von der privaten Ordnung betroffenen Gruppe. Als Treuhänder dürfe er sich nicht einseitig die Vorteile innerhalb der Gruppe verteilen. Aus privatrechtlicher Sicht sei damit der „Ausbeutungsgedanke" entscheidend, den Bachmann aus § 242 BGB herleitet.[1486]

Als Alternative[1487] zu einem solchen materiellen Legitimationskonzept stellen eine Reihe von Autor*innen prozedurale Legitimationsanforderungen in den Vordergrund. *Engler* lehnt die Gruppenwohlgedanken von *Bachmann* zur Legitimation privater Ordnungen ab und stützt ihre Legitimation (neben der Zustimmung) darauf, dass die Regel gerecht sein muss.[1488] Dabei ist für sie insbesondere prozedurale Gerechtigkeit durch Organisation und Verfahren ausschlaggebend.[1489] Den Aspekt von Verfahrensgerechtigkeit bzw. Legitimation durch Verfahren, insbesondere durch Mitbestimmungsrechte, betont auch *Magen*.[1490] Auch für die Standardsetzung durch Standardisierungsorganisationen werden Anforderungen an die Organisation und das Verfahren hervorgehoben.[1491] In Abwandlung des Gruppenwohlgedankens *Bachmanns* fordern *Buck-Heeb* und *Dieckmann* eine ausgewogene Interessenrepräsentanz bei der Aufstellung der Regeln, „indem sämtliche von der neu zu schaffenden Vorschrift berührten Interessengruppen dem Kreis der privaten Regelsetzer angehören" sollen.[1492] Sie verknüpfen Fragen der Legitimation privater Ordnungen mit Steuerungsüberlegungen, wann private Ordnungen als Selbstregulierung effektiv sein können: Sie postulieren Interessenrepräsentanz sowie die Transparenz des Verfahrens (und weitere prozedurale Anforderungen[1493]) bei der Regelauf-

1486 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 213.

1487 Auch *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 191 – 193 setzt sich mit Legitimation durch Verfahren und Teilhabe auseinander, sieht sie jedoch als Unterfälle des Gruppenwohlgedankens an.

1488 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. S. 143 f.

1489 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 143 – 147; auf S. 150 – 181 folgt dann eine Anwendung ihres Modells auf die identifizierten Formen privater Regelsetzung.

1490 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (244 f.), der dies jedoch aus dem Ideal demokratischer Legitimatuon herleitet; zur Kritik dazu siehe sogleich.

1491 *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 241 – 250.

1492 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 278 f., die dies ebenfalls aus dem Fehlen demokratischer Legitimationsstrukturen ableiten und die Interessenrepräsentanz deshalb als „verfassungsrechtlich notwendigen Ausgleich" postulieren.

1493 Siehe auch *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 301: „Die prozeduralen Anforderungen an die Regelaufstellung bestehen darin, dass

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellung als Voraussetzungen privater Ordnungen. Auch aus der Sicht des transnationalen Rechts werden die Kernanforderungen privater Ordnungen in Prinzipien wie Transparenz, Partizipation der Interessenten und Betroffenen oder dem Ausschluss von Befangenheit als demokratische Verfahrensideale gesehen.[1494] Speziell die Teilhabedimension von Grundrechten in Horizontalwirkung wurde für die Konstitutionalisierung transnationaler Ordnungen akzentuiert, weil sie teilweise die nicht vorhandenen demokratischen Rechtssetzungsverfahren substituieren könne.[1495]

Das Prinzip von Legitimation durch Verfahren[1496] ist nicht auf demokratisch organisierte politische Systeme beschränkt, sondern lässt sich generalisieren. Dabei geht es jedoch nicht um die Etablierung irgendwelcher Verfahren der Verfahren wegen; Legitimation durch Verfahren hieß schon immer Legitimation durch *gute* bzw. *faire* Verfahren.[1497] Die *lex sportiva* ist hinsichtlich dieser Bedenken ein negatives Idealbeispiel: Die Regeln werden von nur einem kleinen Teil der Akteure innerhalb des Sportsystems gesetzt, sodass die Gefahr eines Missbrauchs bzw. einer Bevorzugung aufkommt.[1498] Bei dieser Gefahr bleibt es jedoch nicht: Der Fall *Pechstein* verdeutlicht, dass sich einseitig begünstigende Regeln tatsächlich etablieren und dies auch den Anknüpfungspunkt des nationalen Rechts für ein Einschreiten bilden kann.[1499]

Der Vorteil solcher prozeduralen Anforderungen an private Ordnungen besteht primär darin, dass sie tendenziell eher mit der Eigenrationalität nicht-rechtlicher Sozialsysteme kompatibel sind. Verfahrens- und Beteiligungsanforderungen sind inhaltlichen Konzepten wie dem Gruppenwohl tendenziell überlegen, weil sie (1.) allgemeiner gehalten sind und (2.) die inhaltliche Ausgestaltung der privaten Ordnung den Akteur*innen selbst

---

die Interessen aller Beteiligten in einem ausgewogenen Verhältnis bei der Regelsetzung vertreten sind, die sog. interessierte Öffentlichkeit jederzeit am Verfahren teilnehmen und sich mit ihren Vorstellungen einbringen kann, sowie die Regel konsensbasiert verabschiedet werden."

1494 *Winter*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 95 (109).

1495 *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 221 f.; ausführlich zu einzelnen Aspekten unten § 9 IV 3.

1496 Grundlegend *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983.

1497 *Machura*, Soziale Systeme 2017, 331 (340 – 347).

1498 Vgl. *Duval*, European Law Journal 2013, 822 (832 – 834).

1499 OLG München, Urt. v. 15.01.2015, U 1110/14 Kart, Rn. 101 – 103; siehe dazu *Grünberger*, Der Staat 55 (2016), 117 (132); anders aber BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15, Rn. 29 – 39; dagegen völlig zutreffend BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 32 – 52.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

überlassen. Verfahrens- und Teilhabemechanismen stellen „nur" sicher, dass dieser Regelbildungsprozess ohne negative Effekte für bestimmte Akteur*innen eines Teilsystems oder anderer Teilsysteme ablaufen kann.

Jedoch sollte der Fehler vermieden werden, die staats- und verwaltungsrechtlichen Topoi wie Partizipation und Verfahren in ihrer Staats- und/oder Politikbezogenheit ohne Re-Konfiguration auf andere Systemzusammenhänge zu übertragen: „Die aus dem Verwaltungsrecht stammenden Prinzipien sind hier nur mit Vorsicht zu verwenden, weil die Eigenlogik des transnationales Interagierens möglicherweise andere Prinzipien verlangt."[1500] Nicht nur transnationale Ordnungen weisen spezifische Eigenheiten auf, sondern allgemein jedes Funktionssystem in der differenzierten Gesellschaft. Das heißt: Auch wenn grundsätzlich prozedurale Anforderungen eher für den Zugriff auf private Ordnungen geeignet sind, ist es eine steuerungstheoretische und -praktische Frage, welche Verfahren wie implementiert werden. Dabei sollte man sich von den typischen, staatlich geprägten Begriffen lösen und nach funktionalen Äquivalenten innerhalb und außerhalb einer privaten Ordnung suchen.[1501]

Welche Bedeutung hat all das für den Stadionverbotsfall oder für die anderen hier untersuchten Fälle der Gesellschaft? Eine wesentliche Konfliktlinie in Bezug auf die Stadionverbote war die Intransparenz und gefühlte Machtlosigkeit der Fußballfans bei Aussprache eines Hausverbots.[1502] Nicht die Stadionverbote als solche wurden in der sozialen Welt der Fußballfans als illegitim zurückgewiesen, sondern ihre konkrete Ausgestaltung und Vergabepraxis. Zudem wird über die rechtliche Durchsetzung der Stadionverbote die Deutungshoheit darüber einseitig zugunsten des DFB entschieden. Ein Problem der privaten Ordnung des DFB bestand somit aus der Perspektive der Normunterworfenen darin, dass spezifische, sie schützende Verfahrensanforderungen fehlten. Im Modell *Ellicksons* könnte man auch formulieren, dass der privaten Ordnung des DFB ausreichende *procedural rules* bezüglich der Vergabe von Stadionverboten fehlen. Auf

1500 *Winter*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 95 (110); ähnlich auch aus politikwissenschaftlicher Sicht *Wolf*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 187 (204); gegen demokratische Legitimationskonzepte nach dem Vorbild der Staatsverfassungen ebenfalls *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 213 – 217.

1501 So auch *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 237.

1502 Siehe oben § 6 III 2 b cc.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

diesen Aspekt wird in der dogmatischen Re-Konstruktion des Konfliktes über den allgemeinen Gleichheitssatz zurückzukommen sein.[1503]

IV. Zwischenergebnis

Ziel dieses Kapitels war es, eine weitere Ebene des Konfliktes um Stadionverbote sichtbar zu machen. Der Konflikt ist in das institutionelle Setting im Fußballsportsystem eingebettet. Dieses Setting kann als private Ordnung beschrieben werden. Damit konnte eine weitere Ebene des Konfliktes aufgedeckt werden, die entweder überhaupt nicht oder mit Topoi wie der „Staatsähnlichkeit" des DFB nur unzureichend wahrgenommen wurde. Nach hier vertretener Ansicht ist die Einbettung der Stadionverbote in ein privates Ordnungssystem, das hierarchisch vom DFB gesetzt worden ist, ein nicht nur untergeordneter Aspekt des Stadionverbotsfalles: Durch die SVRL finden Exklusionen aus dem Sportsystem nicht nur sporadisch statt, sondern sind fest institutionalisiert. Da private Ordnungen eine ganz spezifische Form modal-strukturbezogener Machtausübung bzw. Herrschaft bilden, weist die Privatrechtstheorie zutreffend auf Legitimationsprobleme dieser Ordnungen hin. Als eine wesentliche Anforderung an private Ordnungen wurden Verfahrens- bzw. Transparenzanforderungen identifiziert.

1503 Siehe unten § 9 VI 3. Vgl. auch *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 217 – 227, 287 – 293, der allgemein die Rolle der Grundrechte in ihrer Privatrechtswirkung als Legitimationsgrundlage (transnationaler) privater Ordnungen betont.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dritter Teil:
Responsivität und Eigennormativität – Rekonstruktion und rechtsdogmatisches Panorama

§ 8 Allgemeiner Kontrahierungszwang

Im Kontext des Hausrechts zu Beginn dieser Untersuchung wurde bereits das Privatrechtsinstitut „Kontrahierungszwang" erwähnt.[1504] Nach dort vertretener These geht es in diesen Fallkonstellationen nur hintergründig um das Hausrecht: Da nahezu alle diese sozialen Konflikte vom Institut des Vertrages überlagert werden, ist primäre Wertentscheidung in diesen Fällen, ob ein Kontrahierungszwang besteht.

Nachdem zunächst der Fokus auf den allgemeinen Kontrahierungszwang gelegt worden ist (I.), ist Ziel des Abschnittes eine Funktions-, Struktur- und Rechtsfolgenanalyse des Instituts in Hinblick darauf, inwieweit es responsiv auf die herausgearbeiteten sozialen Konfliktstrukturen reagieren kann. Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwanges sind dabei im heutigen Diskurs noch immer heterogen. Diese Untersuchung belässt es dabei zunächst bei einer kritischen Bestandsaufnahme der diskutierten Anknüpfungspunkte, die zu einem Kontrahierungszwang führen können (II.). In dieser Untersuchung soll nicht geklärt werden, welche Kriterien für den allgemeinen Kontrahierungszwang überzeugen; dennoch sollen die Defizite der einzelnen Ansätze aufgezeigt werden. Diese Bestandsaufnahme dient dann als Ausgangspunkt für die eigentliche Fragestellung, ob die vorgefundenen Strukturen responsiv auf die oben herausgearbeiteten Konfliktaspekte reagieren können.

Nach hier vertretener These ist dies insbesondere hinsichtlich des Aspekts der Exklusion möglich: Der allgemeine Kontrahierungszwang kann rechtstheoretisch zumindest partiell als Zugangsregel betrachtet werden; gleichzeitig bietet diese Perspektive eine Möglichkeit zur dogmatischen Konturierung dieses Instituts, die sich bereits in jüngerer Zeit abzeichnet

1504 Siehe dazu oben § 2 I 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(III.). Doch selbst wenn dieser These gefolgt wird: Der allgemeine Kontrahierungszwang kann nicht für jeden sozialen Exklusionskonflikt eine adäquate rechtliche Lösung bereitstellen. Die Rechtsfolgen beschränken den Kontrahierungszwang als Zugangsregel auf Fälle, in denen der bloße Abschluss eines Vertrages zur Inklusion genügt (IV.). Darin wird hier der Grund gesehen, weshalb im Stadionverbotsfall der Konflikt nicht über einen Kontrahierungszwang gelöst worden ist bzw. abschließend gelöst werden konnte.

I. Allgemeiner Kontrahierungszwang und besondere Kontrahierungszwänge

Aufgrund des Kontrahierungszwangs[1505] besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, das die Verpflichtung zur Abgabe einer auf Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung beinhaltet,[1506] wodurch die Vertragsabschlussfreiheit (und teilweise die Inhaltsfreiheit) auf Seiten der verpflichteten Privatrechtsakteur*in eingeschränkt wird. Bis auf diese Einschränkung kommt ein normaler schuldrechtlicher Vertrag zustande, auf den grundsätzlich die Regeln des allgemeinen (schuldvertraglichen) Privatrechts anwendbar sind.[1507] Formal kann demnach der Kontrahierungszwang noch immer nach *Nipperdey* definiert werden als „die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen".[1508]

Der Kontrahierungszwang ist in der Privatrechtsordnung das wichtigstes Institut, das die Vertragsabschlussfreiheit als Ausprägung der Vertragsfrei-

1505 Zur Abgrenzung zu strukturähnlichen Rechtsinstituten *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 13; zu historischen Vorläufern bzw. funktionalen Äquivalenten von Kontrahierungszwängen *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (48).

1506 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12; *ders.*, Privatautonomie, 1999, S. 243, 585; *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156 Rn. 29 f.

1507 Grundlegend und zu möglichen Modifikationen *Bydlinksi*, JZ 1980, 378.

1508 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 7. Rezipiert beispielsweise von *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156 Rn. 15; *Möslein*, in: BeckOGK, BGB, § 145 Rn. 50; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 468. Siehe auch *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 110 mwN zur Rezeption.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heit begrenzt.[1509] Der Kontrahierungszwang ist kein homogenes Rechtsinstitut.[1510] Es wird grob zwischen besonderen Kontrahierungszwängen und einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterschieden.[1511] Besondere Kontrahierungszwänge ergeben sich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, während sich der allgemeine Kontrahierungszwang ohne ausdrückliche Anordnung ergibt. Ob dabei § 826 BGB,[1512] § 1004 BGB,[1513] das Sozialstaatsprinzip,[1514] eine Gesamtanalogie zu den besonderen Kontrahierungszwängen[1515] oder das Institut des Vertrages selbst[1516] als formaler, rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt gewählt werden sollte, ist für diese Untersuchung nicht entscheidend: der allgemeine Kontrahierungszwang hat sich als Rechtsinstitut verselbstständigt.[1517]

Die besonderen Kontrahierungszwänge[1518] werden meist nach Rechtsgebieten geordnet[1519] oder typologisch in leistungssicherende, wirtschaftspoli-

1509 *Otto*, in: jurisPK-BGB, § 145 Rn. 32. Umstritten ist dabei, ob der (allgemeine) Kontrahierungszwang aus der (gegenseitigen) Privatautonomie selbst abgeleitet werden kann (immanente Begrenzung) oder ein „Gegenspieler" zur Privatautonomie ist: einerseits *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 127, 132, andererseits *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1992, S. 611.

1510 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12.

1511 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 117 – 119. Nach anderer Terminologie wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Kontrahierungszwängen unterschieden, siehe *Möslein*, in: BeckOGK, BGB, § 145 Rn. 50; *Bruns*, JZ 2007, 385 (388).

1512 So der Anknüpfungspunkt des RG, siehe nur RGZ 48, 114 (126 f.) – *Dampfschifffahrt*; RGZ 133, 388 (390 f.) – *Theaterkritiker*. Dann BGHZ 49, 90 (98 f.); BGHZ 44, 279 (283); *Bydlinksi*, AcP 180 (1980), 1 (13).

1513 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 230 – 235; *Bezzenberger*, AcP 196 (1996), 395 (428); *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2020, Vorb. zu 145-156 Rn. 27.

1514 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 4 I a (S. 48); *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 287 f.

1515 *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (191); *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 4 I a (S. 48); befürwortend auch *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433.

1516 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 653 ff.; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21.

1517 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266; siehe dort auch Rn. 433, 435: § 826 BGB befriedige vor allem das Bedürfnis nach einer formalen Anspruchsgrundlage, verdunkele aber die eigentlichen Wertungszusammenhänge.

1518 Nach hier vertretener Ansicht ist auch ein potentieller Kontrahierungszwang aufgrund einer Diskriminierung bezüglich eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen ein besonderer Kontrahierungszwang, siehe dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 278 – 298.

1519 Übersicht bei *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vor §§ 145–156 Rn. 17; teilweise veraltet *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (53 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tische und multifunktionale Kontrahierungszwänge eingeteilt.[1520] Für diese Untersuchung spielen sie keine Rolle, da in den hier betrachteten Fällen der Gesellschaft keine besonderen Kontrahierungszwänge einschlägig sind.[1521] Als potentiell responsives Rechtsinstitut ist daher nur der allgemeine Kontrahierungszwang von Bedeutung.

II. Funktion und Struktur

1. Problemstellung

Die vorgenannte formale Definition *Nipperdeys* enthält keine (materielle) Aussage über mögliche Gründe für Kontrahierungszwänge; der rechtspraktische und -wissenschaftliche Diskurs beschäftigt sich daher mit Ursachen, Funktionen und Legitimationen dieses Instituts.[1522] Der allgemeine Kontrahierungszwang ist nach wie vor kein nach Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen einheitliches und klares Rechtsinstitut.[1523] Dies liegt zunächst daran, dass er von verschiedenen besonderen Kontrahierungszwängen, die jeweils eigenen Rationalitäten folgen, flankiert wird. Darüber hinaus wird eine zeitgenössische Funktions- und Strukturanalyse dadurch erschwert, dass vergangene Diskurs- und Rechtsprechungslinien heute in besonderen Kontrahierungszwängen aufgegangen sind: § 33 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 4 bzw. 20 Abs. 1 GWB, § 21 Abs. 1 AGG,[1524] § 31 Abs. 1 ZKG oder dem verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch[1525].[1526] Dementsprechend dominieren die besonderen Kontrahierungszwänge den zeitgenössischen

1520 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 578 – 580; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145, Rn. 14 – 19.

1521 Eine Ausnahme bildet der Fall *Fraport*: Hier besteht zwar ein Kontrahierungszwang nach § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, der jedoch zutreffend nicht für den dortigen Konflikt relevant wurde, vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8.

1522 So *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (52).

1523 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 117; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 469 f.

1524 Ob § 21 Abs. 1 AGG einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge anordnet, ist umstritten: siehe *Mörsdorf*, BeckOGK, AGG, § 21 Rn. 31 – 39; zustimmend *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 21 Rn. 17; siehe für weitere Nachweise Fn. 759.

1525 Siehe dazu unten § 8 III 3, IV 3.

1526 *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 216 f.; ähnlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 487 – 490, der den verbleibenden „Anwendungsbereich" bestimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diskurs.[1527] Zeitgenössische Rechtsprechung zum allgemeinen Kontrahierungszwang ist rar;[1528] er wurde vereinzelt zur „Studentenmaterie" (v)erklärt.[1529]

Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwangs sind bis heute nicht abschließend geklärt. Dabei decken sich die vorgeschlagenen Strukturmerkmale mit den Funktionszuschreibungen,[1530] sodass beide Aspekte hier gemeinsam behandelt werden. Zudem erschweren jeweils unterschiedliche Diskursstränge mit jeweils anderer Zielrichtung die Analyse des Rechtsinstituts allgemeiner Kontrahierungszwang: Im Mittelpunkt der Diskussionen standen Einzelentscheidungen von Gerichten sowie die Frage nach einem güter- bzw. (markt)strukturbezogenen Tatbestand; struktur-funktionale Untersuchungen sind die Ausnahme geblieben.[1531] Im juristisch-dogmatischen Diskurs ging es in der Vergangenheit insbesondere um die Bestimmung des Tatbestands iSv einer Konkretisierung der guten Sitten in § 826 BGB.[1532] Dafür wurden verschiedene Kriterien herangezogen, wobei sich die Schwerpunkte im Diskurs aufgrund (rechts-)politischer, historischer, wirtschaftlicher und sozialer Gründe immer wieder verschoben haben.[1533]

1527 Siehe nur exemplarisch *Dittmann*, Öffnung von Märkten durch kartellrechtlichen Kontrahierungszwang, 2004; *Grüneklee*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001; *Liebetrau*, Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit am Beispiel von Entgeltregelungen für Basiskonten, 2019; *Sprafke*, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013; *Friedl*, Der Kontrahierungszwang im Wohnraummietrecht bei unzulässigen Benachteiligungen, 2015; *Weber*, Die urheberrechtliche Zwangslizenz, 2018, S. 430 – 527.

1528 Die letzte BGH-Entscheidung, die sich ausdrücklich mit den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwanges beschäftigt, ist BGH, Urt. v. 09.11.1989 – IX ZR 269/87, die jedoch die Kriterien offenlässt. Daran knüpfte noch BGH, Urt. 07.07.1994 – III ZR 137/93 – *Spielbanken* an, wobei auch hier die Kriterien unklar bleiben. Punktuell auf dieses Institut stellt BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, Rn. 19 ab. Verbreitet sind jedoch Entscheidungen zum Hausrecht, die – unausgesprochen – einen Kontrahierungszwang nahelegen, siehe dazu unten § 8 II 5 b.

1529 *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), 169 (189 f.).

1530 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 472, der jedoch von Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen spricht-.

1531 Ausdrücklich nur die Arbeiten von *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (61, 74) und *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.

1532 Vgl. *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 151 – 161.

1533 Vgl. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (49 f.). Einen Überblick der unterschiedlichen Aspekte, die im Einzelfall zu einem Kontrahierungszwang führen können, geben

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Monopol- bzw. Marktmachtstellung

Der erste Anknüpfungspunkt war der Aspekt des Monopolmissbrauchs, der durch die Leitentscheidung zum Kontrahierungszwang durch das Reichsgericht herangezogen worden ist.[1534] Auch wenn der Monopoltopos den Ausgangspunkt für den allgemeinen Kontrahierungszwang bildet, war die Monopolstellung bereits in den Entscheidungen des RG maßgebendes, aber nicht ausschließliches Kriterium.[1535] Gleiches gilt für den amorpheren Topos der faktischen Monopolstellung: sie war notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung.[1536] Daher spielte der Topos des Monopolmissbrauchs bereits in der frühen Rechtsprechung des BGH nur noch eine untergeordnete Rolle, was zunächst (1.) rechts-politische Gründe hat, da die Legislative in der Nachkriegszeit durch Kontrahierungspflichten in den Vertragsprozess eingriff und (2.) mit Inkrafttreten des GWB ein eigenständiges Behinderungs- und Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen etabliert worden ist: Damit wurde der Hauptgegenstand der Reichsgerichtsrechtsprechung nunmehr am GWB und nicht mehr an § 826 BGB gemessen.[1537] Im Zentrum der BGH-Rechtsprechung zum allgemeinen Kontrahierungszwang stand jetzt der Aufnahmezwang von Vereinen und Verbänden, der sich inzwischen ebenfalls zu einem eigenständigen Rechtsinstitut ausdifferenziert hat.[1538]

Damit hat sich die Monopolstellung als wesentliches Merkmal für den allgemeinen Kontrahierungszwang heute erledigt: „Die Problematik des Kontrahierungszwangs erscheint damit losgelöst von der Feststellung eines Monopolmissbrauchs."[1539] Zwar wird die Anwendung des § 826 BGB nicht durch das GWB ausgeschlossen, aber rechtstatsächlich ist die Kontrolle wirtschaftlichen Verhaltens von Monopolisten oder marktmächtigen Unternehmen heute Angelegenheit des Wettbewerbsrechts.[1540] Dennoch hält sich

---

Grunewald, AcP 182 (1982), 181 (187 – 192); *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 162 – 211; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 471 – 490. Die folgende Darstellung orientiert sich an diesen Veröffentlichungen.

1534 RGZ 48, 114 (127) – *Dampfschiffahrt*.

1535 So *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (56).

1536 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (57 f.); *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 163 – 169.

1537 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 170 f.

1538 Siehe dazu unten § 8 III 3.

1539 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 182.

1540 Zutreffend *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 216. Eine jüngere Entscheidungen zum Kontrahierungszwang im GWB ist exemplarisch BGH, Urt. v. 23.01.2018, KZR 48/15.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Topos in manchen jüngeren Veröffentlichungen.[1541] Insbesondere die vom Reichsgericht angenommene Kombination aus Monopolstellung und lebensnotwendigen Gütern bzw. Dienstleistungen wird heute als der Regelfall des allgemeinen Kontrahierungszwangs angesehen.[1542]

3. Versorgungsleistung

Aus der rechtstatsächlichen Beobachtung heraus, dass es sich bei vielen der Monopolfällen um Versorgungsdienstleister handelte, welche Dienste auf einem Netzgut anbieten, entwickelte sich der Monopolmissbrauchstopos weiter. Im Zentrum der Überlegungen stand nun nicht mehr die strukturelle Position des Anbieters, sondern die Bedürfnisse des Publikums. Ein Kontrahierungszwang wurde dann für die Situationen diskutiert, in denen eine Versorgungsaufgabe missbräuchlich wahrgenommen wurde, also bestimmte Güter oder Leistungen vorenthalten worden.[1543] Dabei bildet sich bis heute ein Meinungsspektrum heraus, dass auf lebenswichtige Güter,[1544] Güter „von wichtiger Bedeutung"[1545], Güter, die zum allgemeinen Lebensstandard gehören (Normalbedarf)[1546] oder ohne gegenständliche Einschränkung[1547] abstellen.[1548]

Gegen ein Abstellen auf bestimmte Bedarfssituationen wurde vorgebracht, dass die einzelnen Begriffe – für welche man sich auch entscheide

1541 *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156, Rn. 15 stellt auf ein „gravierendes Machtungleichgewicht" zwischen Anbieter und Nachfrager ab, insbesondere wenn der Anbieter eine Monopolstellung innehat; anders jedoch bei Rn. 22: Gesamtabwägung im Einzelfall; BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 19: marktbeherrschende Stellung, die sich spiegelbildlich in einem Kontrahierungszwang ausdrücke.

1542 *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156, Rn. 21: „Dass in diesen Fällen ein Kontrahierungszwang besteht, ist unbestritten"; restriktiver *Otto,* in: jurisPK-BGB, § 145 Rn. 35: „auf Monopole und lebensnotwendige Leistungen beschränkt".

1543 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21.

1544 *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf. v. § 145 Rn. 9.

1545 *Jauernig*, in: Jauernig, BGB, Vor § 145 Rn. 11.

1546 So insbesondere *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (35 – 38): Unternehmen seien dann zum Vertragsschluss verpflichtet, wenn sie Güter oder Dienstleistungen anbieten, die von einer Durchschnittsperson regelmäßig in Anspruch genommen werden, wenn nicht auf andere Anbieter in zumutbarer Weise ausgewichen werden kann.

1547 Dies ist identisch mit dem modernen Topos der „Öffnung für einen allgemeinen Geschäftsverkehr", der unten unter § 8 II 5 b behandelt wird.

1548 Siehe dazu *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21 mwN.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– zu unscharf für eine genaue Abgrenzung seien.[1549] Damit verbunden ist das (ungleichheitstheoretische) Argument, dass Personen mit unterschiedlichem sozialen Hintergrund auch einen jeweils unterschiedlichen (Normal-)Bedarf an Gütern und Dienstleistungen haben.[1550] Zudem sei eine Beschränkung auf bestimmte Güter von vornherein nicht zulässig, wenn man den Kontrahierungszwang als freiheitssicherndes Instrument konstruiert.[1551] Insbesondere das letzte Argument ist angreifbar, weil es bereits von der Prämisse ausgeht, dass der allgemeine Kontrahierungszwang auf eine ganz bestimmte Art konstruiert wird.[1552] Überzeugender ist es vielmehr auf die Rechtsentwicklung abzustellen: So wie sich der Monopoltopos durch das GWB erledigt hat, wurde auch der Versorgungstopos mit der Etablierung von vielfältigen besonderen Kontrahierungszwängen für Netzgüter, im Transportwesen oder anderen Versorgungsbereichen in Spezialgesetze überführt. Er kann heute nicht mehr überzeugen, um dem Institut des allgemeinen Kontrahierungszwanges Kontur zu geben. Der Topos diente vor der Schaffung besonderer Kontrahierungszwänge dazu, spezifische Fälle, die jetzt durch Spezialgesetze geregelt sind, abzudecken. Die Topoi „lebensnotwendige Güter" oder „Normalbedarf" meinen damit nur einen Ausschnitt der relevanten Vertragsinteressen.

4. Abhängigkeit bzw. Angewiesenheit

Aufbauend auf den Erkenntnissen, dass die vorgenannten Anknüpfungspunkte für das Institut des allgemeinen Kontrahierungszwang nicht hinreichend sind und nur jeweils spezifische Erscheinungsformen sozialer Probleme adressieren, unternahm *Busche* eine bis heute einflussreiche[1553] Untersuchung der Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwangs. Bislang ist *Busches* Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwangs eine der erkenntnisreichsten Konstruktionen im juristischen Dis-

1549 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 199 – 201; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 22.
1550 *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (192).
1551 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 22; *ders.*, Privatautonomie, 1999, S. 199 – 201; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 480.
1552 Zu dieser freiheitssichernden Konstruktion sogleich.
1553 Den Topos der Angewiesenheit stellen in das Zentrum ihrer Ansichten: *Möslein*, in: BeckOGK-BGB, § 145 Rn. 50; grundsätzlich zustimmend *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 479 – 484, der sich nicht inhaltlich dagegen wendet, sondern das Gleichheitsproblem hervorhebt; im Kontext von Girokonten *Bachmann*, ZBB 2006, 257 (263).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kurs, weshalb sie für diese Untersuchung auch als Anknüpfungspunkt für eine ausführlichere diskursive Auseinandersetzung dienen soll.

Busche konstruiert den allgemeinen Kontrahierungszwang als ergänzendes Institut zum Institut des Vertrages.[1554] Der allgemeine Kontrahierungszwang steht im Kontext eines Vertragsrechtssystem, das durch den Vorrang der Selbstbestimmung geprägt sei.[1555] Die Funktion bestehe daher darin, die Funktionen des Instituts der Vertragsfreiheit zu sichern: Der Kontrahierungszwang versucht, eine eingetretene Funktionsstörung zu beseitigen; dabei geht es darum, zumindest die mit der Privatautonomie verfolgten Zwecke weitestgehend zu realisieren.[1556] Der allgemeine Kontrahierungszwang sei damit – in Abgrenzung zu den besonderen Kontrahierungszwängen – ein „freiheitssichernder Kontrahierungszwang".[1557] „Der allgemeine Kontrahierungszwang gründet sich insoweit allein auf das Selbstbestimmungsprinzip."[1558] Da der Vertrag ein Instrument *gegenseitiger* Interessenverwirklichung sei, resultieren daraus immanente Einschränkungen der Vertragsbegründungsfreiheit, wenn eine Partei auf die Mitwirkung des anderen Vertragsteils angewiesen ist.[1559] Der allgemeine Kontrahierungszwang sei deshalb kein Fremdkörper im von der Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung geprägten System des Vertragsrechts, sondern ermögliche gerade Selbstbestimmung.[1560] Das Institut schütze damit ausschließlich Individualinteressen; im Gegensatz dazu folgen besondere Kontrahierungszwänge dem Schutz von „Gemeininteressen".[1561]

Busche identifiziert darauf aufbauend vier Strukturmerkmale, die den allgemeinen Kontrahierungszwang begründen können. Sind alle diese Merkmale gegeben, liegt eine „qualifizierte Vertragsverweigerung" vor: „Der allgemeine Kontrahierungszwang ist die Antwort der Vertragsrechtsordnung auf eine qualifizierte Vertragsverweigerung".[1562] Diese Strukturmerkmale sind: (1.) Verfolgung rechtlich geschützter Interessen[1563]; (2.) Abhängigkeit

1554 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 651 – 657.
1555 Ausführlich zu dieser These im Kontext der Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages oben unter § 3 II.
1556 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.
1557 So die Formulierung bei *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 142.
1558 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.
1559 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 237 f.
1560 Anders z.B. *Bydlinksi*, AcP 180, 1 (4), der den Kontrahierungszwang als Gegenspieler zur Vertragsfreiheit sieht.
1561 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 239.
1562 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 141.
1563 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 127.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von einem Anbieter; (3.) Vertragsgeneigtheit[1564]; (4.) Leistungsfähigkeit[1565]. Nur bei Vorliegen aller vier Merkmale führe der allgemeine Kontrahierungszwang zu einem angemessenen Interessenausgleich.

Im Zentrum steht dabei in *Busches* Konzeption die Abhängigkeit. Der Vertragsinteressent muss von einem bestimmten Anbieter abhängig sein: Hier geht es um die Selbstbestimmung der Vertragsinteressent*in. Ausgangspunkt dieses Aspektes ist, dass das zu befriedigende Vertragsinteresse der einen Partei eine Entsprechung im Leistungsangebot des potentiellen Vertragspartners finden muss. Der Abschlusszwang ist auf die Sicherung der rechtlichen Betätigungsfreiheit des begünstigten Vertragsteils gerichtet, weshalb der Kontrahierungszwang im Hinblick auf diese Zwecksetzung erforderlich sein muss. Der begünstigte Vertragsteil muss somit auf den Vertragsschluss angewiesen sein, um sein Leistungsinteresse zu befriedigen. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob er von einem Anbieter abhängig ist.[1566] Es geht um Situationen, in denen Vertragsmöglichkeiten geschaffen werden müssen, also die fehlende individuelle (konkrete) Leistungsbereitschaft eines potentiellen Vertragspartners überwunden werden soll.[1567]

Zentral für die Bestimmung der Angewiesenheit bzw. Abhängigkeit ist dann, ob einem Vertragsinteressenten Ausweichmöglichkeiten für Vertragsschlüsse zur Verfügung stehen, um seine mit dem Vertrag verbundenen Interessen zu verwirklichen.[1568] *Busche* zieht dann zur Bestimmung der Ausweichmöglichkeiten Kriterien heran, die stark an eine wettbewerbsrechtliche Marktabgrenzung erinnern.[1569] Damit konstruiert *Busche* den allgemeinen Kontrahierungszwang nicht nur individual-freiheitsrechtlich, sondern ausschließlich marktfunktional.

1564 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 137; hier verarbeitet er auch den Topos der allgemeinen Geschäftsöffnung.
1565 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 139.
1566 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 131.
1567 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 132.
1568 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 132 u.a. unter Verweis auf *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (191); *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 (132).
1569 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Gleichheitsrechtliche Rekonstruktion

a. Vertragsverweigerung als Ungleichbehandlung

Eine andere Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges unternimmt *Grünberger*, der diesen als gleichheitsrechtliches Institut rekonstruiert: Die Fokussierung und Engführung auf den freiheitsrechtlichen Aspekten des Kontrahierungszwangs führe dazu, dass man die gleichheitsrechtliche Dimension aus den Augen verliert: Denn der Kontrahierungszwang sei nur eine Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung, verstanden als unterschiedliche Verteilung der Freiheitsmöglichkeiten der Akteure in der Gesellschaft.[1570] In den Fällen der Vertragsverweigerung gehe es immer um eine Ungleichbehandlung: manche Privatrechtsakteure erhalten einen Vertragsschluss, andere nicht (z.B. Girokonto: vermögenslose, rechtsextreme Parteien und religiöse Sekten erhalten kein Girokonto).[1571] Auch *Ludwig Raiser* wies damals darauf hin, dass es ist nicht die Versorgungspflicht, sondern die Frage nach der Berechtigung für willkürliche Einzelmaßnahmen – also die Frage einer Gleichbehandlungspflicht – sei, die den Diskurs um den Kontrahierungszwang präge.[1572] Die Adressaten des allgemeinen Kontrahierungszwangs müssen dann alle vergleichbaren Vertragsinteressenten hinsichtlich des Vertragsschlusses gleich behandeln, wobei Ungleichbehandlungen mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen sind.[1573] *Grünberger* übernimmt hier seine „Rechtfertigungslösung" für Gleichheitssätze im Privatrecht[1574] und überträgt sie auf den Kontrahierungszwang: Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist für ihn der entscheidende Katalysator, um die Frage des Interessenausgleichs zu klären: „Die Ungleichbehandlung als solche indiziert nur dann eine Einschränkung der Freiheitssphäre des Vertragsinteressenten, wenn der Normadressat keinen sachlichen Grund geltend machen kann, sondern willkürlich handelt."[1575] Mit der gleichheitsrechtlichen Rekonstruktion – ob unter Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG oder ohne diesen

1570 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 484.
1571 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.
1572 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts 1977 [1949], S. 1 (8); *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485 Fn. 170.
1573 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.
1574 Siehe dazu unten § 9 V 3.
1575 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 486.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– legt *Grünberger* den Fokus auf die *Form* der Konfliktlösung: Ungleichbehandlungsverbot ohne sachliche Gründe.[1576]

b. Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr

Einige der hier untersuchten Fälle der Gesellschaft betreffen Fälle der jüngeren Rechtsprechung, in denen der Topos „Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr" als Beschränkung der Hausrechtsbefugnisse auftaucht. Oben wurde bereits herausgearbeitet, dass es sich hierbei nicht primär um eine sachenrechtliche Frage in Bezug auf die Privatrechtsinstitute Eigentum und Besitz geht, sondern diese Frage durch das Institut Vertrag überlagert ist:[1577] Ein Hausverbot hat in diesen Fällen nur den Zweck, einer davon betroffenen Person einen Vertragsschluss zu versagen.[1578] „Somit statuiert der BGH, indem er ‚Hausverbote' für nicht rechtmäßig erklärt, tatsächlich nicht nur eine Pflicht, das Betreten des Grundstücks zu dulden, sondern auch die Pflicht, mit dem Betroffenen einen Vertrag abzuschließen."[1579] Damit geht es letztlich um die Feststellung, dass in diesen Fällen ein Kontrahierungszwang besteht.[1580] Anknüpfungspunkt für den BGH ist, dass der Inhaber seine „Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt".[1581]

Der Topos des „öffentlichen Angebots" im Kontext des allgemeinen Kontrahierungszwanges ist nicht neu: Zum einen stützte sich bereits das Reichsgericht in der *Dampfschifffahrtsentscheidung* ergänzend auf diesen Aspekt des Falls.[1582] Zum anderen konstruierte *Johannes Biermann* für bestimmte Anbieter aufgrund eines Angebotes an die Öffentlichkeit einen

1576 Siehe unten § 8 III 2 zur inhaltlichen Frage, wann die ungleichen Möglichkeiten zur Freiheitsausübung einen Kontrahierungszwang auslösen (sollten).
1577 Siehe oben § 2 I 2.
1578 So auch *Majer*, JR 2015, 107 (112); ähnlich *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (689).
1579 *Majer*, JR 2015, 107 (112).
1580 *Majer*, JR 2015, 107 (112), der jedoch zwischen Konstellationen unterscheidet, in denen das Betreten von Räumlichkeiten die Voraussetzung für einen Vertragsschluss bzw. ein Vertragsschluss Voraussetzung für das Betreten ist.
1581 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.
1582 RGZ 48, 114 (127) – Dampfschifffahrtsgesellschaft: „Ein Transportzwang verpflichtet den Unternehmer, *welcher dem Publikum seine Dienste unter bestimmten Bedingungen öffentlich anbietet*, […]; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 476.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wirksamen Vertrag[1583].[1584] Seit dem Stadionverbotsurteil des BGH wird dieser Gedanke mit dem Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG normativ abgesichert.[1585] Bereits früher wurde der allgemeine Gleichheitssatz als Grundlage für den allgemeinen Kontrahierungszwang in Erwägung gezogen.[1586]

c. Kritik

Als alleiniger Anknüpfungspunkt für einen Kontrahierungszwang konnte sich dieser Gedanke jedoch nicht durchsetzen.[1587] Die bloße Geschäftsöffnung kann unter der Prämisse, dass es Teil der Privatautonomie ist, dass die Anbieter*in einer Leistung jederzeit Einfluss auf die Gestaltung des Publikums nehmen kann, und somit auch bestimmten Personen(-gruppen) einen Vertrag verweigern kann, nicht überzeugen. „Es ist mit einer auf dem Prinzip der Privatautonomie basierenden Rechtsgeschäftsordnung schlechthin unvereinbar, ein Rechtssubjekt nur aus dem Grunde zum Vertragsschluss zu verpflichten, weil es zuvor einen Geschäftsverkehr mit bestimmten Waren oder Dienstleistungen eröffnet hat."[1588] Die allgemeine Geschäftsöffnung ist keine hinreichende, sondern nur eine notwendige Bedingung des allgemeinen Kontrahierungszwanges.[1589]

In einem ersten Schritt kann zwar die Vermutung aufgestellt werden, dass eine Person zum Zutritt berechtigt sein soll. Allerdings kann diese Vermutung auch widerlegt werden. „Äußert der Inhaber gegenüber einer

1583 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267 (311 – 320).

1584 Siehe dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 476, der auch auf Parallelen zu Gleichbehandlungspflichten im angloamerikanischen Recht hinweist.

1585 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 13 (dort allerdings ausschließlich im Kontext des Hausrechts); BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.

1586 Die Drittwirkung der Gleichheitssätze als potentielle Grundlage für einen Kontrahierungszwang bedenken *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts 1977 [1949], S. 1 (8 f.) und *M. Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (611 f.).

1587 So ausdrücklich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 476. Eine Ausnahme ist *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32 (76), der ebenfalls auf die allgemeine Geschäftsöffnung abstellt.

1588 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 205.

1589 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 477. Nach *Busches* Konzeption indiziert die Geschäftsöffnung die prinzipielle Vertragsgeneigtheit, welche eine der vier Voraussetzungen einer „qualifizierten Vertragsverweigerung" bildet, *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 136, 206.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmten Person durch ein ‚Hausverbot', dass er den Zutritt dieser Person nicht wünscht, so ist die Vermutung widerlegt."[1590] Der BGH hält den Inhaber an seiner generellen Bereitschaft fest; „[e]s wäre jedoch inkonsequent, den ausdrücklich erklärten Willen für unbeachtlich zu erklären, wenn die generelle Bereitschaft und damit der Wille Grundlage für den Kontrahierungszwang sein soll."[1591]

Damit wird deutlich, dass es nicht nur um die erstmals privatautonom getroffene Entscheidung bezüglich der Zusammensetzung des Publikums geht. Der Topos verdeckt die eigentliche Wertungsfrage, in welchen Fällen das Recht diese Entscheidung gerade einschränkt bzw. einschränken sollte.[1592] Dabei bleibt im Diskurs offen, ob dieses Problem nicht gesehen wird oder eine Einschränkung der Publikumsauswahl in wirklich allen Fällen gefordert wird.[1593] Um dies an zwei Beispielen zu verdeutlichen: Im AGG ist zwar die Geschäftsöffnung erster Anknüpfungspunkt für die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote. Primärer Wertungsgesichtspunkt sind hier allerdings die Diskriminierungsmerkmale: Im AGG wird die gesellschaftliche Wertung stabilisiert, dass im allgemeinen (wirtschaftlichen) Geschäftsverkehr eine grundsätzlich Unterscheidungen aufgrund der dort genannten Kategorien unterbleiben soll.[1594] Eine normative Wertung, dass jede Unterscheidung im Geschäftsverkehr unterbleiben sollte, kann dem nicht entnommen werden. Dass es auf den jeweiligen Kontext ankommt, zeigt auch der Vergleich zwischen den Fällen *Wellnesshotel* und *Stadionverbot*:[1595] In beiden Fällen gab es eine allgemeine Geschäftsöffnung, jedoch sollte es nach der Wertung des BGH im Fall *Wellnesshotel* nicht zu einer Einschränkung der Publikumsgestaltung kommen; bezüglich der Stadionverbote jedoch grundsätzlich schon. Dies wurde dadurch verdunkelt, dass der BGH im Wellnesshotelfall bereits die allgemeine Geschäftsöffnung mit fraglichen Argumenten verneint.[1596] Die Geschäftsöffnung ist (fast) immer mit einer

1590 *Majer*, JR 2015, 107 (112).
1591 *Majer*, JR 2015, 107 (112 f.).
1592 Angedeutet bei *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 467 f., wenn er ausführt, dass das Prinzip der privatautonomen Gestaltung des Publikums zwar durchlässig geworden sei, jedoch nicht abschließend geklärt sei, wie durchlässig.
1593 Unklar insbesondere bei *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 467 – 479.
1594 Siehe dazu auch oben § 4 IV 2 d.
1595 Vgl. dazu oben § 2 I 2.
1596 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 24: „Mit dem Betrieb eines Wellnesshotels soll erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden." Zurecht kritisch *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (690).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Publikumsgestaltung verbunden; und sei es die Forderung, dass nur zahlungswillige Kund*innen einen Vertrag erhalten. Es kommt vielmehr auf den jeweiligen sozialen Kontext an, ob das Recht eine Einschränkung dieser Gestaltung vornimmt bzw. vornehmen sollte. Eine allgemeine Geschäftsöffnung kann lediglich dazu führen, dass in Fällen, in denen der Zugang zu einer Räumlichkeit ohne Vertrag offensteht (z.B. Supermärkte), ausschließlich die Hausrechtsbefugnis eingeschränkt wird, eine individualisierte Person dieser Räumlichkeit zu verweisen.[1597] Für die vertragsbezogene Frage eines Kontrahierungszwanges kommt einer allgemeine Geschäftsöffnung keine eigenständige Bedeutung zu.

Durch diese Rekonstruktion der Rechtsprechung wird verständlich, warum in den vorgenannten Entscheidungen die Grundrechte herangezogen werden, um Maßstäbe für die Wertentscheidung zu treffen.[1598] So formuliert der BGH ausdrücklich, dass „das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen" steht.[1599] Damit wurde die Wertungsfrage aber lediglich auf grundrechtliche Topoi ausgelagert und nicht beantwortet: Denn anders als die Privatrechtswirkung von Freiheitsrechten, ist gerade die Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht ungeklärt.[1600]

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Folgerechtsprechung zum Hausrecht im Anschluss an den Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts den Topos der sozialen Mächtigkeit in Form der gesellschaftlichen Bedeutung einer Leistung übernommen und auf eine Therme übertragen.[1601] Die Öffnung für einen allgemeinen Publikumsverkehr genügt nun ausdrücklich[1602] nicht mehr für die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern die begehrte Leistung muss in erheblichem Umfang

1597 Vgl. auch dazu näher unten § 9 V 5 b.

1598 Ansatzweise *Majer*, JR 2015, 107 (113), der beobachtet, dass es gerade nicht (nur) der Wille des Inhabers ist, sondern die Grundrechte des Betroffenen entscheidend herangezogen werden. Siehe auch unten unter § 8 III 2 zur Rolle der Grundrechte bei der Konkretisierung eines Kontrahierungszwanges.

1599 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 13; BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22. Dogmatische Rekonstruktion bei *Gurlit*, NZG 2012, 698 (699); gegen Art. 3 GG als Beschränkung der Privatautonomie *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (690).

1600 Dazu ausführlich unten § 9.

1601 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18; siehe zu dieser Entscheidung ausführlich unten § 10 III.

1602 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über die gesellschaftliche Teilhabe entscheiden.[1603] Im Kontext des allgemeinen Kontrahierungszwanges – insbesondere gedeutet als gleichheitsrechtliches Institut – ist die Entscheidung weiterhin deshalb instruktiv, da nun zwischen „gleichheitsrechtlichen Anforderungen" resultierend aus der gesellschaftlichen Teilhabe und resultierend aus einer Monopolstellung differenziert wird.[1604] Damit haben sich die Wertungsfragen von genuin privatrechtlichen Überlegungen in Bezug auf das Hausrecht bzw. den Kontrahierungszwang auf verfassungsrechtliche Wertungen des allgemeinen Gleichheitssatzes verschoben. Die zentrale dogmatische Frage lautet jetzt, wann eine Leistung über eine gesellschaftliche Teilhabe entscheidet. Oder mit anderen Worten: Wann wirkt der allgemeine Gleichheitssatz im Privatrecht?[1605]

III. Der Kontrahierungszwang in der modernen Gesellschaft

Während der allgemeine Kontrahierungszwang, vielleicht auch durch die Konkretisierungsbedürftigkeit des Begriffes der Angewiesenheit und der Kontextualisierungsbedürftigkeit einer gleichheitsrechtlichen Deutungsweise, in der Rechtsprechung der letzten Jahre weniger eine Rolle spielte, sind drei Tendenzen zu beobachten: Flexibilisierung, Kontextualisierung, Ausdifferenzierung.

1. Flexibilisierungstendenz

Die Diskussion über Struktur und Funktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges ist nach den vorherigen Ausführungen durch eine Flexibilisierung der möglichen Aspekte gekennzeichnet, die einen Kontrahierungszwang begründen sollen. Die älteren Ansätze nahmen sich jeweils Kriterien auf Seiten der Anbieter (Monopol- bzw. Marktmachtstellung) oder auf Seiten der Vertragsinteressenten (unterschiedliche Iterationen des Versorgungsgedankens) heraus und zogen sie als verallgemeinerbare Kriterien heran. Die jüngeren Ansätze (Angewiesenheit bzw. Geschäftsöffnung) zeichnen sich hingegen durch eine starke begriffliche Offenheit aus. Vorteil

1603 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 19 – 24.
1604 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 25.
1605 Diese Frage ist Gegenstand von § 9.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

– insbesondere für die Rechtspraxis – dieser Diskursverschiebung ist, dass auf die vielfältigen Erscheinungsformen sozialer Konflikte reagiert werden kann, in denen ein Kontrahierungszwang zur Lösung bzw. Mediatisierung des Konfliktes herangezogen werden soll. Ein wesentlicher Nachteil ist hingegen, dass die Wertungsgesichtspunkte verdeckt werden, welche für oder gegen einen Kontrahierungszwang in einem spezifischen sozialen Konflikt sprechen. Dies soll anhand der freiheitsrechtlichen Konstruktion *Busches* sowie der gleichheitsrechtlichen Konstruktion *Grünbergers* verdeutlicht werden: Wie *Grünberger* selbst ausführt, handelt es sich bei der freiheitsrechtlichen und der gleichheitsrechtlichen Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges nicht um sich gegenseitig ausschließende Modelle.[1606] Vielmehr greifen sich beide Ansätze unterschiedliche Aspekte der bisherigen Dogmatik heraus und versuchen, diese auf eine höhere Abstraktionsebene zu zurren, um das Institut weiterzuentwickeln bzw. Ansätze dafür zu finden. Die freiheitsrechtliche Rekonstruktion knüpft an das Institut des Vertrages an und fragt danach, in welchen Fällen die Vertragsfreiheit der einen Partei gesichert werden muss, während der gleichheitsrechtliche Ansatz die gleichheitsrechtliche Form dieses Interessenausgleichs über die Operationen Ungleichbehandlung und Rechtfertigung betont.

Beide Ansätze weisen jedoch die gleiche Leerstelle auf. Keiner der beiden Ansätze bietet einen überzeugenden Anhaltspunkt dafür, nach welchen Parametern der Interessenausgleich vorzunehmen ist. Dies betrifft zunächst den freiheitsrechtlichen Ansatz, bei welchem schon immer darüber gestritten wurden, wann eine Privatrechtsakteur*in auf eine Leistung „angewiesen" ist.[1607] Dies betrifft aber auch den gleichheitsrechtlichen Ansatz: Er verlagert den Interessenausgleich von der Tatbestandsebene auf die Rechtfertigungsebene.[1608] *Grünberger* kann hier jedoch keine Parameter nennen, nach denen der „sachliche Grund" bestimmt werden kann. Ein Hinweis darauf, dass fehlende Leistungskapazitäten der praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund seien,[1609] mag vielleicht auf Konstellationen im Wirtschaftssystem zutreffen, kann aber nicht für andere soziale Systeme generalisiert

1606 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 484 spricht von der „gleichbehandlungsrechtlichen Dimension der Problematik".

1607 Siehe oben § 8 II 4.

1608 Dabei handelt es sich um ein allgemeines Muster, das sich bei der Frage nach der Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Grundgesetzes im Privatrecht wiederfindet; siehe dazu vertiefend unten § 9 V 3.

1609 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 486; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 137.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden. Mit ähnlichen Überlegungen ist auch der Anknüpfungspunkt der freiheitsrechtlichen Ansätze über den Tatbestand der „Angewiesenheit" zur Freiheitsausübung inhaltsleer. Hier kann auf die Ergebnisse des rechtstheoretischen Teils zur Selbstbestimmung zurückgegriffen werden:[1610] Der bloße Hinweis auf Selbstbestimmung hilft nicht für dogmatische Konkretisierungen; Selbstbestimmung kann alles oder nichts bedeuten, solange der Topos ohne Kontext verwendet wird. Allerdings wurde bereits oben die These vertreten, dass der Selbstbestimmungsgedanke dann fruchtbar gemacht werden kann, wenn er auf soziale Kontexte re-spezifiziert wird, also danach gefragt wird, welche Strukturen in verschiedenen sozialen Kontexten die Selbstbestimmung prägen. Anschließend wurde in dieser Untersuchung die Inklusionsfunktion von Verträgen identifiziert und in den Fokus gerückt. Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung wurde die These aufgestellt, dass Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft insbesondere von Inklusions- und Exklusionsentscheidungen abhängt, die Inklusionsfunktion also auch als speziellerer Fall der Selbstbestimmungsfunktion angesehen werden kann. Dieser differenzierungstheoretische Ansatz führt dazu, dass der Kontrahierungszwang als Zugangsregel beschrieben werden kann; dies ermöglicht – zumindest partiell[1611] für solche Konflikte, die primär mit Inklusion beschrieben werden können – die Konkretisierung des freiheitsrechtlichen sowie gleichheitsrechtlichen Ansatzes.

2. Kontextualisierungstendenz

Ein Ansatz, der den Kontrahierungszwang als Zugangsregel beschreibt, findet sich bei *Grünberger*: Anknüpfend an seine gleichheitsrechtliche Rekonstruktion wirke sich der Gleichbehandlungsgrundsatz u.a. derart auf den allgemeinen Kontrahierungszwang aus, dass eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung eines Vertragsinteressenten ein mögliches Versagen des Wettbewerbs indiziere.[1612] Der allgemeine Kontrahierungszwang reagiere auf ein freiheitsrechtliches Problem „der Teilhabe einzelner Akteu-

1610 Siehe oben § 3 II 2 d.

1611 Ob die hier vertretene These des allgemeinen Kontrahierungszwangs als Zugangsregel auf alle (!) Fälle des Kontrahierungszwangs (also auch die besonderen Kontrahierungszwänge) übertragen werden kann, soll damit ausdrücklich offenbleiben; einen solchen Nachweis kann diese Untersuchung nicht erbringen.

1612 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

re am Markt."[1613] Dieses Institut reagiert damit auf Fälle, in denen der Wettbewerb als „natürliche" Zugangsregel für das Wirtschaftssystem nicht funktioniert und deshalb über die Teilhabe bzw. Inklusion gestritten wird.

Grünberger bleibt hier bei seiner Betrachtung beim Wirtschaftssystem stehen; er perpetuiert die marktfunktionale Deutung des allgemeinen Kontrahierungszwanges. Seine Überlegungen sind jedoch generalisierbar, und damit auf andere Systemzusammenhänge übertragbar. Wenn man der hier vertretenen These einer Inklusionsfunktion des Vertrages folgt, dann ermöglicht der Abschluss von Verträgen Inklusion nicht nur in das Wirtschaftssystem, sondern in verschiedene soziale Systeme. Innerhalb dieser sozialen Systeme bestehen unterschiedliche eigennormative Zugangsregeln – oder anders: Inklusions- und Exklusionsregeln – nach denen Verträge geschlossen oder andere Formen von Inklusion durchgeführt werden. Für das Wirtschaftssystem ist dies primär die Institution des Wettbewerbs. Für das System des (Fußball-)Sports konnte oben gezeigt werden, dass es nicht nur der Wettbewerb und die Zahlungsbereitschaft der Sportfans sind, die über die Inklusion in das System entscheiden, sondern u.a. über die SVRL und die Stadionverbote Exklusionsregeln aufgestellt werden. Ein Kontrahierungszwang in diesem Bereich überlagert damit die ursprünglich aufgestellte Zugangsregel und unterstellt sie einem Rechtfertigungszwang: Findet die Akteur*in, die einen Vertrag ablehnen möchte bzw. kündigen möchte, in den SVRL und den dort enthaltenen – insbesondere gefahrbezogenen – Wertungen einen Grund für die Ablehnung? Das Recht muss dann beurteilen, ob dieser Grund „sachlich angemessen" ist und kontrolliert damit die Exklusionsregel, die durch diesen Grund etabliert wird.

Der Kontrahierungszwang wird somit immer dann als Lösungsinstrument in Betracht gezogen, wenn sich ein Teilhabeproblem mit Bezug zum Vertrag stellt. Ob ein solches wirklich vorliegt – bzw. präziser: ob das Recht einen sozialen Konflikt als Teilhabekonflikt rekonstruiert und darauf reagieren soll – ist, wie *Grünberger* es richtig formuliert, eine Wertungsfrage.[1614] Das Recht akzeptiert folglich zunächst eine eigenrational gesetzte Zugangsregel und versucht „nur" bei Dysfunktionen einzugreifen: Der wettbewerbsrechtliche Kontrahierungszwang adressiert die Fälle, in denen die Zugangsregel „Wettbewerb" nicht mehr funktioniert. Der allgemeine Kontra-

1613 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485; siehe auch *M. Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (611 f.).

1614 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485 für die Wertungsfrage, wann der Wettbewerb nicht funktioniert, sodass sich dann ein Teilhabeproblem stellt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hierungszwang kann generalisiert eigennormative Zugangsregeln dadurch kontrollieren, indem sie durch eine rechtliche Zugangsregel in Form des Kontrahierungszwanges überlagert werden. Für das (Fußball-)Sportsystem konnte die soziale Deutungsweise von Stadionverboten deren Dysfunktionen in Bezug auf soziale Inklusion aufzeigen.

Rechtstheoretischer bzw. -soziologischer Anknüpfungspunkt für dieses Vorgehen ist die Einsicht, dass die Frage, in welchem Umfang eine Privatrechtsordnung Kontrahierungszwänge vorsieht, von verschiedenen sozialen Faktoren und Kontexten abhängt. *Kilian* spezifiziert die oben entwickelten Thesen zur Kontextabhängigkeit der Institution Vertrag für den Kontrahierungszwang und nennt den Wandel von Staatsverständnissen, staatliche Steuerung der Wirtschaft, die Nachkriegszeit, das Entstehen von marktmächtigen Unternehmen und organisierten Interessengruppen als wesentliche Faktoren für die Herausbildung von Kontrahierungszwängen.[1615] Folgt man der hier vertretenen differenzierungstheoretischen Perspektive auf die Institution Vertrag und der daraus abgeleiteten Inklusionsfunktion,[1616] liegt es nahe, auch den allgemeinen Kontrahierungszwang in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft als Zugangsregel kontextspezifisch nach Systemzusammenhängen zu rekonstruieren.

Ein solcher Versuch, das Institut des allgemeinen Kontrahierungszwangs stärker nach sozialen Kontexten bzw. nach Vertragstypen zu konkretisieren, findet sich ansatzweise in jüngeren Kommentierungen: Dort werden regelmäßig als kontextbezogene Anwendungsfelder die Entscheidungen zum allgemeinen Kontrahierungszwang nach Presse, Sport, Vereinen/ Verbänden, Kunst o.ä. geordnet.[1617] Ähnlich spricht auch *Wagner* davon, dass die Funktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs heute primär darin bestehe, öffentliche Informationsinteressen durchzusetzen und die Kommunikationsfreiheiten zu gewährleisten.[1618] Mit der Strukturierung nach sozialen Kontexten ist damit bereits jetzt die Heranziehung von Grundrechten als Entscheidungsmaßstäbe verbunden.[1619] Der Diskurs hat sich damit teilwei-

1615 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (51 f.).

1616 Siehe dazu oben § 4 III 1, 2 b.

1617 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 434 – 436; ansatzweise auch bei *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, Einf. v. § 145 Rn. 10 f.

1618 *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 218; ähnliche Beobachtung von *Spindler*, in: BeckOGK, BGB, § 826 Rn. 110; dafür steht paradigmatisch OLG Stuttgart, NJW 1972, 877 – *Landespressekonferenz*.

1619 Siehe die Fälle bei *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433 – 435, die als mittelbare Grundrechtskonflikte rekonstruiert werden; ausdrücklich *Spindler*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

se von eigenständig entwickelten Topoi – wie z.B. Angewiesenheit – auf grundrechtliche Wertungen verschoben.

Diese Tendenz kann von der Konstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs als Zugangsregel verarbeitet werden: Grundrechte haben nicht nur eine individualrechtliche Dimension, sondern können in einer kollektiven Perspektive als Institutionen beschrieben werden, die insbesondere die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft absichern.[1620] Dabei bilden oftmals Freiheitsgrundrechte einzelne soziale Systeme der Gesellschaft verfassungsrechtlich ab. Werden grundrechtliche Wertungen für die Begründung eines Kontrahierungszwangs herangezogen, geht es um die Frage, ob Zugang – oder anders: Inklusion – durch einen Vertrag in das über das Grundrecht abgebildete soziale System gewährleistet werden soll. *Oechsler* weist zutreffend darauf hin, dass sich diese Frage mit der Frage überschneidet, ob dem konkreten Grundrecht eine Leistungs- bzw. Teilhabedimension (gegenüber Privaten) dogmatisch zukommt.[1621] Über die Grundrechte – und über die anderen vorgestellten Topoi – verspricht sich der rechtswissenschaftliche Diskurs eine Rationalisierung der Diskussion darüber, ob ein Zugangsanspruch rechtlich gewährt werden soll oder nicht. Die Perspektive der Zugangsregel knüpft daran an und ermöglicht konkretere[1622] Topoi auf einer mittleren Abstraktionsebene kontextspezifisch für diese Wertungsfrage heranzuziehen.

Schlaglichtartig bedeutet dies für einen der traditionellen Fälle des Kontrahierungszwangs: Der Theaterkritiker[1623] erhält deshalb Zugang zur Vorstellung bzw. zum Theater, weil er in seiner sekundären Leistungsrolle als

---

BeckOGK, BGB, § 826 Rn. 110: „§ 826 konkretisiert hier die verfassungsrechtlichen Wertungen, die zu einem Kontrahierungszwang führen." Deutlich wird dies auch beim verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch, siehe dazu unten § 8 III 3.

1620 Grundlegend *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965; näher dazu unten § 9 I 4.

1621 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433; auch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (59 f.) stellt eine Verknüpfung zwischen Kontrahierungszwang und grundrechtlichen Teilhaberechten im Privatrecht her. Dieser Gedanke wird für den allgemeinen Gleichheitssatz unten unter § 9 IV 3 b (2.) aufgegriffen.

1622 Die im zweiten Teil dieser Untersuchung herausgearbeiteten Konfliktmerkmale können generalisiert und dann für andere Fälle re-spezifiziert werden. Sie befinden sich auf einer mittleren Abstraktionsebene. Damit sind diese Topoi auf der einen Seite konkreter als das Kriterium der „Angewiesenheit" oder des sachlichen Grundes. Sie sind aber auf der anderen Seite allgemeiner und offener als die Kriterien Marktmacht, Öffnung des Geschäftsverkehrs oder Versorgungsleistung.

1623 RGZ 133, 388 (392) entschied noch zugunsten des Theaters; die Literatur weist zutreffend darauf hin, dass aufgrund grundrechtlicher Wertungen der Fall heu-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kritiker eine wesentliche Struktur im Kunstsystem einnimmt. Diese Struktur wird dadurch stabilisiert, dass er in seiner Rolle nicht exkludiert wird: Fallen Kritiker*innen weg, erleidet das Kunstsystem strukturelle Schäden; ohne Kunstkritik verliert die Kunst einen ihrer wesentlichen Innovationsmotoren.[1624] Dabei sind es nicht nur die Berufs-, Meinungs- und ggf. Kunstfreiheit in ihrer individuellen Dimension zugunsten des Theaterkritikers, sondern auch deren kollektive Dimension: Erst sie eröffnen die strukturelle Dimension der Frage nach Zugang in und für das Kunstsystem.

Dass eine solche strukturbezogene Perspektive dem Privatrechtsinstitut des Kontrahierungszwangs nicht unbekannt ist, zeigt ein Vergleich zum wettbewerbsrechtlichen Kontrahierungszwang: Dieser besondere Kontrahierungszwang ist auf eine gesellschaftliche Mesostruktur, nämlich den Wettbewerb, bezogen. Es geht hier nicht primär darum, eine individuelle Marktakteur*in zu schützen, sondern die Marktstruktur zu beeinflussen, beispielsweise indem Märkte offengehalten werden.[1625] Dadurch wird deutlich, warum sich eine individualfreiheitsrechtliche Deutung des allgemeinen Kontrahierungszwanges wie die *Busches* durchsetzen konnte: Wenn bereits die wichtigsten Zugangsprobleme im Wirtschaftssystem durch einen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang adressiert werden können, bleiben für das allgemeine Institut bezüglich wirtschaftlicher Systemkontexte nur noch individuelle Freiheitsfragen. Versteht man aber den allgemeinen Kontrahierungszwang wie hier nicht nur marktfunktional, sondern re-spezifiert man ihn auch auf andere Systemkontexte, für die keine Spezialvorschrift vorhanden ist, um strukturelle Zugangsfragen aufzufangen, können diese auch innerhalb des allgemeinen Kontrahierungszwangs verhandelt werden.

3. Ausdifferenzierungstendenz: Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch

Die wichtigste Ausdifferenzierung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist der (allgemeine) vereins- bzw. verbandsrechtliche Aufnahmean-

---

te anders entschieden werden müsste: *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 218; *Gounalakis*, AfP 1992, 343 (345); anders nur *Eidenmüller*, NJW 1991, 1439 (1441).

1624 Zur Stellung der Kritik im Kunstsystem siehe die Beiträge in Lehmann (Hrsg.), Autonome Kunstkritik, 2012; *Lüddemann*, Kunstkritik als Kommunikation, 2003; als Selbstbeschreibung *Boenisch*, Krise der Kritik?, 2008.

1625 *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), 169 (190 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spruch.[1626] Dieser allgemeine zivilrechtliche Aufnahmeanspruch[1627] besteht neben spezialgesetzlichen Aufnahmeansprüchen, wobei insbesondere § 20 Abs. 5 GWB und § 18 Abs. 2 AGG zu nennen sind.[1628] Alle diese Aufnahmeansprüche sind darauf gerichtet, eine Mitgliedschaft in einer Vereinigung zu erhalten. Der dogmatische Anknüpfungspunkt für den allgemeinen verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch ist jedoch umstritten.[1629] Ein Teil der Literatur erblickt im Aufnahmezwang nur einen ordnenden Topos und veroretet den konkreten Anspruch je nach Fallkonstellation im vertragsrechtlichen Kontrahierungszwang, in § 826 BGB, in 20 Abs. 5 GWB oder im AGG.[1630] Der allgemeine Aufnahmezwang wurde dagegen – strukturparallel zum allgemeinen Kontrahierungszwang – vom BGH in Anlehnung an § 826 BGB und den heutigen § 20 Abs. 5 GWB entwickelt.[1631] Teilweise sieht der BGH den Kontrahierungszwang für Vereinigungen mit einer überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich als Ausprägung der Privatrechtswirkung von Art. 9 Abs. 1 GG.[1632] Inhaltlicher Ausgangspunkt ist sein Ursprung im allgemeinen Kontrahierungszwang mit besonderem Akzent auf einer gleichheitsrechtlichen Deutung: Es darf nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers im Verhältnis zu den aufgenommenen Mitgliedern führen.[1633] Wie auch die spätere Strukturbeschreibung zeigen wird, hat sich die tatsächliche dogmatische Prüfung des Aufnahmeanspruchs von allen hier genannten Rechtsgrundlagen stark entfernt.

1626 Als Sonderfall des Kontrahierungszwangs bezeichnet ihn auch *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 100; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (184); Parallelen bezüglich der Entwicklung und Voraussetzungen identifiziert auch *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 266.

1627 So *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (518).

1628 Eine Übersicht der relevanten Aufnahmeansprüche, jedoch begrenzt auf Wirtschaftsverbände gibt *Alexander*, ZStV 2014, 121; ähnlich auch *Schöpflin*, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 32 Rn. 12 – 22a.

1629 Siehe zur Diskussion der Anspruchsgrundlage auch *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (518 – 523).

1630 So *Könen*, in: BeckOGK, BGB, § 38 Rn. 65, der in Rn. 66 nach dem sozialen Bereich differenziert, in welchem die geltend gemachte Abhängigkeit ihre Grundlage hat: wirtschaftliche Dimension = § 20 Abs. 5 GWB; soziale oder kulturelle Berührungspunkte = Art. 9 Abs. 1 GG.

1631 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266 unter Verweis auf BGHZ 63, 282 (285); 93, 151 (154).

1632 BGHZ 140, 74; so auch *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 96 – 98; *Winkler*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 9 Rn. 70 f.

1633 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So wie sich auch der allgemeine Kontrahierungszwang als eigenständiges Rechtsinstitut von § 826 BGB als Rechtsgrundlage entfernt hat, so sprechen Funktion und Dogmatik des Aufnahmeanspruchs dafür, ihn als eigenständiges Rechtsinstitut anzusehen. „Wie der Kontrahierungszwang erscheint deshalb auch der Aufnahmeanspruch als ein im Wege der *Rechtsfortbildung* entstandenes, *gegenüber § 826 BGB verselbständigtes Institut* mit eigenen Sachvoraussetzungen."[1634]

In dieser Untersuchung soll es nicht um einen „mittelbaren" Aufnahmezwang gehen, der dann vorliegt, wenn sich ein Verein gleichzeitig als steuerbegünstigte Körperschaft anerkennen lassen möchte. Aufgrund der Rechtsprechung des BFH[1635] werden Vereine, die als gemeinnützig anerkannt werden wollen, an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, wodurch ein diskriminierungsfreier Zugang für alle Personen ermöglicht werden muss.[1636]

a. Funktion

Während beim allgemeinen Kontrahierungszwang oftmals Funktion und Struktur zusammengedacht werden, können bezüglich des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs spezifische Funktionen identifiziert werden, die sich in der dogmatischen Struktur wiederfinden lassen.[1637] Dabei werden die Funktionen teilweise unterschiedlich beschrieben: Im Zeitgeist der Verbändediskussion[1638] und der – sich teilweise überlappenden – Diskussion über eine unmittelbare Grundrechtswirkung im Privatrecht[1639] wurde der Aufnahmeanspruch aus einer „staatsanalogen Mächtigkeit" von Monopolvereinen begründet, die gleichzeitig eine Grundrechtsbindung nach sich ziehen würde.[1640] Anknüpfend an die Beobachtung, dass Vereine und Verbände eine immer stärkere Machtstellung innerhalb der Gesamtgesellschaft

1634 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266 (Hervorhebungen im Original).
1635 BFH, Urt. v. 17.05.2017, V R 52/15.
1636 Zur Einordnung *Röcken*, MDR 2018, 1097.
1637 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 267, der davon spricht, dass sich die Sachvoraussetzungen aus den Schutzzwecken ableiten lassen.
1638 Siehe dazu oben § 5 IV 2 a; *Birk*, JZ 1972, 343 (343) stellt ausdrücklich die Verbindung zwischen allgemeiner Verbändediskussion und die Frage nach einem Aufnahmeanspruch her.
1639 Siehe dazu oben § 5 IV 1.
1640 So insbesondere *Nicklisch*, JZ 1976, 105; dagegen *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (520 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

einnehmen und unterschiedliche Funktionen, die über die bloße kollektive Geselligkeit hinausgehen, erfüllen, wird ein Aufnahmeanspruch als „Kompensationsmittel zur Stärkung der Außenseiter" bzw. als „Mittel gegen die Vermachtung von Vereinen" gedeutet.[1641]

Speziell unter dem hier eingenommenen Blickwinkel der Zugangsregel, kann die Funktion des Aufnahmeanspruchs auch dahingehend beschrieben werden, die „Integration von Mitgliederhandlungen in das organisatorische Rollengefüge" rechtlich zu regeln.[1642] Aufgrund der spezifischen Intermediärsstellung von Vereinen und Verbänden auf der gesellschaftlichen Mesoebene, können Aufnahmeansprüche als Generalisierung gesamtgesellschaftlicher Verantwortung durch öffentliche Kontrolle der Zugangsbedingungen betrachtet werden.[1643] Differenzierungstheoretisch ausgedrückt, soll der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch damit Inklusion in bestimmte Organisationssysteme sicherstellen.

b. Struktur

Grundsätzlich gilt auch im Vereins- und Verbandsrecht der Grundsatz der Privatautonomie, welcher sich insbesondere in der Satzungsautonomie zeigt.[1644] Weiterhin besteht grundsätzliche Aufnahmefreiheit der Vereine und Verbände, welche Mitglieder aufgenommen werden, auch wenn sie die Aufnahmevoraussetzungen der Satzung erfüllen.[1645] Es besteht keine allgemeine Aufnahmepflicht. Eine (faktische) Monopolstellung im Wirtschaftsleben oder im sozialen Bereich kann jedoch den Verein dazu verpflichten, einen Mitgliedschaftsantrag nur aus triftigen Gründen abzulehnen.[1646] Diese Sachvoraussetzungen als Grundstruktur des Aufnahmezwangs bestehen dabei aus zwei Teilen: (1.) Wirtschaftliche oder soziale Machtstellung

1641 *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (523 f.), der die „Vermachtung" jedoch monokausal als Folge fehlenden Wettbewerbs deutet.

1642 Dies ist für *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 261 das relevante Bezugsproblem.

1643 *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 266.

1644 *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 25 Rn. 32.

1645 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 61 f.; *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 99; BGH, Urt. v. 01.10.1984, II ZR 292/83; BGH, Urt. v. 29.06.1987, II ZR 295/86; BGHZ 101, 193.

1646 *Könen*, in: BeckOGK, § 38 BGB Rn. 63, der dort auch zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgrenzt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und (2.) eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung eines potentiellen Mitglieds.

Die jüngere Rechtsprechung spricht davon, dass ein Verein oder Verband eine Monopolstellung oder ganz allgemein eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben muss.[1647] Die Formulierung „überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich" erinnert an die neue Maßstabsbildung des Bundesverfassungsgerichts im Stadionverbotsbeschluss, wonach ein Kriterium für eine intensivere Grundrechtswirkung im Privatrecht darin besteht, dass ein Privatrechtsakteur über „soziale Mächtigkeit" verfügt.[1648] Im verbandsrechtlichen Aufnahmezwang kann daher eine Inspiration für den Stadionverbotsbeschluss gesehen werden. Die Frage nach einer wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung im Aufnahmezwang kann daher auch Aufschlüsse über die soziale Mächtigkeit auf verfassungsrechtlicher Ebene geben.

Im Topos der sozialen und wirtschaftlichen Machtstellung[1649] findet sich die freiheitsrechtliche Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwangs wieder: Die überragende Machtstellung wird so konkretisiert,[1650] dass es auf ein wesentliches Interesse an der Mitgliedschaft ankomme. Das Mitgliedschaftsinteresse sei dann wesentlich, wenn der Einzelne auf Leistungen des Vereins angewiesen[1651] ist, wobei auch berücksichtigt wird, inwieweit Nichtmitglieder Zugang zu entsprechenden Leistungen haben.[1652] Die Mitgliedschaft in einem Verband müsse insbesondere für die berufliche oder wirtschaftliche Existenz von Bedeutung sein, sodass Aspiranten auf die Mitgliedschaft angewiesen sind; es handele sich dabei um „existenzwichtige ‚Monopol'-Vereine".[1653] Dies deckt sich weitgehend mit der Umschreibung, dass es für die überragende Machtstellung maßgeblich darauf ankomme, dass der Verband für seinen Tätigkeitsbereich einen Ausschließlichkeitsanspruch oder den Anspruch einer dominierenden Repräsentation erhebt

1647 OLG München, Urt. v. 24.01.2019, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 18; BGH NJW-RR 1986, 583 – *Aikido*.

1648 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

1649 Zur Kasuistik siehe die Übersicht bei *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 103 f., 107 f. und 111 f.

1650 Kritisch zum Begriff *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 269.

1651 *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (537 f.) sieht den Angewiesenheits- bzw. Abhängigkeitstopos als Kehrseite der überragenden Machtstellung.

1652 BGH NJW, 1985, 1216; so auch *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 42 f. mit einer Einordnung in den Kontext anderer Aufnahmeansprüche.

1653 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und verwirklicht.[1654] In Entsprechung zu einer wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung und Produktsubstituierbarkeit sei zu untersuchen, welches Alleinstellungsmerkmal dazu führt, dass der Beitrittswillige geltend macht, auf die Mitgliedschaft angewiesen zu sein.[1655] Ein Verein nimmt dann keine sozial mächtige Stellung ein, wenn der Vereinszweck lediglich auf Geselligkeit ausgerichtet ist.[1656] Aufgrund seines Ursprungs in wirtschaftlich geprägten Kontrahierungszwängen, neigt die Rechtsprechung teilweise dazu, die Prüfung der Angewiesenheit auf wirtschaftliche Aspekte, insbesondere berufliches oder allgemein wirtschaftliches Vorankommen, zu verengen. Letztes Negativbeispiel ist die Entscheidung zum Memminger Stadtbachfischen, bei der die – zwar lediglich regionale – soziale Relevanz als sozialer Höhepunkt und Sichtbarkeitschance des Fischens verkannt wurde.[1657]

Damit stellen sich ähnliche Konkretisierungsprobleme, die sich bereits bei der freiheitsrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges offenbart haben. So wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang kann auch hier die Inklusionsfunktion des Vertrages zur dogmatischen Konkretisierung beitragen: Auf die Mitgliedschaft in einem Verband ist man insbesondere dann angewiesen, wenn dieser Verband die Inklusion in gesellschaftliche Funktionssysteme auf der Mesoebene regelt. Die Inklusion durch Mitgliedschaft in einen Verein kann dann auch als ein Fall von gekappter Verbindung zwischen Verbandsziel und Beitrittsmotiv angesehen werden, was für *Teubner* die generalisierte Voraussetzung einer rechtlichen Zugangskontrolle ist:[1658] Die Beitrittsmotivation ist die unmittelbare Inklusion in das Organisationssystem, um mittelbar in soziale Funktionssysteme inkludiert zu werden. Das Verbandsziel ist – entsprechend differenzierungstheoretischer Überlegungen – jedoch selten unmittelbar auf Inklusion, insbesondere der Publikumsrollenträger, ausgelegt, sondern an der jeweiligen Leistung der gesellschaftlichen Funktionssysteme ausgerichtet.

1654 *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 110; *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (532).

1655 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 69.

1656 BGH, Urt. v. 26.06.1979, KZR 25/78 – *Anwaltsverein* = BGH, NJW 1980, 186 (186).

1657 LG Memmingen, Urt. v. 28.07.2021, 13 S 1372/20 – *Memminger Stadtbachfischer*, Rn. 46 – 48 – und das, obwohl die Kammer dort ausdrücklich eine wirtschaftliche und (!) soziale Angewiesenheit als Maßstab wählt; kritisch zutreffend *Grünberger*, SpuRt 2021, 290 (290 f.).

1658 *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 274 – 277.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem wird die Ablehnung eines Aspiranten als Ungleichbehandlung rekonstruiert[1659] und mit einer Abwägung verbunden. Das Prüfungsraster formuliert in einer der letzten Entscheidungen zum Aufnahmezwang konzise das OLG München:

„Ob und inwieweit im Einzelfall ein Aufnahmezwang besteht, ist nach dem Grundsatz zu bestimmen, dass die Ablehnung der Aufnahme nicht zu einer - im Verhältnis zu bereits aufgenommenen Mitgliedern - sachlich *nicht gerechtfertigten ungleichen Behandlung* und *unbilligen Benachteiligung* eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers führen darf. Danach spielen nicht nur die *berechtigten Interessen des Bewerbers an der Mitgliedschaft* und die *Bedeutung der damit verbundenen Rechte und Vorteile* eine Rolle, die ihm vorenthalten würden. Es kommt vielmehr auch auf eine Bewertung und Berücksichtigung der *Interessen des Vereins oder des Verbandes an, die im Einzelfall dahin gehen können, den Bewerber von der Mitgliedschaft fernzuhalten.* Nur wenn nach einer Abwägung der beiderseitigen Interessen die *Zurückweisung des Bewerbers unbillig erscheint*, besteht in der Regel ein Anspruch auf Aufnahme."[1660]

Die Prüfung der Diskriminierungsfreiheit erfolgt über eine umfassende Interessenabwägung, bei der insbesondere die berechtigten Interessen der Aspiranten, die Bedeutung und Ziele der Mitgliedschaft, die Interessen und Ziele, welche der Verein mit der Aufnahmebeschränkung bezweckt sowie die Grundrechte berücksichtigt werden.[1661] Auch wenn hier die gleichheitsrechtliche Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges durchscheint, wird der Gleichheitsaspekt weitgehend durch die Interessenabwägung verdrängt.

Möglicherweise hätte der Aufnahmeanspruch im Stadionverbotsfall herangezogen werden können. Denn der Fan wurde ebenfalls aus dem Verein des FC Bayern Münchens ausgeschlossen. Doch darum ging es nicht: Der Ultra wollte vor allem wieder ins Stadion, was er durch eine Dauerkarte erreicht. Die Mitgliedschaft bei Bayern München gibt ihm jedoch nicht un-

1659 Anders wohl *Grünberger*, SpurRt 2021, 290 (290 f.), der zwischen dem allgemeinen Aufnahmeanspruch und § 18 Abs. 2 AGG eine dogmatische Kategorieverschiebung dahingehend beobachtet, dass nur § 18 Abs. 2 AGG gleichbehandlungsrechtlich strukturiert sei. Nach hier vertretener Ansicht beinhaltet jedoch auch bereits der allgemeine Aufnahmeanspruch (wenn auch rudimentäre) gleichheitsrechtliche Elemente.

1660 OLG München, Urt. v. 24.01.2019, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 19 (Hervorhebungen hinzugefügt).

1661 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 270.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mittelbar ein Ticket. Hier zeigen sich die Grenzen des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs, der im Wesentlichen[1662] auf die Verschaffung eines speziellen Vertrages – der Mitgliedschaft – gerichtet ist. Konnten damit noch vor einigen Jahren die wesentlichen Inklusionskonflikte verarbeitet werden, weil Organisationen über ihre Mitgliedschaft maßgeblich über soziale Inklusion entscheiden, treten jetzt amorphere Inklusionskonstellationen auf. Die Inklusionsfunktion des Vertrages konnte zeigen, dass je nach Kontext dem Vertrag an sich, nicht nur der Mitgliedschaft, eine inklusive Wirkung zukommt. So liegt es auch im Stadionverbotsfall: Die Vorteile, die der Fußballultra begehrt – die Inklusion in das Sportsystem – können ihm nicht primär durch eine Vereinsmitgliedschaft gewährt werden, sondern nur über einen Zuschauervertrag.

IV. Rechtsfolge

1. Vertragsschluss als „Alles-oder-Nichts"-Rechtsfolge

Der allgemeine Kontrahierungszwang kann somit (auch) als Zugangsregel im Vertragsrecht gedeutet, konstruiert und interpretiert werden. Er kann bezüglich Funktion und Struktur responsiv auf den sozialen Konflikt von Inklusion/ Exklusion im Allgemeinen bzw. auf den Konflikt der Stadionverbote im Besonderen reagieren. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, ob dieses Institut auch bezüglich seiner Rechtsfolge für diese Art von Konflikten geeignet ist bzw. ob es responsiv weiterentwickelt werden kann. Diese Frage ist hier zu klären.

„Aus dem Rechtsinstitut des allgemeinen Kontrahierungszwangs folgt für den verweigernden Anbieter die auf Gesetz beruhende Verpflichtung zum Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit dem abgewiesenen Vertragsinteressenten (*obligatio ex lege*)."[1663] Dies bedeutet für den Vertragsverweigerer nicht nur eine Beschränkung seiner Vertragsbegründungsfreiheit, sondern zugleich eine Beschränkung seiner Vertragsabänderungs- und -beendigungsfreiheit, da ansonsten die Wirkungen des Kontrahierungszwangs unterlaufen werden würden.[1664] Da es sich um einen privatrechtlichen Zielvertrag handelt, sind die allgemeinen Regeln des Privatrechts

1662 Vgl. zur Ausnahme der Leistungserbringung an Nicht-Mitglieder unten Fn. 1679.
1663 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 240.
1664 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 240.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anwendbar.[1665] Das bedeutet, dass der Vertragsinteressent einen Anspruch auf Vertragsschluss erhält.[1666]

Zwar gibt es auch inhaltliche Anforderungen an den Vertrag, der aus einem Kontrahierungszwang resultiert.[1667] Allerdings resultiert der Kontrahierungszwang immer in einer „Alles-oder-Nichts"-Lösung: Der Vertragsinteressent erhält einen Vertrag, der weitgehend seinen Vorstellungen entspricht, oder er erhält ihn nicht, weil der Vertragspartner rechtfertigende Gründe vorbringen kann. Der Kontrahierungszwang eignet sich damit als rechtliche Lösung nur für solche sozialen Konflikte, bei denen die bloße Bereitstellung des Vertrages oder der Zustand gänzlich ohne Vertrag für beide Seiten interessengerecht erscheint. Deutlich wird dies bei der freiheitsrechtlichen Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges und der Konkretisierung der „Abhängigkeit" bzw. „Angewiesenheit": Bei der Diskussion geht es um die „richtige" – also interessengerechte – Bestimmung der Fälle, in denen ein Vertrag erzwungen werden kann bzw. ein Vertrag frei verweigert werden darf.

Es gibt allerdings soziale Konfliktlagen, in denen zwar Verträge eine entscheidende Rolle spielen, der Konflikt jedoch nicht über die einfache binäre Entscheidung – Vertrag oder nicht Vertrag – interessengerecht gelöst werden kann. Rechtstheoretisch ausgedrückt sind dies insbesondere Situationen, in denen die geschlossenen Verträge als *relational contracts* beschrieben werden können; also länger andauernde Vertragsbeziehungen, in denen es nicht primär um das „ob" des Vertragsschlusses geht, sondern um Konflikte, die insbesondere aus der Längerfristigkeit einer Vertragsbeziehung erwachsen können.[1668] Weiterhin sind sie regelmäßig durch multipolare Rechtsbeziehungen gekennzeichnet, bei der die bilaterale Perspektive des Kontrahierungszwanges möglicherweise versagt.

1665 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 241.

1666 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 242; *Bydlinski*, JZ 1980, 378 (484). Nach anderer Ansicht besteht ein direkter Anspruch auf die Gewährung der Leistung, siehe dazu *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (16 – 19).

1667 Zum Inhalt des Zielvertrages *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 247 – 263; siehe auch ausführlich im Kontext von Girokonten *Liebetrau*, Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit, 2019.

1668 *Majer*, JR 2015, 107 (112) deutet an, dass die jüngeren Hausrechtsfälle gerade durch die Verträge als Dauerschuldverhältnis problematisch sind.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Kontrahierungszwang in multipolaren Rechtsbeziehungen

Ein Beispiel für eine solche Situation findet sich in der bisherigen Dogmatik im arbeitsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht. § 15 Abs. 6 AGG schließt einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge einer Diskriminierung im arbeitsrechtlichen Teil des AGG aus. Zwar handelt es sich hierbei um eine positiv-rechtliche und politische Entscheidung, die ohne Überlegungen, die mit solchen in dieser Untersuchung vergleichbar wären, getroffen werden konnte. Dennoch kann der rechtliche Diskurs, der über diese Norm geführt wird, herangezogen und ergänzt werden, um das Potential der hier vertretenen Perspektive zu veranschaulichen. Das Telos der Norm wird weitläufig darin gesehen, dass dadurch die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers geschützt werden solle.[1669]

Dieses Beispiel ist instruktiv für die Grenzen des Kontrahierungszwanges in multipolaren Rechtsbeziehungen. Reduziert man jedoch die gegenläufigen Interessen bezüglich § 15 Abs. 6 AGG auf Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in, wird dies invisibilisiert. Die Norm kann auch dahingehend rekonstruiert werden, dass durch den Ausschluss des Kontrahierungszwanges primär die Position der Person geschützt wird, welche schlussendlich eine Stelle erhalten hat.[1670] § 15 Abs. 6 AGG mediatisiert damit eine dreipolige Konfliktsituation zwischen Arbeitgeber, diskriminierter Arbeitnehmer*in und eingestellter Person. Um letzterer den Arbeitsplatz zu sichern, wird die diskriminierte Person auf Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche verwiesen, § 15 Abs. 1 und 2 AGG. Diese Re-Konstruktion kann noch weiter ergänzt werden, indem der Schutz von § 15 Abs. 6 AGG nicht auf konkrete Personen, sondern auf das System Organisation bezogen wird: Denn ein Kontrahierungszwang der diskriminierten Person setzt nicht zwingend voraus, dass die dritte Person ihre Stelle verliert. Der Kontrahierungszwang könnte den Arbeitgeber auch dazu verpflichten, eine neue Stelle zu schaffen. Dem könnte man aus individualistischer Sicht die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers entgegenhalten und nur in diesem Kontext ist dieses Argument angemessen. Aus systemtheoretischer Sicht spricht die Eigenrationalität einer Wirtschaftsorganisation dagegen. Denn ein Unternehmer benötigt nur so viele Arbeitnehmer*innen wie für den jeweiligen Organisationszweck benötigt werden. § 15 Abs. 6 AGG schützt damit auch die Systemrationalität von Organisationen, indem dem System nicht mehr

1669 *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 15 Rn. 42; *Horcher*, RdA 2014, 93 (94).
1670 *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Personen zugewiesen werden als für die Erfüllung ihrer Zwecke benötigt. Es zeigt sich, dass ein Kontrahierungszwang hier nicht deshalb abgelehnt wird, weil es die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers beeinträchtigen würde, sondern weil damit die Entscheidungsprozesse innerhalb des Systems (Arbeits-)Organisation und damit auch reflexiv die stattdessen angestellte Person geschützt werden soll. Auf der anderen Seite wird erkannt, dass die Lösung „kein Vertrag" kein interessengerechtes Ergebnis für die diskriminierte Person ist, sodass ihr Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche zustehen. Beim Arbeitsvertrag handelt es sich zudem um ein Paradebeispiel eines *relational contract*.

Eine ähnliche Interessenlage lässt sich auch für den Konflikt um die Stadionverbote beobachten. Die Lösung „kein Vertrag" ist nicht interessengerecht für die Ultras. Wie oben gezeigt werden konnte, bürgen Stadionverbote die Gefahr sozialer Exklusion. Auf der anderen Seite ist aber auch die Lösung „Vertrag durch Kontrahierungszwang" keine interessengerechte Lösung, insbesondere aus der Sicht des DFB und der Vereine: Sowohl die wirtschaftliche Rationalität als auch rechtliche Vorgaben verlangen von ihnen die Gefahrenabwehr (wobei sie zwar auch eigene wirtschaftliche Ziele verfolgen, die Maßnahmen aber auch dem Schutz Dritter dienen). Selbst wenn man den Rechtfertigungsgrund auf „Gefährder" beschränkt, bestand vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das soziale Problem darin, dass zu viele ungefährliche Personen ausgeschlossen wurden. Die „Alles-oder-Nichts"-Lösung des Kontrahierungszwangs versagt damit. Das hat damit zu tun, dass es in dem sozialen Konflikt nicht nur um das mit dem Zuschauervertrag verbundene Interesse auf Zugang und Inklusion geht, sondern um die Art und Weise – um den Prozess – der Vertragsverweigerung bzw. Aussprache von Stadionverboten. Die Theorie der *relational contracts* bestätigt das: Es geht hier nicht um den „Wert" der punktuellen Transaktion, sondern um den größeren Kontext, in dem der Vertrag eingebettet ist. Für solche Fälle versagt der Kontrahierungszwang als interessengerechte Problemlösung. Ein angemessener Interessenausgleich in einem solchen Fall ließe sich nur erreichen, wenn sichergestellt wird, dass ein Zuschauer, dem ein Vertrag verweigert bzw. gekündigt wird, wirklich gefährlich ist.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Prozeduralisierung beim verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch

Eine dogmatische Antwort auf ähnlich gelagerte Fälle hat sich innerhalb des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs über prozedurale Elemente auf Rechtsfolgenseite herausgebildet. Falls ein Aufnahmeantrag nicht aus sachlichen Gründen abgelehnt werden kann, verdichtet sich das Gebot der sachlichen Rechtfertigung hin zu einem Aufnahmezwang.[1671] Da die Aufnahme als Mitglied in einen Verein regelmäßig durch ein Vertragsverhältnis erfolgt,[1672] ist der Aufnahmeanspruch als spezielle Form des Kontrahierungszwangs zu qualifizieren. Darüber hinaus führt die soziale oder wirtschaftliche Machtstellung zu einer Inhaltskontrolle der Satzungsbestimmungen, die die Mitgliedschaft regeln, sowie der Ausschließung von Mitgliedern (Entziehung der Mitgliedschaft)[1673] als eine Form der Beedingung der Mitgliedschaft.

Ergänzt werden der Kontrahierungszwang und die Inhaltskontrolle durch prozedurale Elemente. So muss die Ablehnung mit Gründen versehen werden, damit mit Blick auf die Abhängigkeitssituation des Beitrittswilligen die Ablehnung nachvollziehbar und überprüfbar ist.[1674] Beim Ausschluss hat das jeweilige Mitglied einen Anspruch auf rechtliches Gehör, der sich aus der Treuepflicht des Vereins gegenüber dem Mitglied ergibt und zudem daraus, dass es sich dabei um einen allgemeingültigen Verfahrensgrundsatz handele.[1675] Hier zeigen sich auch Überschneidungen mit dem Stadionverbotsbeschluss, in dem ausdrücklich für die dogmatische Absicherung der Verfahrens- und Begründungspflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht auf die Dogmatik zum Aufnahmezwang bzw. zum Ausschluss von Mitgliedern Bezug genommen wird.[1676]

Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch kann auch in einem engen Kontext zu der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung von Verbandsmaß-

---

1671 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 65.

1672 *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 41; *Schöpflin*, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 32 Rn. 26 f.

1673 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 73, 189: Kehrseite des Aufnahmezwangs ist die Beschränkung des Ausschlussrechts.

1674 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 72, 202; für den Ausschluss *Schöpflin*, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 38 Rn. 38.

1675 *Schöpflin*, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 38 Rn. 37; BGHZ 29, 352 (354 f.). Siehe auch BGHZ 27, 297 (298), wonach ein Verstoß gegen den Grunsatz des rechtlichen Gehörs zur Unwirksamkeit des Ausschlusses führte.

1676 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 47; siehe dazu auch unten § 9 VI 3 d.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nahmen, insbesondere von Sportverbänden, gesehen werden: Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch beschränkt und kontrolliert das Verhalten der (Sport-)Verbände in Bezug auf Mitgliedschaften. Auf die Mitgliedschaften und darauf gerichtete Satzungen ist der Aufnahmeanspruch aber auch begrenzt. Die wettbewerbsrechtlichen Fälle zeigen jedoch, dass Verbände auch jenseits der Mitgliedschaft ihre soziale bzw. sozial mächtige Stellung, insbesondere in wirtschaftlichen Kontexten, ausüben können.[1677] Die Art der Machtausübung wird so gesehen amorpher: Sie wird nicht mehr in rechtlich fest umrissenen Formen (Mitgliedschaft) ausgeübt, sondern auf vielfältige andere Weise.

Diese Beobachtung ist auch für den Stadionverbotsfall relevant. Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch adressiert doch gerade den „Zugang" zu Verbänden. Indem er sich jedoch nur auf mitgliedschaftliche Formen des Zugangs beschränkt, kann – um beim Beispiel der Sportverbände zu bleiben – damit nur die Inklusion der Leistungsrollenträger (Sportler*innen und Vereine) sichergestellt werden bzw. die Inklusions- und Exklusionsregeln des Verbandes überprüft werden. Findet aber Inklusion in das Sportsystem oder in andere soziale Systeme in amorpheren Formen statt oder geht es um die Inklusion der Publikumsrollenträger (Fans) ist der Sachbereich des Aufnahmeanspruchs von vornherein nicht eröffnet. Wertungstechnisch scheint es hier jedoch um vergleichbare Phänomene zu gehen. Eine Weiterentwicklung des Aufnahmeanspruchs erscheint jedoch wenig gewinnversprechend. Seine Funktion und Struktur sind auf die Mitgliedschaft zugeschnitten. Ein Weiterdenken des formalen Konzeptes der rechtlichen Verbandsmitgliedschaft hin zu einem soziologisch inspirierten Mitgliedschaftsverständnis scheint unwahrscheinlich. Das schließt es aber nicht aus, andere dogmatische Instrumente in Erwägung zu ziehen, die diesen Inklusionskonflikt moderieren können. Dabei kann man sich ggf. von den Strukturen des Aufnahmeanspruchs, insbesondere den prozeduralen Elementen, inspirieren lassen.

Die dogmatische Entwicklung des allgemeinen zivilrechtlichen Aufnahmeanspruchs gegenüber Vereinen und Verbänden zeigt bereits, dass dieses Rechtsinstitut auf amorphere Phänomene in der Umwelt des Rechts reagiert hat, was sich primär am Übergang vom Tatbestand der „Monopol-

1677 Die Verbindungslinien offenbaren sich in den jeweiligen Begründungssträngen: Sowohl bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Wertung als auch bezüglich des Aufnahmeanspruchs wird das Ein-Platz-Prinzip von der Rechtsprechung als pauschale (!) Rechtfertigung immer seltener akzeptiert.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

verbände“ hin zum amorpheren Begriff der wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung zeigt. Re-konstruiert man den Aufnahmeanspruch als Zugangsregel, die rechtlich die Inklusion von Personen in unterschiedliche Funktionssysteme der Gesellschaft regelt, sind jedoch zwei weitere Veränderungen hin zu amorpheren Erscheinungsformen denkbar. Zum einen können die Inklusions- und Exklusionsregeln nicht nur von Vereinen oder Verbänden gesetzt werden, sondern auch von anderen kollektiven – oder in seltenen Fällen auch individuellen – Leistungsrollenträgern, z.B. allgemein Unternehmen. Mit diesem Phänomen hat sich bereits die juristische Literatur in Bezug auf den Zugang zum Wirtschaftssystem beschäftigt: Die Setzung von Standards kann auch als Setzung von Inklusions- und Exklusionsregeln beschrieben werden.[1678] Zum anderen – und dies hängt eng damit zusammen, dass nicht nur Vereine Adressaten eines dem Aufnahmezwangs vergleichbaren Anspruchs sein können – kann auch die Inklusion amorphere Formen annehmen. Die Mitgliedschaft ist eine spezielle Form eines Vertrages. Inklusion in Funktionssysteme kann jedoch auch über andere juristische Vertragstypen erfolgen.

Der Abschlusszwang wurde zwar von der Rechtsprechung vom Bezugspunkt der Mitgliedschaft auch auf weitere Bereiche ausgedehnt: Z.B. auf Vereinsleistungen und Vereinseinrichtungen, wenn diese unabhängig von einer Stellung als Mitglied typischerweise auch an Nichtmitglieder erbracht werden.[1679] Damit verbleibt der Bezugspunkt dieses Instituts dennoch mittelbar der Verein bzw. Verband und maßgeblicher Referenzpunkt die Mitgliedschaft. Denn in Bezug auf die Inklusion vermittelt über einen Verein oder einen Verband ist ein Aufnahmeanspruch rechtlich betrachtet nur die *ultima ratio*, die nur dann verhältnismäßig ist, wenn keine milderen Mittel zur Verwirklichung der (Inklusions-)Interessen der Aspiranten in Betracht kommen. Die Ausdehnung des jeweiligen Leistungsangebotes auch auf Nichtmitglieder ist dabei eine der wichtigsten Möglichkeiten.

Dass an diese Öffnungstendenzen angeknüpft werden wird, um damit auch Fälle wie den Stadionverbotsfall zu adressieren halte ich für unwahrscheinlich. Es geht hier immer noch um die Aufnahme in Vereine oder Verbände. Viele Probleme (so auch beim Stadionverbot) entstehen jedoch

1678 Siehe oben § 5 IV 4 a.

1679 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 68 unter Verweis auf BGHZ 207, 144: Hier ging es um die Zulassung zu den Olympischen Spielen 2008, die durch „Qualifikationsrichtlinien“ geregelt wurden. Der BGH qualifiziert das als vorvertragliches Schuldverhältnis und diese Richtlinien als „Verbandsrecht“ (das der Satzung nachgelagert ist, aber dennoch auf ähnliche Weise inhaltlich kontrolliert wird).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in anderen Vertragsbeziehungen, die zwar eine Assoziation zu einem Verband begründen (Unterwerfung unter die SVRL), aber gerade keine Mitgliedschaft.

Es ist daher nicht überraschend, dass vor dem Stadionverbotsbeschluss nicht versucht worden ist, das Problem mit dem Institut des Aufnahmezwanges zu adressieren. Die Mitgliedschaft in einem Verein als formaler Anknüpfungspunkt ist zu gefestigt. Das heißt aber nicht, dass das Recht nicht aus dem Institut des Aufnahmezwanges lernen kann. Man kann beobachten, dass sich jetzt ähnliche Fragestellungen und Konstellationen im allgemeinen Vertragsrecht stellen, die vorher in besonderen Vertragskonstellationen (z.B. bei der Aufnahme in einen Verein) aufgekommen sind. Der Topos der überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich – verstanden als strukturbezogener modaler Machtbegriff – sowie der Gedanke, dass es auf Rechtsfolgenseite um Zugangsgewährung geht und dies mit prozeduralen Elementen abgesichert werden sollte, können generalisiert werden. Es ist dann Aufgabe allgemeinerer Rechtsinstitute dies aufzugreifen und produktiv zu verarbeiten. Wie noch zu zeigen sein wird, erschöpfen sich die Parallelen zwischen dem Stadionverbotsbeschluss und dem vereinsrechtlichen Aufnahmezwang nicht nur in dem Zitat des Bundesverfassungsgerichts. Es ist für mich kein Zufall, dass im Stadionverbotsbeschluss der Maßstäbeteil bezüglicher der Intensität der Privatrechtswirkung der Grundrechte um den Topos der „sozialen Mächtigkeit" erweitert worden ist: Hier zeigt sich ebenfalls eine Generalisierung des Tatbestandes der überragenden Machtstellung eines Vereins. Wie in § 5 gezeigt, sind es jedoch längst nicht mehr ausschließlich Verbände, die in der modernen Gesellschaft eine modal-strukturbezogene Machtstellung innehaben, sodass sie beispielsweise die Inklusion in die Funktionssysteme der Gesellschaft steuern können. Geht es dann um einen Begründungsstrang für prozedurale Pflichten außerhalb des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs, gerät eine Norm in den Blick, die in diesem Kapitel mehrfach Erwähnung fand: der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Horizontalwirkung. Dieser ist Gegenstand des nächsten Kapitels.

V. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurde untersucht, ob und inwieweit der allgemeine Kontrahierungszwang sowie der (allgemeine) verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch responsiv auf den sozialen Konflikt der Stadionverbote wei-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

terentwickelt werden können. Sowohl die freiheitsrechtliche Konzeption des Kontrahierungszwanges als auch die gleichheitsrechtliche Konzeption bieten entweder mit dem offenen Begriff der Angewiesenheit oder mit einer kontextualisierten Rechtfertigungsprüfung Anknüpfungspunkte, um das Institut des Kontrahierungszwanges als Zugangsregel für Inklusions- und Exklusionskonflikte zu deuten und dogmatisch zu interpretieren. Auf Rechtsfolgenseite ist er jedoch nur auf solche Fälle zugeschnitten, die wertungstechnisch durch eine einfache bipolare Entscheidung – Vertrag oder kein Vertrag – gelöst werden können. In multipolaren Rechtsverhältnissen bzw. allgemein in komplexeren Vertragskonstellationen, in denen insbesondere das „wie" des Vertragsschlusses und der Vertragsabwicklung und nicht das „ob" den Konflikt ausmachen, gerät das Rechtsinstitut an seine Grenzen. Es lassen sich jedoch Prozeduralisierungstendenzen beim vereinsrechtlichen Aufnahmeanspruch identifizieren.

In Bezug auf den Aufnahmezwang konnte gezeigt werden, dass dieses Institut responsiv auf soziale Konflikte reagieren kann, in denen es um die Inklusion in bzw. um Exklusion aus vereinsrechtlichen Organisationssystemen geht. Der Aufnahmezwang ist eine spezielle rechtliche Zugangsregel für solche Organisationssysteme. Mittelbar kann dadurch auch Inklusion in soziale Funktionssysteme gewährleistet werden. Sein Anwendungsbereich ist jedoch stark begrenzt: Er erfasst nur Fälle, in denen Inklusion (1.) durch einen Verein organisiert wird und dadurch (2.) die Inklusion nicht nur allgemein Vertragsform, sondern eine spezielle Form annimmt: die Mitgliedschaft. Inklusion nimmt die Form einer Mitgliedschaft in der modernen Gesellschaft aber häufig nur für die Leistungsrollenträger und Publikumsrollenträger als Laienrollenträger an. Im Stadionverbotsfall, in dem Fans in ihrer Publikumsrolle betroffen sind, versagt daher der Aufnahmezwang.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§ 9 Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Beim allgemeinen Gleichheitssatz handelt es sich als Gleichheitsgrundrecht um eine eigenständige Grundrechtskategorie.[1680] Methodisch kann jedoch für die Arbeit an Art. 3 Abs. 1 GG auf die Grundrechtsdimensionen zur Konkretisierung seines Gewährleistungsgehalts zurückgegriffen werden. Die verschiedenen Grundrechtsdimensionen wurden als Strukturbeschreibungen zwar primär für die Freiheitsrechte entwickelt, lassen sich jedoch allgemein grundrechtsdogmatisch auch auf den Gleichheitssatz übertragen, wobei allerdings Strukturbesonderheiten des Gleichheitssatzes berücksichtigt werden müssen.[1681] Das Denken in Grundrechtsdimensionen erlaubt damit eine Analyse des Gleichheitssatzes, welche sowohl Funktion, Struktur als auch Rechtsfolge verbindet. Der allgemeine Gleichheitssatz ist dabei im Gegensatz zu den speziellen Nichtdiskriminierungskriterien des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für die Konstitutionalisierung des Privatrechts von erheblicher Bedeutung. Denn das spezielle Gleichbehandlungsrecht – besonders das Nichtdiskriminierungsrecht – ist weitgehend durch Unionsrecht geregelt,[1682] weshalb soziale Konflikte mit Bezug zu Diskriminierungen anhand der dort gebildeten Normen und Dogmatiken mediatisiert werden (können). Auch wenn das Unionsrecht dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung[1683] folgt, besteht für eine darüberhinausgehende nationale Konstitutionalisierung in der praktischen Rechtsanwendung daher (derzeit) kaum Bedarf.[1684] „Nur im allgemeinen Vertragsrecht spielt Art. 3

1680 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 57.
1681 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 173 f.
1682 Konsequent daher der methodische Zuschnitt bei *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 7.
1683 Siehe dazu *C. Calliess*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 7 – 13.
1684 Ähnlich *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 230: „Art. 3 GG hat damit im Zivilrecht kaum noch Bedeutung; zugleich kann aber die Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ausstrahlen und muss dies sogar, soweit dieses auf zwingendem Unionsrecht beruht." Dieser Gedanke liegt erkenntlich BVerfG, Beschl. v. 23.07.2019, 1 BvR 684/14 – *Alterdiskriminierung* zugrunde; kritisch bezüglich der „ostentative[n] Zurückhaltung" dazu jedoch *Michl*, VerfBlog, 2019/9/05.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

GG nach wie vor eine Rolle, weil es insoweit an einem expliziten einfachrechtlichen Gleichbehandlungsspruch fehlt."[1685]

I. Verfassungs- und grundrechtstheoretische sowie grundrechtsdogmatische Vorannahmen

Aufgrund der Unbestimmtheit der Grundrechte hängt ihre Interpretation und ihre dogmatisch-konstruktive Fortentwicklung maßgeblich von den jeweils getroffenen staats-, verfassungs- und grundrechtstheoretischen Vorverständnissen und Grundannahmen sowie von den jeweiligen politisch-sozialen Gegebenheiten der jeweiligen Zeit ab.[1686] Insbesondere grundrechtstheoretische Voraussetzungen bedingen grundrechtsdogmatische Annahmen und Konstruktionen.[1687] Die Offenlegung und Setzung der maßgeblichen Vorverständnisse bildet damit einen grundrechtstheoretischen – und damit einen nach der Eigenrationalität des Rechts operierenden – Maßstab, nach dem eine grundrechtsdogmatische Konstruktion beurteilt werden kann, und zwar danach, ob sie die durch die Vorannahmen gesetzten Erwartungen erfüllt.[1688] Dies trifft in besonderem Maße auf den allgemeinen Gleichheitssatz zu, weil auch mehr als 70 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes kein Konsens hinsichtlich Struktur, Bedeutung und Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG besteht.[1689] Nachfolgend sollen daher die für diese Untersuchung wesentlichen Vorannahmen geklärt werden.

1. Privatrechtswirkung statt (un)mittelbare Drittwirkung

Eines der wichtigsten Vorverständnisse betrifft die dogmatische Konstruktion der Wirkung von Grundrechten im Privatrecht. Hier wurde der Stadionverbotsbeschluss so gelesen, dass darin die anerkannte Konzeption der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten verworfen worden sei.[1690] Zwar spricht das Gericht von der „mittelbaren Drittwirkung",[1691] Beobach-

1685 *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 228.
1686 Grundlegend *Böckenförde*, NJW 1974, 1529; siehe auch *I. Augsberg/Unger*, in: dies. (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, 2012, S. 11.
1687 *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 126.
1688 Ähnlich *Rusteberg*, Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 128.
1689 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 58.
1690 Deutlich *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (901).
1691 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 31– 33, 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ter*innen wollen jedoch der Sache nach eine unmittelbare Drittwirkung erkennen.[1692] Teilweise wird vertreten, dass eine Drittwirkung der Gleichheitssätze nur eine unmittelbare sein kann.[1693] Meines Erachtens nach sind diese Kritikpunkte am Stadionverbotsbeschluss u.a. auf eine überkommene Taxonomie von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung als einzige Kategorien zurückzuführen, mit denen die Einwirkung von Grundrechten in Privatrechtsverhältnisse gedacht wird.

Die Einwirkung von Grundrechten in das Privatrecht soll hier als Privatrechtswirkung bzw. synonym als Horizontalwirkung der Grundrechte und nicht als Drittwirkung von Grundrechten[1694] bezeichnet werden. Grund dafür ist, dass der Begriff der Drittwirkung impliziert, Grundrechte müssten auch in ihrer Horizontalwirkung staatsbezogen konzipiert werden, wodurch von vornherein nur bestimmte dogmatische Konstruktionen in Betracht kommen.[1695] Abgelehnt wird hier auch der Begriff der „Grundrechtsbindung Privater", der den Topos einer unmittelbaren Drittwirkung[1696] ersetzen soll. Beide Begriffe, also Grundrechtsbindung und unmittelbare (Dritt-)Wirkung, sind irreführend: Sie suggerieren, dass es Situationen gibt, in denen Privatrechtsakteur*innen *von vornherein*, also ohne eine Abwägung mit oder Berücksichtigung von anderen Grundrechtspositionen, die Grundrechte so beachten müssten wie der Staat.[1697] Nach hier vertretener Auffassung müssen in Horizontalwirkungskonstellationen die Grundrechte der beteiligten Akteure immer in Ausgleich miteinander gebracht

1692 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904, 910); *Michl*, JZ 2018, 911 (915 f., 918). Siehe auch die Auswertung bei *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 91 f. Fn. 226.

1693 Allgemein *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 337; vgl. dazu auch unten § 9 V 1 a, c.

1694 Dafür jedoch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 10: „Dieser Begriff beschreibt anschaulich Inhalt und Grenzen der dogmatischen Erörterung. Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht wird allein unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte betrachtet. Darüber hinaus ist die grundrechtsdogmatische Fragestellung wiederum begrenzt auf auf die Grundrechtsbindung: Können private Rechtssubjekte als *Dritte* neben dem Staat Adressaten der Grundrechte anderer privater Rechtssubjekte sein?".

1695 Überzeugend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 18 – 20.

1696 Die Gleichsetzung von unmittelbarer Drittwirkung und Grundrechtsbindung Privater wird deutlich bei *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 11, 22; mit dem Konzept der Grundrechtsbindung Privater verwandt ist das Konzept einer intensiveren Drittwirkung von *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023, insb. S. 81 – 83.

1697 Deutlich das Konzept von *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 182 – 230.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden.[1698] Das schließt nicht aus, dass das Ergebnis dieser heuristischen Abwägung einer Grundrechtswirkung gegenüber einem privaten Akteur entspricht, die der Grundrechtswirkung gegenüber dem Staat nahe kommt oder sogar entspricht.[1699] Der Begriff der „Grundrechtsbindung" ist dann aber nur ein beschreibend-phänomenologischer ohne normativen Gehalt: Er beschreibt solche Horizontalwirkungskonstellationen – z.B. wie im Fall *Bierdosenflashmob* oder *Stadionverbot* –, in denen nach einer heuristischen Abwägung eine Grundrechtsposition derart überwiegt, dass der Gewährleistungsgehalt anderer Grundrechtspositionen in den Hintergrund gerät, sodass die grundrechtlichen Anforderungen beispielsweise an ein Hausverbot so hoch sind, dass sie an staatliche Bindungen erinnern.[1700]

Ausgangspunkt einer heutigen Diskussion muss dabei sein, dass klar ist, dass Grundrechte im Ergebnis in das Privatrecht hineinwirken,[1701] jedoch über das „wie" gestritten wird.[1702] Als gesichertes Wissen gilt heute, dass die Diskussion um die „richtige" Privatrechtswirkungskonstruktion schon immer von den jeweiligen vorherrschenden Gesellschafts- und Staatsverständnissen[1703] sowie insbesondere die Anfangszeit durch den Kompetenzkon-

1698 Wie hier *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 157 – 160, 232, 420; aus grundrechtstheoretischer Perspektive *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (720).

1699 In diesem Sinne verstehe ich die Ausführungen von BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6 im Maßstäbeteil bezüglich einer intensiveren Grundrechtswirkung.

1700 Ähnlich kritisch gegenüber dem Topos der staatsähnlichen Grundrechtsbindung Privater *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (23): „Zunächst muss man sich angesichts der verbreiteten, zumeist alarmierten Rede von staatsähnlichen Grundrechtsbindungen Privater in Erinnerung rufen, dass es in der Diskussion eigentlich nicht um grundrechtliche Bindungen privater Akteure geht, sondern um die rechtliche Anerkennungsfähigkeit privat gesetzter verbindlicher Konfliktentscheide. Die nach dem Recht bestehenden Gestaltungsbefugnisse (Kündigung, Hausverbot, verweigerter Vertragsschluss) bzw. deren rechtliche Gewährleistung, Bewehrung und Durchsetzung müssen sich vor den Grundrechten beider Seiten, die von einem Konfliktentscheid betroffen sind, rechtfertigen können."

1701 Siehe jedoch zu den heute weitgehend irrelevanten Ablehnungskonstruktionen *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 139 – 153; vgl. im Kontext von Art. 3 Abs. 1 GG unten § 9 III 2.

1702 *Säcker*, in: MüKo-BGB, Einleitung, Rn. 64.

1703 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 7 f. sowie S. 8 – 30 für eine historisch, sozial-kontextualisierte Darstellung.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

flikt zwischen Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht[1704] geprägt war.

Diese Arbeit erblickt in einer erneuten Diskussion um die „richtige" allgemeine Horizontalwirkungskonzeption keinen großen Erkenntnisgewinn. *Kulick* konnte hier zeigen, dass alle dogmatischen Konstruktionen im Wesentlichen zu vergleichbaren Ergebnissen kommen (können). Entscheidender sind vielmehr die auf alle Konzeptionen übertragbaren Wertungen bezüglich Staatsverständnis und Freiheitsverständnis sowie die Arbeit an konkreten Grundrechten.[1705] Dieser Forschungsstand, auf dem diese Untersuchung aufbauen möchte, soll nachfolgend kurz nachgezeichnet werden.

a. Anwendungskonstruktionen

Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde historisch zunächst eine Konstruktion der Privatrechtswirkung der Grundrechte vorgeschlagen, die eine Anwendung der Grundrechte auch in Privatrechtsverhältnissen präferiert.[1706] Hintergrund war die bereits oben erwähnte Beobachtung von sozialen Machtstellungen in der Gesellschaft, insbesondere von Gewerkschaften und Verbänden sowie die Stellung des Arbeitgebers gegenüber der Arbeitnehmer*in, vor denen Privatrechtsakteure ähnlich wie vor dem Staat durch Grundrechte geschützt werden müssten. Diese Anwendung von Grundrechten im Privatrecht ist gleichbedeutend mit dem Topos der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, weil es hier darum geht, dass die Zivilrichter*in unmittelbar auf die Grundrechte zur Lösung des Rechtsstreits zurückgreifen soll, die Grundrechte also – notfalls ohne das einfache Recht bzw. entgegen diesem – anwenden soll.

1704 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 75: „Einen wichtigen Aspekt des Verhältnisses von Anwendungs- und Auslegungskonstruktionen betreffen Kompetenzfragen."

1705 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 153 – 183; ähnlich in der Dichotomie mittelbar – unmittelbar *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 28; deutlich zur Ergebnisäquivalenz *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (352): „*The practical difference between indirect and direct effect, however, ist negligeable. It concers merely the formal construction of the legal issue and has no implications whatsoever for questions relating to substantive outcomes […].*"

1706 *Nipperdey*, RdA 1950, 121; *ders.*, in: FS Molitor, 1962, S. 17; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, insb. S. 358 f., 385.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bekanntermaßen hat sich diese Anwendungskonstruktion nicht durchgesetzt.[1707] Gegen die Anwendungskonstruktion wurden ganze Salven an Gegenargumenten abgefeuert:[1708] Die Gleichrangigkeit der Privatrechtssubjekte verbiete einen unmittelbaren Rückgriff auf die Grundrechte, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG folge, dass lediglich der Staat an die Grundrechte gebunden sein könne, die Schrankensystematik der Grundrechte beziehe sich ausschließlich auf den Staat und zuletzt müssten Grundrechte an ihrem historischen Ursprung als Abwehrrechte gegen den Staat festgehalten werden. Was heute leider immer noch übersehen wird, ist, dass keines dieser dogmatischen Argumente jemals gänzlich überzeugt hat:[1709] Beispielsweise ist die Formulierung in Art. 1 Abs. 3 GG nicht als Ausschluss, sondern als Betonung zu verstehen: Um sich von der schlichten Programmsatzfunktion der Grundrechte unter der WRV abzusetzen, wurde extra betont, dass alle staatliche Gewalt unmittelbar – und nicht erst über das positive untergesetzliche Recht – an die Grundrechte gebunden sein soll.[1710]

Der eigentliche Grund, warum sich die anderen dogmatischen Konstruktionen durchgesetzt haben, liegt vielmehr darin, dass in der Rechtsprechung des BGH unter dem Grundgesetz ein neues Aufblühen des Naturrechtsdenkens sowie eine starke Klägerfixiertheit erkennbar wurde.[1711] Unter diesen Voraussetzungen hätte die Anwendungskonstruktion dazu führen können, dass die Grundrechte – als unmittelbare Rechtsschöpfungsquelle für Zivilgerichte – für diese beiden Tendenzen instrumentalisiert

1707 Siehe jedoch das Revival bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 46 – 80; 404 – 436.

1708 Eine gute Übersicht der klassischen Kritik an einer unmittelbaren Drittwirkung gibt *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 16 – 22; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 14; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (204 – 206).

1709 Ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 227 – 234; eine intensive Auseinandersetzung mit den Argumenten gegen eine unmittelbare Drittwirkung unternimmt auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater 2021, S. 99 – 128, den im Ergebnis die Kritik nicht völlig überzeugt.

1710 Ohne den Bezug zur Privatrechtswirkung *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 71, dann aber Rn. 73: „Anders als Art. 1 Abs. 2 liefert er keinen – auch keinen vorsichtigen – Ansatzpunkt für eine Drittwirkung der Grundrechte, lässt indes auch nicht den Umkehrschluss zu, nur Hoheitsträger seien gebunden. Art. 1 Abs. 3 spricht schlicht von der Grundrechtsbindung aller drei staatlichen Gewalten – die er *expressis verbis* aufführt und so den Gewaltenteilungsgrundsatz mitnormiert –, er sagt aber nichts darüber aus, ‚wie', dh in welchen Dimensionen, sie gebunden sind und ob die grundrechtliche Bindungswirkung über die staatlichen Gewalten hinausweist."

1711 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 61 – 63, 74 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden können, wodurch die Kompetenzen des BGH noch weiter gestärkt worden wären. Das Bundesverfassungsgericht musste sich in *Lüth* mit einer anderen Konstruktion institutionell behaupten.[1712]

Inhaltlich könnten heutige Privatrechtswirkungsfälle auch mit einem Anwendungsmodell gelöst werden. Schon damals wurden die potentiellen Gefährdungen für die Freiheit Privater überzeichnet. Zumindest heute muss klar sein, dass die Wirkung von Grundrechten, auch wenn sie „unmittelbar angewendet" werden, gegenüber Privaten eine andere sein muss als gegenüber dem Staat. Anders formuliert: Auch Anwendungskonstruktionen wägen die anzuwendenden Grundrechte untereinander ab[1713] und berücksichtigen zunächst, inwieweit der Grundrechtskonflikt über Gesetzesrecht mediatisiert ist.[1714] Die Ergebnisse entsprechen daher regelmäßig denen anderer Konstruktionen.

Es gibt jedoch einen Vorteil von Anwendungskonstruktionen, der erst in rechtspluralistischen bzw. transnationalen Kontexten sichtbar wird: Da Anwendungskonstruktionen Grundrechtsverhältnisse „unmittelbar" zwischen den Privaten konstruieren, sind sie potentiell anderen Horizontalwirkungskonstruktionen in den Konstellationen überlegen, in denen Grundrechtskonflikte nicht vor staatlichen Gerichten, sondern vor privaten Entscheidungsstellen – wie z.B. Schiedsgerichten – ausgetragen werden.[1715] Man kann es sich jedoch nicht so unkompliziert machen wie dies *Kulick* suggeriert: Dass ein Grundrechtsverhältnis zwischen den privaten Akteur*innen besteht ist nur ein erster Schritt. In einem zweiten Schritt müsste begründet werden, dass und warum eine private Entscheidungsstelle dieses[1716] Grundrechtsverhältnis auch berücksichtigen muss. Oder mit anderen Worten: Es muss weiter begründet werden, warum die private Entscheidungsstelle die Grundrechte als (letztverbindlichen) Entscheidungsmaßstab heranzie-

1712 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 75: „Einen wichtigen Aspekt des Verhältnisses von Anwendungs- und Auslegungskonstruktionen betreffen Kompetenzfragen."; vgl. dort auch S. 88 – 91, 97 – 99.

1713 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 157 – 180.

1714 Zu einem solchen zweistufigen Anwendungsmodell *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 76 – 80.

1715 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 398 – 400, 411 f.

1716 Weiterhin müsste begründet werden, warum es gerade die deutschen Grundrechte des Grundgesetzes sind, die entscheidungserheblich werden – in transnationalen Kontexten könnten es auch beispielsweise die französischen oder US-amerikanischen Grundrechtsbestimmungen sein; siehe zu dieser „transnationalen Wirkung" von Grundrechten *Viellechner*, in: Vesting/Korioth/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 295.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen muss und nicht nach anderen Kriterien entscheiden darf. Die Frage nach Grundrechten als Entscheidungsmaßstab stellt sich nicht in nationalstaatlichen Kontexten, weil aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG nicht weiter begründet werden muss, dass die Grundrechte grundsätzlich den Entscheidungsmaßstab für staatliche Gewalten, also auch für staatliche Gerichte, bilden. Dieses Problem kann daher für diese Untersuchung dahinstehen: Diese Arbeit beschränkt die betrachteten Fälle der Gesellschaft auf Konstellationen, in denen der soziale Konflikt schlussendlich vor einem deutschen, staatlichen Gericht ausgetragen wird.

b. Verantwortungskonstruktionen

Die Konstruktionsvorschläge, die sich in Deutschland durchgesetzt haben, können als Verantwortungskonstruktionen bezeichnet werden, wobei zwischen einer Auslegungskonstruktion sowie einer Privatrechtswirkung aufgrund normaler Grundrechtsfunktionen unterschieden werden kann. Gemeinsames Merkmal beider Konstruktionen ist ihre strikte Staatsgerichtetheit.[1717]

Bezüglich der Auslegungskonstruktionen hat *Dürig*[1718] als erster in der Literatur eine ausgearbeitete Dogmatik vorgelegt, in der eine Grundrechtskollision über eine Mediatisierung durch Auslegung des einfachen Rechts vorgenommen werden soll.[1719] Bekanntermaßen griff das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich und rechtshistorisch nachweisbar im Lüth-Urteil[1720] auf diese Konzeption von *Dürig* zurück,[1721] indem (1.) die Grundrechte als objektive Werteordnung aufgestellt wurden, (2.) sie daher in das Privatrecht einstrahlen und (3.) der Richter*in die verfassungsrechtliche Verpflichtung zukomme, ihre Wirkung über die Auslegung des einfachen Rechts sicherzustellen. Allerdings „zähmte" das Bundesverfassungsgericht die naturrechtliche Wertediskussion, die *Dürigs* Ansatz noch zugrunde lag und hob die positivierten Grundrechte als maßgebliche Werteordnung her-

1717 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 160.
1718 *Dürig*, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157.
1719 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 81 f.; siehe dort in Fn. 201 auch zu früheren Ansätzen, auf denen *Dürig* aufbaute.
1720 BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958].
1721 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vor.[1722] *Lüth* kann als Verantwortungskonstruktion gesehen werden, da den Richter aus Art. 1 Abs. 3 GG die Verantwortung treffe, die Wirkung der Grundrechte auch im Privatrecht sicherzustellen.[1723]

Bis heute hält sich diese Konzeption der Privatrechtswirkung der Grundrechte in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts[1724] – auch im Stadionverbotsbeschluss[1725]. Ein wesentlicher Grund dafür, muss in der Offenheit der verwendeten Begriffe gesehen werden: „Offen bleibt der konkrete Einwirkungsmodus, die Reichweite der Beeinflussung der Privatrechtsinterpretation und damit letztlich der Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Es liegt nahe, in dieser Offenheit einen der Hauptgründe für die Konsistenz der Rechtsprechung zum Drittwirkungsproblem seit dem Lüth-Urteil zu sehen."[1726]

Bei der Auslegungskonstruktion ist das Abwägungsbedürfnis der Grundrechte untereinander deutlich, wobei unterschiedliche Ebenen unterschieden werden müssen: Zunächst werden die Gewährleistungsgehalte der Grundrechte untereinander (Grundrechtsverhältnis) abgewogen. Daraus resultiert, dass und unter welchen Umständen eine Grundrechtsposition überwiegt. Anschließend wird das einfache Recht danach abgeklopft, ob es einen geeigneten Anknüpfungspunkt dafür gibt, dieses Abwägungsergebnis über eine Auslegung zu erreichen. Dabei sind es nicht nur die in *Lüth* lediglich akzentuierten Generalklauseln, die unter dem Brennglas dieses Abwägungsergebnisses ausgelegt werden müssen, sondern jede Privatrechtsnorm.[1727] Ist dies nicht möglich, muss dennoch das verfassungsrechtlich vorgegebene Ergebnis erreicht werden. Dazu können dann unmittelbar aus den Grundrechten Rechtspositionen hergeleitet werden, was den Anwendungskonstruktionen in diesem Schritt nahekommt.[1728] Dieser letzte Schritt ist wahrscheinlich derjenige, den die Kritiker einer unmittelbaren Drittwirkung nicht mitgehen wollen, was an der Kritik bezüglich der Ab-

1722 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 84 f.; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 11.

1723 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 86 f.; die verfassungsrechtliche Prüfpflicht der Richter*in, inwieweit die Grundrechte im konkreten Fall zu Modfikationen des Privatrechts führen, betont *Michl*, JURA 2017, 1062 (1064).

1724 Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76.

1725 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 32.

1726 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16.

1727 St. Rspr. BVerfGE 112, 332 (358); 129, 78 (102); 142, 74 (101); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 54.

1728 Zu diesem Prüfprogramm *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 194 – 201, der dies als „Verfassungskonforme Auslegung plus" bezeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

leitung der Verfahrensanforderungen unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG im Stadionverbotsbeschluss deutlich wird.[1729]

Von dieser Auslegungskonstruktion ist die Privatrechtswirkung von Grundrechten über die normalen Grundrechtsfunktionen zu unterscheiden. Den ersten Ansatz in diese Richtung hat *Canaris* vorgeschlagen, indem er die Privatrechtswirkungsfälle entlang der anerkannten Grundrechtsdimensionen – Abwehr- und Schutzdimension – rekonstruierte.[1730] Indem diese Konstruktion an allgemeine Grundrechtslehren anknüpft, grenzt sie sich durch ein höheres Maß an dogmatischer Präzision im Vergleich zur Auslegungskonstruktion mit dem – zugegebenermaßen – wenig konturierten Begriff der „Ausstrahlungswirkung" ab.[1731] Vertreter*innen dieser Konzeption knüpfen entweder an der anerkannten Abwehrdimension der Grundrechte,[1732] an der Schutzpflichtendimension[1733] oder an beiden[1734] an.

Im Wesentlichen geht es jedoch um die Schutzpflichtendimension. Die dogmatische Neuorientierung wurde in den 80er Jahren durch die allgemeine Wiederentdeckung staatlicher Schutzpflichten im Kontext der Gefahren und Risiken der modernen Industriegesellschaft ausgelöst und dem Staat eine Garantiefunktion für den Schutz der Rechte Privater zugeschrieben.[1735] Die Schutzpflichtenkonstruktion wird von einigen als die einzig überzeugende dogmatische Konzeption der Grundrechtswirkung im Privatrecht gesehen.[1736] Zumindest gilt sie aber in der Literatur wohl als herrschend.[1737] Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlichen Schutzpflicht[1738] wurden herangezogen, um die Schutzpflichten auch für die Privatrechtswirkung fruchtbar zu machen.[1739] Eine Begrün-

1729 Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 207 – 211 im Kontext des Stadionverbotbeschlusses als Grenzfall zwischen Anwendungs- und Auslegungskonstruktion.

1730 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (212 – 245); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 – 70.

1731 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 100 f.

1732 So *Michl*, JURA 2017, 1062 (1066 f.).

1733 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 252 f.; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2013, S. 271 – 322; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 73.

1734 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 – 70; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 55.

1735 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 20 f.

1736 Vgl. *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 73; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (549 – 551); ähnlich auch *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (84 f.).

1737 So *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 102, 105.

1738 BVerfGE 39, 1 – *Abtreibung I*; E 49, 89 – *Kalkar I*.

1739 *Starck*, JuS 1981, 237 (244 f.); *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (225 – 229).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung der Privatrechtswirkung von Grundrechten ausschließlich über ihre Schutzpflichtendimension gerät jedoch an ihre Grenzen, wenn es um die Austarierung von vertraglichen Pflichten geht – welche Person im vertraglichen Kontext vor wem geschützt werden muss, ist nicht eindeutig.[1740]

Trotz der vermeintlich dogmatischen Präzision unterscheidet sich dieser Vorschlag nicht so stark von der Auslegungskonstruktion.[1741] Denn in der Praxis müssen auch Vertreter*innen der normalen Grundrechtsfunktionen sowohl die Grundrechte als auch das im Fall anwendbare Privatrecht auslegen. Der Unterschied besteht vielmehr in einem anderen institutionellen Anknüpfungspunkt: Die normalen Grundrechtsfunktionen nehmen immer die Perspektive der jeweils nächst höheren Gerichtsinstanz an und setzen damit immer ein erstinstanzliches Urteil voraus. Je nach Auskommen des ersten Urteils und in Abhängigkeit von der Person, welche den Instanzenzug weiter ausschöpft, stellt sich das vorherige Urteil aus der Sicht des höheren Gerichts entweder als Schutz- oder als Eingriffskonstellation dar.

c. Zurechnung

Eine dogmatische Konstruktion, die sich in Deutschland nicht durchsetzen konnte ist die Zurechnungskonstruktion. Im deutschen Grundrechtsdiskurs hat hier insbesondere *Schwabe* ein Modell vorgestellt.[1742] Danach handele es sich bei der Privatrechtswirkung der Grundrechte lediglich um ein dogmatisches Scheinproblem, denn dass der Staat – auch die Gerichte – die Grundrechte beachten muss, sei unstreitig. Wenn ein sozialer Konflikt zwischen zwei Privatrechtsakteuren vor Gericht ausgetragen wird, so muss dieses grundrechtsgebundene Gericht die Grundrechte der beiden Privaten berücksichtigen. Das ursprünglich private Verhalten werde dem Staat als Eingriff zugerechnet, wenn das Gericht die Grundrechte nicht hinreichend beachte.[1743] Der Entstehungskontext dieser Zurechnungskonstruktion liegt

1740 Zutreffend *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (86 – 88) am Beispiel der Parabolantenne.
1741 Zum Folgenden *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 118 f.
1742 *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung, 1971, S. 15, 88 – 97; ähnlich auch *Lübbe-Wolf*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 159 – 174.
1743 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 133 – 136.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in der vorherrschenden Sicht der 70er Jahre, die die Allgegenwärtigkeit, Allmacht und insbesondere die Allverantwortung des Staates widerspiegelt.[1744]

Zurecht wurde gegen diese Konzeption eingewendet, dass sie dogmatisch nicht erklären könne, warum und unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Grundrechte der Privaten berücksichtigen müsse: Zwar sei das Gericht grundrechtsgebunden, was zunächst bedeutet, dass es im Verfahren die körperliche Unversehrtheit der Beteiligten sowie ihre Verfahrensgrundrechte beachten muss. Die Zurechnungskonstruktion arbeitet mit der Prämisse, dass Grundrechtsbindung eine allumfassende Bindung bedeute, was jedoch nicht begründet wird.[1745] Die Zurechnungskonstruktion kommt ohnehin praktisch zu gleichen Ergebnissen wie die Auslegungs- und Anwendungskonstruktion.[1746]

2. Grundrechtsfunktionen und -dimensionen

Ein weiteres Vorverständnis bezüglich der Grundrechte betrifft einen Schnittbereich zwischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik. Der Gewährleistungsgehalt[1747] eines Grundrechtes wird in dieser Untersuchung in verschiedene Grundrechtsfunktionen[1748] bzw. -dimensionen[1749] eingeteilt.[1750] Beide Begriffe können grundsätzlich synonym verwendet

1744 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 17; *Isensee*, in: HStR IX, 2011, § 191, Rn. 256 – 262: „etatistische Konvergenztheorie".

1745 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 136.

1746 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 138.

1747 Grundlegend dazu *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, 2004, S. 53; *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 169 – 233; terminologisch bereits zuvor *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165 (174 f.) jedoch mit einer anderen – die Abwehrdimension der Grundrechte konservierenden – Stoßrichtung; kritisch jüngst *Muckel*, VVdStRL (2020), S. 245 (252). Auch die jüngere Rspr. des BVerfG greift – hier im Kontext der Horizontalwirkung (!) – auf diesen Begriff zurück: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 89, 96; siehe auch im Vertikalverhältnis BVerfG, Beschl. v. 08.06.2021, 1 BvR 2771/18 – *IT-Sicherheitslücken*, Rn. 30 f.

1748 Aus jüngerer Zeit *Sander*, Verstärkungswirkung unter Grundrechten, 2019, S. 161 – 163; *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch (Hrsg.), Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21.

1749 Von subjektiven und objektiven Gehalten sowie materiellen und prozeduralen Dimensionen sprechen *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 70, dann aber Rn. 72: Grundrechtsfunktionen.

1750 Grundlegende Kritik bei *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (21 – 31); dagegen zutreffend *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 53 – 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden,[1751] jedoch bietet sich eine leichte Differenzierung an: „Grundrechtsfunktion" soll hier als grundrechtstheoretischer Begriff verwendet werden. Grundrechtsfunktionen bezeichnen dann auf einer rechtstheoretischen Ebene die Funktionen, die Grundrechte in der Gesellschaft erfüllen. Es handelt sich damit um grundrechtstheoretische Funktionsbeschreibungen wie sie diese Untersuchung auf rechtstheoretischer Ebene für das Privatrechtsinstitut des Vertrages unternommen hat.[1752] Grundrechten kommt so beispielsweise eine Entdifferenzierungsverbotsfunktion, eine demokratische Funktion[1753] und eine Apellfunktion zu.[1754] „Grundrechtsdimension" ist hingegen ein dogmatischer Begriff, der den alten Begriff der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte ablöst.[1755] Um diesen Unterschied an einem klassischen Beispiel zu verdeutlichen: Die Versammlungsfreiheit ist nicht nur Abwehrrecht gegen den Staat, sondern weist dogmatisch auch eine Schutzpflichtendimension dahingehend auf, dass der Staat friedliche Versammlungen ermöglichen und sie vor Störungen schützen muss.[1756] Indem Personen in Versammlungen ihre (politische) Meinungen kollektiv ausdrücken können, und somit potentiell auf den politischen Diskurs einwirken können, kann die Versammlungsfreiheit als ein Grundrecht beschrieben werden, dass der politischen Demokratie dient, also eine demokratische Funktion – eine bestimmte Funktion für das politische System – erfüllt.[1757] Ihr kommt eine Teilnahmedimension zu.[1758]

Bei der Arbeit mit Grundrechtsdimensionen geht es um die Frage, von welcher Art die Wirkungen und Rechtsfolgen sind, die sich aus den Grundrechten ergeben. Grundsätzlich können dabei Abwehr-, Schutz,

1751 So auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 62 f.; jeweils eigenständiger Begriffsgehalt bei *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (353).

1752 Siehe oben § 2 V; § 3; § 4 V.

1753 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 38 – 41.

1754 Siehe zu diesen Funktionen *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (42 – 45).

1755 Siehe *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 21 – 27 zur Begriffsentwicklung Werteordnung – objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte – Grundrechtsfunktionen bzw. -dimensionen; ähnlich auch *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (38 – 41); vgl. auch *Sachs*, in: ders., GG, Vor Art. 1 Rn. 31 – 38; 42 – 49.

1756 Ausdrücklich die Dimensionenterminologie bei *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 97.

1757 Ausdrücklich die Funktionsterminologie bei *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 10, 12 – 15.

1758 Siehe dazu unten Fn. 1901 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Leistungs- und Teilhabedimensionen unterschieden werden.[1759] Dazu quer liegen die Verfahrens- und Organisationsdimension sowie die Ausgestaltungs- und Ausstrahlungsdimension; diese Dimensionen liegen quer, weil sie die Hauptfunktionen lediglich unterstützen bzw. ergänzen.[1760] Bezüglich bestimmter Grundrechte ist es dabei (1.) nicht immer möglich, alle Dimensionen konstruktiv zu begründen oder u.U. können bestimmte Grundrechte (2.) nur eine einzige Dimension aufweisen.[1761] Zentral beim Denken der Grundrechte in verschiedenen Dimensionen ist, dass immer noch der Leitgedanke der Grundrechte von Freiheit und Selbstbestimmung bleibt; es geht jedoch darum, mit mehreren Grundrechtsdimensionen auf moderne Kontexte der Freiheitsausübung reagieren zu können.[1762]

Eine Auseinandersetzung besteht dabei, welcher Stellenwert der Ausstrahlungsdimension der Grundrechte im Verhältnis zu den übrigen Grundrechten zukommt. *Jarass* weist zutreffend[1763] darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Ausstrahlung und Auslegung keinen Unterschied zwischen einer Abwehr- oder Schutzsituation[1764] macht, sondern einheitlich vorgeht: „Es bringt die Figur der Ausstrahlungswirkung ohne weitere Differenzierungen zum Einsatz, unabhängig davon, ob es im konkreten Fall eher um die Abwehr oder um den Schutz gegenüber Dritten geht. Dies führt dazu, dass die Ausstrahlungswirkung nicht als bloße Hilfsfunktion bedeutsam wird, sondern einen eigenständigen Charakter erlangt. Insgesamt bildet die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Bereich der Auslegung und Anwendung privaten Rechts eine spezifische Grundrechtsfunktion."[1765] Dieser Beschreibung ist zunächst zuzustimmen. Allerdings muss eine rechtswissenschaftliche Untersuchung nicht zwingend bei der Begründung von Grundrechtsdimensionen am Wortlaut von Gerichtsentscheidungen festhalten. Der Grund für die undifferenzierte Anwendung des Gerichts liegt nicht darin, dass es der Ausstrahlungswirkung

1759 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 42; *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 1.
1760 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 2.
1761 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 71.
1762 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 50; *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (41 f.).
1763 Siehe zum Vorgehen des BVerfG in Fällen der Privatrechtswirkung oben § 9 I 1.
1764 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 62 f. erkennt lediglich die Abwehr- und Schutzfunktion im Privatrecht – zumindest ausdrücklich nur bezüglich Gesetze – an.
1765 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

besonderes Gewicht zumessen möchte, sondern vielmehr darin, dass eine undifferenzierte Anwendung der Grundrechtsdimensionen einen größeren Spielraum bei der Entscheidungsfindung zulässt.[1766] Zudem: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht dies nicht ausdrücklich macht, können die Entscheidungen jeweils unterschiedlichen Funktionen zugeordnet werden; dass über die überzeugendste Zuordnung gestritten wird,[1767] ist dabei kein Nachteil, sondern gerade produktiv für das wissenschaftliche Verständnis der einzelnen Dimensionen. Die Erstreckung aller Grundrechtsfunktionen auf das Privatrecht bietet damit einen analytischen Vorteil. Zudem wird sich bei der Anwendung dieser Methode auf den Stadionverbotsbeschluss zeigen, dass sich auch diese Fallkonstellation einer Grundrechtsdimension zuordnen lässt: der Teilhabedimension.[1768]

Für diese Untersuchung bietet das Vorverständnis der Grundrechtsdimensionen einen spezifischen Vorteil: Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen steht die konstruktive Frage der Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Zuvor konnte bereits gezeigt werden, dass allgemeine Privatrechtswirkungsdebatten nicht zielführend sind.[1769] Stattdessen sollten methodisch überzeugender die Grundrechtsdimensionen auch für die Privatrechtswirkung der Grundrechte fruchtbar gemacht werden und dabei jeweils spezifisch an einzelnen Grundrechten gearbeitet werden.[1770] „Die Erörterung und praktische Handhabung der Privatrechtswirkung der Grundrechte hat sich mittlerweile vollständig von der Eindimensionalität der Drittwirkungsfrage auf die objektivrechtlichen Funktionen der Grundrechte verlagert."[1771] Das Denken in Grundrechtsdimensio-

1766 So *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16: „Offen bleibt der konkrete Einwirkungsmodus, die Reichweite der Beeinflussung der Privatrechtsinterpretation und damit letztlich der Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Es liegt nahe, in dieser Offenheit einen der Hauptgründe für die Konsistenz der Rechtsprechung zum Drittwirkungsproblem seit dem Lüth-Urteil zu sehen."

1767 Instruktiv der Versuch von *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37 – 90, der die Entscheidungen des BVerfG der Abwehr- oder der Schutzpflichtendimension zuordnet; besonders in vertragsrechtlichen Konstellationen ist jedoch eine Zuordnung nur schwer möglich, da es hier immer um die gegenseitige Zuordnung vertraglicher Rechte und Pflichten geht, überzeugend *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (86 – 88).

1768 Siehe dazu unten § 9 IV.

1769 Siehe oben § 9 I 1.

1770 So *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 29.

1771 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen[1772] bietet „die Möglichkeit, die unspezifische Anwendung der objektiven Grundrechtsordnung auf die Privatrechtsordnung einschließlich der diffusen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu ersetzen durch eine an den einzelnen Funktionen der Grundrechte ausgerichteten Formulierung relativ bestimmter Grundrechtstatbestände".[1773] Damit muss die Ausstrahlungswirkung bzw. Drittwirkung als eigenständige Grundrechtsdimension aufgegeben werden,[1774] und stattdessen ihre tatsächlichen Ausprägungen den jeweiligen Grundrechtsdimensionen zugeordnet werden.[1775] Nach *Ruffert* geht dabei aber die Privatrechtswirkung der Grundrechte weitgehend[1776] in der von ihm präferierten Schutzpflichtendimension auf.[1777] Dem wird hier nicht gefolgt. Jede Grundrechtsdimension kann potentiell Privatrechtswirkung entfalten.

Wichtig ist dabei, dass Art. 1 Abs. 3 GG keine Aussage entnommen werden kann, welche Funktionen oder Dimensionen Grundrechte haben. Die Funktionen eines Grundrechts und das Verhältnis unterschiedlicher Dimensionen eines oder unterschiedlicher Grundrechte zueinander ist jeweils für jedes Grundrecht gesondert zu bestimmen.[1778] Dadurch stellen sich jedoch Probleme einer solchen dimensionengeleiteten Methode: Zunächst stellt sich die Frage, wie genau die Herleitung einzelner Grundrechtsdimensionen (generalisiert) auf verfassungsrechtlicher Ebene erfolgen sowie die sich daran anschließende Frage, ob diese identifizierte Dimension auch (re-spezifiziert) auf das Privatrecht hin angewendet werden kann bzw. sollte.[1779] Die Untersuchung des allgemeinen Gleichheitssatzes hat damit folgende Fragen zu beantworten: Welche Dimensionen weist Art. 3 Abs. 1 GG allgemein auf? Auf welche Dimensionen lässt sich die Privatrechtswirkung konstruktiv und argumentativ zurückführen? Welche Gründe spre-

1772 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 70 nennt dies sogar nebenbei „Methode".
1773 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 69 f.
1774 So aber *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 2022, Rn. 240; *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, § 69 III; deutliche Trennung bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG auch bei *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 91 f.
1775 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 70.
1776 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 253.
1777 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 253: „Die bisher als mittelbare Drittwirkung bekannte Seite der Grundrechte lässt sich der Schutzfunktion der Grundrechte zuordnen und wird dadurch entbehrlich. Sie stellt keine eigenständige Grundrechtsfunktion dar."
1778 *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 72.
1779 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 71, der für das zweite Problem insbesondere die Bedeutung der Privatautonomie im Privatrecht hervorhebt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

chen wertend dafür, diese Dimension auf das Privatrecht zu erstrecken? Im Gegensatz zu den Ansätzen der Literatur, die bezüglich des Stadionverbotsbeschlusses in die überkommende Terminologie von mittelbar/ unmittelbar abgedriftet sind,[1780] ermöglicht die Beantwortung dieser Fragen eine präzisere Untersuchung der Entscheidung.

Zentraler Leitgedanke des Denkens von Grundrechten in verschiedenen Dimensionen ist, dass immer noch der Leitgedanke der Grundrechte von Freiheit und Selbstbestimmung bleibt. Es geht jedoch darum, mit mehreren Grundrechtsdimensionen auf moderne Kontexte der Freiheitsausübung reagieren zu können.[1781] Selbst Autor*innen, die am Primat der Abwehrdimension der Grundrechte festhalten wollen, erkennen zumindest an, dass die weiteren Grundrechtsdimensionen an Bedeutung gewinnen und die abwehrrechtliche Dimension in den Hintergrund rückt.[1782] „Angesichts ständig sich wandelnder Herausforderungen ist die Aufrechterhaltung einer freiheitlichen Ordnung eine permanente Aufgabe. Diejenigen Bereiche, in welchen es zur Freiheitssicherung genügt, dem Staat Grenzen zu setzen, schrumpfen zusehends. Immer mehr wird individuelle Freiheit von Voraussetzungen abhängig, die die Grundrechtsträger aus eigener Kraft nicht herstellen können. Die grundrechtlichen Garantien müssen sich unter diesen Umständen auf die Freiheitsvoraussetzungen erstrecken. Ein rein negatorisches Grundrechtsverständnis vermag das nicht zu leisten."[1783]

Damit geht einher, dass das Grundgesetz mit seinen Grundrechtsbestimmungen als Gesamtverfassung[1784] gedacht wird:[1785] Grundrechte wirken nicht nur gegenüber dem Staat als Eingriffsverbote, wodurch auch die überkommende Trennung zwischen Staat und Gesellschaft überwunden wird.[1786] Grundrechte wirken nicht nur gegenüber dem politischen System,

1780 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 1692.
1781 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 50.
1782 *Muckel*, VVdStRL 79 (2020), 245 (250).
1783 *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch (Hrsg.), Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (41 f.).
1784 Das Konzept der Gesamtverfassung findet sich beispielsweise bei *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 90 f.; *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (bzgl. staatlichen Rechts); *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 51 (bzgl. staatlicher Politik).
1785 Siehe zu unterschiedlichen Konzeptionen gesellschaftlicher Teilverfassungen *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 32 – 71; tendenziell kritisch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 39 f.
1786 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

sondern aufgrund ihrer Privatrechtswirkung auch in allen anderen gesellschaftlichen Teilbereichen.[1787]

3. Konstitutionalisierung

Ein weiteres Vorverständnis betrifft die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht. Dieser Problemkreis kann als Konstitutionalisierung des Privatrechts bezeichnet werden.[1788] Konstitutionalisierung meint jedoch auch einen Prozess: Beschrieben wird damit, dass immer mehr Bereiche des Privatrechts von Verfassungsrecht, insbesondere von Grundrechten in ihrer Horizontalwirkung, durchdrungen und überformt werden.[1789] Trotz semantischer Ähnlichkeiten sind daher die Konstitutionalisierung des Privatrechts und der gesellschaftliche Konstitutionalismus[1790] konzeptionell auseinanderzuhalten. Das Verhältnis von Verfassung und Privatrecht mit Bezug zu dieser Untersuchung kann dabei geschichtet nach drei Ebenen beschrieben werden.

a. Erkenntnisvorrang und Letztentscheidungskompetenz

Die erste Ebene betrifft das Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht im Stufenbau der Rechtsordnung eines modernen demokratischen Staates.[1791] Privatrechtliche Gesetze stehen im Rang unter dem Verfassungsrecht, was bedeutet, dass privatrechtliche Normen, Institute und Prinzipien nicht gegen dieses höherrangige Recht verstoßen dürfen. Das Privatrecht ist wie das gesamte (einfache) Recht in die Verfassungsordnung eingebettet; man kann von einer Verfasstheit des Privatrechts sprechen.[1792] Aus der Normenhierarchie folgt damit der Vorrang der Verfassung gegenüber dem

1787 *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (346, 352 – 359) akzentuiert, dass durch die Privatrechtswirkung der Grundrechte das Grundgesetz zu einer Gesamtverfassung geworden ist.
1788 So *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1040).
1789 So *Barczak*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 4, 2017, S. 93 (95 f.); *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267).
1790 Siehe dazu oben § 7 III 2.
1791 Allgemein zum Verhältnis Verfassungsrecht – Gesetzesrecht siehe *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 35 – 45.
1792 *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1041 – 1044), der auch den Entwicklungsprozess nachzeichnet.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Privatrecht.[1793] Welche Anforderungen sich aus den Grundrechten für das Privatrecht genau ergeben, ist hingegen eine dogmatische und grundrechtstheoretische Frage.[1794]

Durch die Konstitutionalisierung kommt es zu begrifflichen Dopplungen: Grundrechte enthalten Gewährleistungen, die sich auch als genuin privatrechtliche Begriffe, Institute oder Prinzipien re-formulieren lassen und umgekehrt werden privatrechtliche Prinzipien verfassungsrechtlich verankert.[1795] Beispiele finden sich beispielsweise in den privatrechtlichen Grundbegriffen Person, Eigentum und Vertrag.[1796] Auch der Konflikt zwischen Meinungsäußerungen und Ehrverletzungen ist ein klassischer Konflikt des Privatrechts, der erst seit dem Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit auch bzw. heute primär zu einem grundrechtlichen Konflikt wurde.[1797] Dadurch verliert das Privatrecht an Autonomie bezüglich der Interpretationshoheit „seiner" Begriffe. Die Grundrechte als Verfassungsprinzipien lösen weitgehend die Grundprinzipien des Privatrechts als die die Auslegung steuernden Rechtsprinzipien ab.[1798] Exemplarisch kann auch auf die bereits oben diskutierten Fälle der Angehörigenbürgschaften[1799] verwiesen werden: Durch die Konstruktion einer Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 GG wurde ein auch materielles Verständnis von Privatautonomie endgültig Teil des Privatrechts.[1800] Teile der Kritik an einer zunehmenden Konstitutionalisierung lassen sich auf diesen Verlust der Deutungshoheit zurückführen.[1801] Dem Privatrecht bleibt jedoch ein Erstzugriffsrecht, „seine" Begriffe neuen Entwicklungen und sozialen Konflikten anzupassen und weiterzuentwickeln.[1802] Das ist auch sinnvoll, da bezüglich vieler Problem-

1793 *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1050); *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (730); deutlich *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 45 – 54: Geltungsvorrang der Verfassung bei gleichzeitigem Erkenntnisvorrang des Privatrechts.

1794 Siehe oben § 9 I 1.

1795 *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267); *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 45 – 49; *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. (131), der daher auch zutreffend davon spricht, dass es sich um genuines Privatrecht handelt.

1796 Dazu *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (736 – 746).

1797 *Wahl*, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 371 (371, 376).

1798 *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267).

1799 Siehe dazu oben § 3 II 2 c.

1800 *Wrase*, Norm und Wirklichkeit, 2016, S. 438 spricht von einem „semantischen Kampf".

1801 Vgl. *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2467 f.); *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171.

1802 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 49 – 52 spricht vom Geltungsvorrang der Verfassung bei gleichzeitigem Erkenntnisvorrang des Privatrechts.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

kreise auf eine lange Begriffs- und Diskussionstradition zurückgegriffen werden kann.[1803]

Der Bürgschaftsfall zeigt auch die disruptiven Folgen der Konstitutionalisierung: Durch das Bundesverfassungsgericht geraten klassische Begriffe und Dogmatiken des Privatrechts, die als feststehend angenommen wurden, ins Wanken.[1804] Die Konstitutionalisierung – mit der Tätigkeit des demokratischen Gesetzgebers sowie dem Einfluss des Unionsrechts – führt dazu, dass die Konzeption des Privatrechts als geschlossenes, wissenschaftliches und dogmatisch-ästhetisches System nicht mehr aufrecht erhalten werden kann – auch wenn sich vereinzelt Autoren nach den „guten alten Zeiten" sehnen.[1805] Wenn es nicht mehr möglich ist, das Privatrecht als konsistentes System zu beschreiben und zu ordnen, dann sollte dieses Unterfangen aufgegeben werden. Das gilt insbesondere für ein starres Begriffssystem und für eine Orientierung auf einen festen Prinzipienkanon. Besser ist es, Prinzipien, die ins Privatrecht hineingetragen werden, zu identifizieren, zu konkretisieren und derart weiterzuentwickeln, dass damit konkrete Problemlösungen geschaffen werden können.[1806]

Privatrecht und Öffentliches Recht sollten nicht als hermetisch voneinander abgeriegelte Sphären betrachtet werden.[1807] Vielmehr bestehen vielfältige Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Säulen des Rechts, wobei jede von ihnen jeweils bestimmte Eigennormativitäten aufweist, die in der anderen nicht oder nicht in dieser Ausprägung vorhanden, sind.[1808] Aus einer Steuerungsperspektive geht es darum, die jeweiligen Vor- und Nachteile der Rechtsregime zu betrachten und sie als wechselseitige Auffangordnungen zu begreifen.[1809] Damit bedeutet eine fortschreitende Konstitutio-

1803 Vgl. *Ruffert*, Vorrang 2001, S. 46 f.

1804 *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (112, 130).

1805 Siehe nur die polemische Kritik bei *Honsell*, in: Staudinger Eckpfeiler, 2018, S. 1 (Rn. 44, 68b).

1806 *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (180 – 182.).

1807 Grundlegend *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 31: Verhältnis „wechselseitiger Ergänzung und Bedingtheit"; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (206): „Interdependenz und Interferenz".

1808 Vgl. *F. Becker*, NVwZ 2019, 1385.

1809 Grundlegend *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 7; *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. S. 261.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nalisierung auch kein Weniger an Freiheit,[1810] sondern einen präziseren Umgang im Recht mit dem sozial komplexen Phänomen Freiheit.

b. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote

Wichtiges Element in der hier eingenommenen kollektiven Dimension der Grundrechte ist die auf *Luhmann* zurückgehende systemtheoretische Funktionsbestimmung der Grundrechte als Garanten sozialer Differenzierung: Grundrechte haben aus dieser soziologischen Reflexionsperspektive die latente Funktion – als „blockierende Institutionen" – die soziale Differenzierung der Gesellschaft offen zu halten.[1811] Ausdrücklich ging es *Luhmann* damals noch ausschließlich um „die Gefahr der Entdifferenzierung, der Politisierung des gesamten Kommunikationswesens"[1812], also ausschließlich um die Expansionstendenzen des politischen Systems.[1813] *Teubner* hat daran anknüpfend jedoch die Perspektive auf Expansionstendenzen sämtlicher sozialer Funktionssysteme erweitert.[1814] Eine solche grundrechtstheoretische Perspektive bietet sich insbesondere bei Inter-Systemkonflikten an, weil hier der gesellschaftliche Konflikt als Grundrechtskollision zweier Grundrechte dogmatisch re-konstruiert werden kann. Grundsätzlich können zwar auch Intra-Systemkonflikte grundrechtsdogmatisch abgebildet werden,[1815] jedoch fehlen Ansätze für die hier untersuchten Inklusionsphänomene.

Dieser systemtheoretischen Deutung von Grundrechten fügt *Ladeur* eine stark liberale und wissenssoziologische Dimension hinzu: Die klassische Abwehrdimension der Grundrechte wird aktiviert, um die autonomen Prozesse der Wissensgeneierung innerhalb der sozialen Funktionssysteme vor Eingriffen des Staates abzuschotten. Diese Deutung weist jedoch eine wesentliche Schwäche auf: Hier werden Macht- und Herrschaftsverhältnisse

1810 So aber *Barczak*, in: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 4, 2017, S. 91 (122).
1811 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 24 f.
1812 *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, S. 24.
1813 *I. Augsberg*, in: ders./Unger (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, 2012, S. 290 (292).
1814 *Teubner*, Der Staat 44 (2006), 161 (175 f.); *ders.*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 211 – 219.
1815 Z.B. als Grundrechtskollision der Pressefreiheit einer Redakteur*in mit der Pressefreiheit einer Verleger*in, siehe zur Diskussion um eine solche „innere Pressefreiheit" *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

innerhalb der von ihm hochgehaltenen transsubjektiven Selbstorganisation zwischen den Individuen durch Erzeugung sozialer Normen und Institutionen gänzlich ignoriert. Dies hat zur Folge, dass destruktive Transformationsprozesse innerhalb sozialer Systeme billigend in Kauf genommen werden.[1816] Auf *Ladeurs* radikal-liberale Interpretation der systemtheoretischen Deutung von Grundrechten trifft dann das zu, was oftmals pauschal gegen die Systemtheorie im Recht eingewendet wird:[1817] Sie richtet sich ausschließlich an sozialen Systemen und ihren Eigenrationalitäten aus und ignoriert dabei völlig, dass die Grundrechte primär Freiheitsverbürgen für Menschen sind. Sie ignoriert, dass es auch innerhalb sozialer Systeme Macht- und Herrschaftsverhältnisse gibt, die soziale Normen und Institutionen setzen. Eine Grundrechtstheorie, die von vornherein auf die potentielle Kontrolle solcher Phänomene verzichtet, kann nicht überzeugen. Dennoch trifft *Ladeur* einen wunden Punkt: Es ist völlig richtig, dass aufgrund der Komplexität und Vielfalt sozialer Selbstorganisationsprozesse das Recht selbst nicht in die Falle tappen darf und selbst expansive Züge annimmt. Wenn er aber beispielsweise davon spricht, dass „organisiertes Experimentieren" eine gewisse Offenheit voraussetzt,[1818] muss berücksichtigt werden, dass nicht nur verfassungsrechtliche Vorgaben diesen Prozess einschränken können, sondern ebenso Dynamiken innerhalb der einzelnen sozialen Systeme, möglicherweise stabilisiert durch das Privatrecht. Der Konflikt um die Stadionverbote, der hier insbesondere durch soziale Exklusion beschrieben worden ist, welche durch die normative Ordnung einseitig durch den DFB institutionalisiert worden ist, zeigt dies deutlich.

Geht man davon aus, dass Grundrechte als Institutionen spezifische soziale Prozesse innerhalb der Sozialsysteme der Gesellschaft im Recht wiederspiegeln,[1819] können Grundrechte grundrechtstheoretisch als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht verstanden werden, die die privatrechtsdogma-

1816 Vgl. *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (514).

1817 Statt aller *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 53 – 58.

1818 *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (510) – an dieser Textstelle bleibt mir unklar, ob er sich (nur) gegen eine Expansion des Rechts wendet oder ob er hier (auch) die negativen Effekte gesellschaftlicher Selbstorganisation adressieren möchte.

1819 Ähnlich auch *Wrase*, Norm und Wirklichkeit, 2016, S. 465 – 468; so auch *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (509): „Verweisungszusammenhang der einzelnen Grundrechte mit den selbstorganisierten Praktiken und den Wissensbeständen, die in den gesellschaftlichen Teilsystemen (Wirtschaft, Kunst, Presse, etc.) aggregiert werden".

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tische Begriffsbildung dazu auffordert, alle für einen rechtlichen Konflikt relevanten sozialen Deutungsweisen zu berücksichtigen: „Grundrechte fungieren als qualifizierte Rechtfertigungsgebote für jede Form von Rechtserzeugungsprozessen. Sie verlangen, dass sich die gesamte Norm oder die vereinbarten Rechte und Pflichten unter zwingender Einbeziehung derjenigen personalen und sozialen Autonomien rechtfertigen lassen müssen, die in den grundrechtlichen Schutzbereichen gewährleistet werden."[1820] Diese Rechtfertigung des Privatrechts vor in den Grundrechten „gespeicherten" sozialen Rationalitäten lässt sich selbst bis *Lüth* zurückführen: Vor *Lüth* gab es keine Möglichkeit im Privatrecht neben der wirtschaftlichen Rationalität (Vermögenseinbußen aufgrund des Boykottaufrufs) auch eine politische Dimension eines Delikts zu verarbeiten.[1821]

c. Institutionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts

Zuletzt weist die Konstitutionalisierung des Privatrechts eine institutionelle Ebene auf. Gemeint ist damit die Aufgabeverteilung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht bzw. zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und dem Bundesverfassungsgericht. Wie bereits erläutert, kommt dem Privatrecht mit den Zivilgerichten ein Erstzugriffsrecht auf einen sozialen Konflikt zu. Wird dieser Konflikt bereits mit den genuinen Begriffen und Instituten des Privatrechts angemessen gelöst, rechtfertigt sich also grundrechtstheoretisch gesprochen das Privatrecht vor den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten, ist keine weitere dogmatische Konstitutionalisierung notwendig. Ist sie jedoch notwendig, kann die Aufgabeverteilung in zwei Schritten mit jeweiligen Problemen beschrieben werden:

In einem ersten Schritt wird der Konflikt institutionell-verfahrensrechtlich an das Bundesverfassungsgericht, meist durch eine Verfassungsbeschwerde oder eine konkrete Normenkontrolle, herangetragen. Auch das Bundesverfassungsgericht entscheidet immer primär den jeweiligen Einzelfall. Allerdings kommt dem Gericht die besondere Aufgabe zu, Maßstäbe für die weitere Verfassungs- und besonders Grundrechtsinterpretation zu setzen. Die maßgebliche Herausforderung besteht darin, den konkret zu lösenden Konflikt adäquat zu beschreiben und zu formulieren, und somit

1820 *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (752 f.).
1821 Vgl. *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (757).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf eine höhere Abstraktionsebene zu ziehen, um dann diesen abstrahiert formulierten Konflikt in grundrechtliche Maßstäbe zu übersetzen.

Grundrechte sind – verstanden als Rechtfertigungsgebote im vorgenannten Sinne – nicht nur auf materiell-rechtlicher Ebene gut geeignet, solche abstrakten Maßstäbe zu setzen, sondern das Bundesverfassungsgericht hat sich auch institutionell als ein kompetenter Akteur dafür bewiesen: Zum einen zeigt sich in manchen Entscheidungen des Gerichts ein Gespür für spezifische gesellschaftsstrukturelle Entwicklungen, auf die dann durch Konstitutionalisierung reagiert wird. So betraf die Bürgschaftsentscheidung keinen singulären Fall, sondern betraf die gesamte seit den etwa 1980er Jahren etablierte, branchenweite Praxis der Banken, auf die die Zivilgerichte nicht adäquat reagiert haben.[1822] Ähnliches kann bezüglich der Stadionverbote behauptet werden. Zum anderen ist immer wieder erkennbar, dass das Bundesverfassungsgericht bemüht ist, außerrechtliches Wissen für die Konkretisierung von Grundrechtsgewährleistungen heranzuziehen. Dies zeigt sich zunächst bei der Rezeption von interdisziplinären Forschungsergebnissen,[1823] darüber hinaus in der großzügigen Hinzuziehung von außerrechtlichem Sachverstand in Form einzelner *amici curiae*.[1824] Eine möglicherweise implizite Vorstellung mancher Jurist*innen, dass drei oder acht Richter*innen im stillen Kämmerlein einseitige Grundrechtsmaßstäbe aufstellen, ist damit schlicht unzutreffend. Irgendjemand muss oder sollte grundrechtliche Gewährleistungsgehalte weiterentwickeln; das Bundesverfassungsgericht hat sich diesbezüglich in langjähriger Arbeit institutionell bewährt.

Die so gesetzten Maßstäbe sind jedoch oft stark konkretisierungsbedürftig wie der oben diskutierte Begriff der strukturellen Unterlegenheit[1825] eindrücklich zeigt.[1826] Aufgabe der Fachgerichte und der dogmatischen Rechtswissenschaft ist es dann, die Maßstäbe durch die zu lösenden Einzelfälle zu konkretisieren. Die Herausforderung besteht darin, dass auch auf dieser Ebene der abstrahiert formulierte Konflikt richtig gedeutet wird, um

1822 Überzeugend *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 444.

1823 Vgl. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 453 – 455 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen.

1824 Vgl. aus jüngeren Entscheidungen BVerfG, Beschl. v. 30.01.2020, 2 BvR 1005/18 – *Blindenführhund*, Rn. 23 – 26; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018, 2 BvR 309/15 – *Fixierung*, Rn. 22 – 41.

1825 Siehe dazu oben § 3 II 2 c.

1826 Zum nachfolgenden vgl. *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (135).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

darauf aufbauend passgenaue dogmatische Figuren zu finden. Wie das Beispiel der strukturellen Unterlegenheit bei Angehörigenbürgschaften zeigt, kann dies gut,[1827] wie jedoch der später zu diskutierenden Thermenfall[1828] zeigt, auch weniger gut gelingen. Manche Kritiker[1829] empfinden eine zunehmende Konstitutionalisierung deshalb als negativ, weil sie von einem als „extern" wahrgenommener Akteur – dem Bundesverfassungsgericht – betrieben wird und häufig die Entscheidungen der Zivilgerichte aufgehoben werden.[1830] Dabei wird dieser zweite Schritt in der Aufgabenteilung im Konstitutionalisierungsprozess übersehen: Die privatrechtsdogmatische Konkretisierung grundrechtlicher Maßstäbe ist zentrales Element der Konstitutionalisierung.

d. Responsivität als Leitfaden der Konstitutionalisierung

Diese drei Ebenen sollen zuletzt zu einem Punkt verdichtet werden: Wird ein sozialer Konflikt an das Recht herangetragen, kann das Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht danach befragt werden, welches Rechtsgebiet mit seiner jeweils eigenen Rationalität, seinen Instrumenten und der institutionellen Ausgestaltung der Gerichtsverfahren am ehesten eine Lösung für den Konflikt bereithält. Es ist grundsätzlich möglich, einen sozialen Konflikt auf vielfältige Weisen rechtsdogmatisch zu re-konstruieren, wie diese Untersuchung am vorher analysierten Kontrahierungszwang[1831] einerseits und dem nachfolgend zu analysierenden Art. 3 Abs. 1 GG andererseits zeigt. Maßgeblich ist die Responsivität: An welche dogmatischen Strukturen, an welche bereits vorhandenen Prämissen oder Theorien kann angeknüpft werden und in welche Pfadabhängigkeiten begibt man sich, wenn man ein bestimmtes Institut auf den sozialen Konflikt hin weiterentwickelt? Die Vergangenheit hat gezeigt, dass das Privatrecht flexibel sowie anpassungsfähig ist und dadurch auf eine Vielzahl von Konflikten reagieren kann. Jedoch folgt das Privatrecht leider zu oft einer ausschließlich

1827 Siehe zur Konkretisierung durch die Zivilgerichte *Meder*, in: GS Wolf, 2011, S, 253; *Kollrus*, MDR 2014, 1357.

1828 Siehe dazu unten § 10 III.

1829 Deutlich bei *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, wenn er das „Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht" bezeichnet.

1830 So die zutreffende Beobachtung von *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (131).

1831 Siehe oben § 8 II, III.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

wirtschaftlichen Logik[1832] und hält von vornherein nicht die Begriffe bereit, die notwendig wären, um einen sozial-multilateralen Konflikt bewältigen zu können. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, die auch andere soziale Rationalitäten im Recht abbildbar machen, sind dann der richtige Anknüpfungspunkt.

4. Kollektive Dimension der Grundrechte

Grundrechte sollen hier nicht auf eine rein individualistische Weise gelesen werden, die vor allem die natürliche, negative Freiheit der Einzelnen betont. Ein solches – vor allem als Abwehrdimension – Verständnis hatte spezifische Kontexte, was dazu führt, dass eine unkritische Bejahung zu einer bedenklichen Perspektivverengung führen kann.[1833] Dass in jüngerer Zeit eine kollektive Dimension der Grundrechte vermehrt betont wird, weist daraufhin, dass hier rechtstatsächlich die Freiheitsprobleme einer modernen Gesellschaft liegen (könnten). Allerdings ist der Gedanke einer Wechselwirkung von individuell gedachter (negativer) Freiheit und Freiheitsausübung gegenüber anderen und durch andere Menschen auch dem Grundgesetz nicht neu. In einem solchen Sinne las und interpretierte bereits 1954 das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetzt hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten."[1834] Hier zeigt sich, dass das Gericht die sozial-kollektive Dimension der Grundrechte in die Verfassung hinein interpretiert.

1832 Gegen die „Ausgangsgleichung ‚Privatrecht als Wirtschaftsrecht'" *Fischer-Lescano/Teubner*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg), Neue Theorien des Rechts, 2020, S. 157 (165).

1833 *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 1 (2).

1834 BVerfGE 4, 7 (15 f.) – *Investitionshilfe*; dies aufgreifend *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diese Dimension der Grundrechte kann als kollektive,[1835] institutionelle,[1836] soziale[1837] oder auch als interaktionszentrierte[1838] Dimension der Grundrechte bezeichnet werden. Auch *Helmut Ridders* Konzeption der „inpersonalen Grundrechte" wie der Wissenschafts- oder Pressefreiheit,[1839] kann als Vorläufer einer sozial-kollektiven Betrachtung von Grundrechten gelesen werden.[1840] Während die verschiedenen Ansätze jeweils unterschiedliche Perspektiven auf die Grundrechte einnehmen und unterschiedliche sozialtheoretische Vorverständnisse an die Grundrechte herantragen, eint sie ein wesentlicher Aspekt: Alle diese Konzeptionen von Grundrechten lehnen eine einseitig liberal-individuelle Dimension von Grundrechten ab. „Das grundlegende Defizit der heute vorherrschenden individualistischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik liegt darin, dass sie das, was eine Gesellschaft ausmacht, nicht adäquat erfassen kann. Sie kann daher auch nicht beschreiben, was Individualität und individuelle Freiheit in der modernen liberalen Gesellschaft bedeuteten."[1841] Der einzelne Mensch lebt nicht losgelöst von anderen Menschen und sozialen Strukturen. Insbesondere die gesellschaftsstrukturelle Umstellung auf eine funktionale Differenzierung hat dazu geführt, dass sich die Ausübungsbedingungen von Freiheit sowie die Verständnisse von Freiheit aufgrund viel-

1835 *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 1 (6): „Grundrechte im erweiterten kollektiven Verständnis".

1836 *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie, 1983, S. 70 – 125.

1837 *Wrase*, Norm und Wirklichkeit, 2016, S. 457 – 484: Einbeziehung des sozialen Kontextes bei der Grundrechtsinterpretation.

1838 *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021.

1839 *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 90 f.: „An der ‚Pressefreiheit' als einem *inpersonalen* Grundrecht, einem Grundrecht also, dessen Wortlaut nicht auf einen persönlichen ‚Träger' hinweist, läßt sich, wie an den ähnlich prozeßhaften Grundrechten der Freiheit von ‚Kunst' und ‚Wissenschaft', leichter als bei den personalen Grundrechten erkennen, was indes in Wahrheit allen Grundrechten der Gesamtverfassung gemeinsam ist, nämlich daß sie auf die konkrete Freiheit eines soziales Feldes durch dessen Organisation abzielen."

1840 Bereits *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975 akzentuiert, dass die Grundrechte – aufgrund ihrer sozialstaatlichen Überprägung – entlang der tatsächlichen Freiheitsverhältnisse interpretiert werden müssten (S. 49) und systematisiert die Grundrechte nicht entlang der Reihenfolge ihrer Nennung im Grundgesetz, sondern entlang „sozialer Felder" bzw. „Felder der sozialen Ordnung" (S. 50 f.), welche differenzierungstheoretisch als soziale Funktionssysteme rekonstruiert werden können.

1841 *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 1 (4).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

facher Abhängigkeiten gewandelt haben.[1842] Eine kollektive Dimension der Grundrechte möchte diesen Umstand auf grundrechtstheoretischer Ebene für das Recht abbildbar machen, um dadurch ggf. bestehende Grundrechtsdogmatiken produktiv zu irritieren.[1843] Grundrechtsausübung findet nicht im Vakuum, sondern im Sozialen, also mit anderen Grundrechtsträgern und mit Wirkung auf die Freiheitsausübung anderer, statt.[1844] Es geht dann darum, die Ausübungsbedingungen von individueller Freiheit und ihre Auswirkung auf die gesellschaftliche Meso- und Makroebene in den Grundrechten selbst abbildbar und verhandelbar zu machen. Zu weit geht es jedoch, wenn „die Gesellschaft" – bzw. systemtheoretisch gesprochen: die einzelnen Funktionssysteme – selbst als eigentliches Subjekt der Freiheit herangezogen wird.[1845] „Das Gesellschaftliche", das bei der Konstruktion von Freiheit und Autonomie beachtet werden muss, darf nicht dazu führen, dass das individuelle Subjekt gänzlich verdrängt wird. „[D]ie gesellschaftsorientierte Sicht supplementiert vielmehr die subjektiv-individuelle, auf den einzelnen Grundrechtsträger bezogene Perspektive."[1846]

Eine solche gesellschaftsorientierte Sicht auf Grundrechte einzunehmen bedeutet auch, dass sich grundrechtliche Gewährleistungsgehalte auf die soziale Realität beziehen können und sich bei gesellschaftlichen Veränderungen selbst wandeln können. Damit sollen hier explizit Wirkungs- und Wahrnehmungsvoraussetzungen[1847] von grundrechtlicher Freiheit als möglicher Teil grundrechtlicher Gewährleistungen diskutiert werden. Damit wird von der Prämisse ausgegangen, dass das tatsächliche Umfeld der Grundrechte auf deren Inhalt und Wirkungsweise einwirkt.[1848]

1842 Vgl. *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 1 (4 – 7).

1843 *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 11 – 24 spricht treffend von Leerstellen, die etablierte Grundrechtsdogmatiken in Bezug auf soziale Prozesse (bei ihm Interaktionen) hinterlassen.

1844 Vgl. *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 1.

1845 So aber in der Tendenz *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 1 (8).

1846 *I. Augsberg*, in: Vesting/Korioth/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 39 (51).

1847 Siehe dazu *P. Kirchhof*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, § 21 Rn. 7 f.

1848 *P. Kirchhof*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. I, 2004, § 21 Rn. 20; ebenso *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

II. Abwehrdimension

Die Funktion der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte ist der Ausgangspunkt der Grundrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz.[1849] Daher wird diese Dimension im Diskurs nicht weiter hergeleitet oder begründet.[1850] Auch der allgemeine Gleichheitssatz weist als Grundrecht eine klassische Abwehrdimension gegenüber dem Staat auf.[1851] Dabei ist das subjektive Recht auf Gleichbehandlung zunächst auf die Abwehr und Beseitigung von Ungleichbehandlungen gerichtet.[1852] Dies gilt uneingeschränkt auch gegenüber der Legislative bei privatrechtlichen Gesetzen.[1853] In der Abwehrdimension wird in dieser Untersuchung – und soweit erkennbar auch nicht im juristischen Diskurs – nicht der Anknüpfungspunkt für eine Privatrechtswirkung gesehen.

Teilweise wird dem allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ein allgemeines Willkürverbot staatlicher Akteure entnommen, der die traditionelle Abwehrdimension ergänzt.[1854] Aufgrund der Verknüpfung mit dem Rechtsstaatsprinzip ist der Grundrechtscharakter des allgemeinen Willkürverbot zweifelhaft.[1855] Da ein Willkürverbot mit Bezug zum Rechtsstaatsprinzip zutreffend nur an staatliche Akteure gerichtet ist, spielt es für diese Untersuchung keine weitere Rolle.

1849 Siehe dazu *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (14, 16); *Dreier*, in: ders, GG, Vorb. Rn. 45: „Systemmitte der Grundrechtsdogmatik"; ausführlich zur Ideengeschichte der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat *I. Augsberg*, Theorie der Grund- und Menschenrechte, 2021, S. 23 – 43.

1850 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 88.

1851 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Schulz, GG, Art. 3 I Rn. 292; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 38; *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 30 spricht dem allgemeinen Gleichheitssatz sogar ausschließlich eine Abwehrdimension zu.

1852 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57.

1853 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 119; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 92, der gleichzeitig betont, dass dies seiner Ansicht nach nicht für die in ihrem Rahmen geschlossenen Privatrechtsgeschäfte gelte.

1854 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I Rn. 292; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 83 – 87.

1855 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 137, der von einem „eigenständigen Grundsatz der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollaufsicht über die Fachgericht" spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Schutzpflichtendimension

Eine Schutzpflichtendimension wird für den allgemeinen Gleichheitssatz weithin abgelehnt.[1856] Dabei sind in der Argumentation zwei Ebenen zu unterscheiden: Zum einen kann eine Schutzfunktion dadurch abgelehnt werden, indem argumentiert wird, dass kein Schutzgut vorliege (1.). Zum anderen könnte zwar ein Schutzgut konstruiert werden, aber aus anderen Gründen eine Schutzpflicht (gegenüber Privaten) abgelehnt werden (2.). Unter diesem zweiten Punkt sollen aufgrund der hier vertretenen Ansicht, dass der Ausstrahlungsdimension keine eigenständige Bedeutung zukommt,[1857] auch die Positionen berücksichtigt werden, die die Frage der Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes als eigenständige Grundrechtsdimension thematisieren. Zugleich kann das von Teilen der Literatur als „Nichtanwendungsmodell"[1858] bzw. „Vorrangmodell"[1859] bezeichnete Konzept, das eine Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht kategorisch ausschließt, hier behandelt werden, da sich die Argumente weitgehend überschneiden.

1. Fehlendes Schutzgut aufgrund modaler Struktur

Schutzpflichten wurden anhand von Freiheitsgrundrechten entwickelt.[1860] Daher werden sie teilweise auch ausdrücklich auf Freiheitsgrundrechte reduziert.[1861] Zentrales Element der Schutzpflicht besteht darin, dass ein bestimmter Gewährleistungsgehalt der Freiheitsgrundrechte ermittelt wird – ein freiheitlicher Verhaltensspielraum – der dann über die staatliche Schutzpflicht auch gegenüber Privaten abgesichert wird.[1862] Schutzpflichten

1856 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 91; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 69; *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 222, 252; vgl. auch die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten.

1857 Siehe dazu oben § 9 I 2.

1858 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1012 f.

1859 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 810 – 816; *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 417 – 419.

1860 Siehe zur Begründung und Entwicklung der grundrechtlichen Schutzpflichten *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 146 – 189.

1861 *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 218, 222; ebenso *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (85).

1862 *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 48 – 51.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

knüpfen damit an ein Schutzgut an.[1863] Bezüglich der Gleichheitsgrundrechte ist es jedoch semantisch schwierig von einem „Schutz der Gleichheit" zu sprechen, denn Gleichheit kann zwar hergestellt, aber nicht geschützt werden. Man kann jedoch sprachlich den „Schutz" anders ausdrücken: Es geht dann darum, dass den Staat eine Pflicht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen zwischen Privaten trifft – also eine Schutzpflicht hinsichtlich der Gleichbehandlung durch Private[1864] – bzw. um eine Pflicht des Staates zum Eingreifen, wenn sich Bürger untereinander ohne Rechtfertigung ungleich behandeln.[1865] Man könnte dann sagen, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung gleichwertiger Vergleichsgruppen und Ungleichbehandlung nicht gleichwertiger Vergleichsgruppen unabhängig vom Autor der Unterscheidung verlangt.[1866] Bezüglich der Unterscheidungen durch private Akteure müsse dann der Staat einschreiten.

Entscheidender als die semantische Konstruktion eines Schutzgutes, ist sein materialer Gehalt. Eine Schutzpflicht kann zwar sprachlich formuliert werden, jedoch kann der Gehalt des Schutzes – bereits vor einer Abwägung mit anderen Verfassungsgütern – nicht ermittelt werden. Art. 3 Abs. 1 GG weist keine Schutzpflichtendimension auf, da – anders als bei den Freiheitsrechten – kein Schutzgegenstand vorliegt.[1867] Bei Freiheitsrechten kann die Integrität des sachlichen Schutzbereiches herangezogen werden, um ihn zumindest prinzipiell als Kriterium heranzuziehen, um zwischen verschiedenen Formen von Beeinträchtigungen zu unterscheiden. Dies ist aufgrund der modalen Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes („*empty form*") „logisch unmöglich".[1868] Art. 3 Abs. 1 GG hat lediglich relationalen Charakter, womit gemeint ist, dass ihm kein inhaltlichlich bestimmbarer Gewährleistungsgehalt zugewiesen ist, sondern die Norm „nur" auf Gleichbehandlung gerichtet ist.[1869] Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung kann

1863 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 167; *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 48 – 51.
1864 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 175.
1865 *Kischel*, in: BeckOK, Art. 3 GG Rn. 91.
1866 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 175; wohl auch *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 58.
1867 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57; *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549).
1868 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 48.
1869 *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 125 Rn. 31 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

dabei grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen Arten erfüllt werden:[1870] Entweder wird der in Frage stehende Gleichheitsgegenstand (z.B. eine Leistung, ein Vertragsschluss o.ä.) auf Personen ausgedehnt, die diesen bislang nicht erhalten haben. Alternativ kann die Ungleichbehandlung dadurch beseitigt werden, dass er den Personen entzogen wird, die ihn bislang erhalten haben. Aufgrund dieser modalen Struktur kann der allgemeine Gleichheitssatz keinen Maßstab für eine Schutzpflicht liefern; der allgemeine Gleichheitssatz leidet unter einer Maßstabsarmut. Die Maßstabsarmut steht einer „Generierung sachbereichsspezifischer Pflichten zur Herstellung faktischer Gleichheit" entgegen. „Entsprechende Schutz- bzw. Leistungsrechte müssen daher aus entsprechenden Dimensionen der Freiheitsrechte respektive sonstigen Zielbestimmungen der Verfassung, etwa dem Sozialstaatsprinzip, abgeleitet werden; auf Art. 3 Abs. 1 vermag man dann ergänzend zur Betonung der Gleichheitsdimension zu verweisen."[1871] Anders als Freiheitsrechte oder die speziellen Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG kann für den allgemeinen Gleichheitssatz keine Schutzpflicht konstruiert werden.[1872] Möglicherweise ließen sich diese dogmatischen Einwände überwinden; löst man sich jedoch davon, dass Grundrechte im Privatrecht lediglich über eine Schutzpflicht Wirkung entfalten können und zieht auch die anderen Grundrechtsdimensionen in Betracht, so scheint nach hier vertretener Ansicht ein Anknüpfen an der Teilhabedimension gewinnbringender.

2. Nichtanwendungs- bzw. Vorrangmodell

Selbst wenn man ein Schutzgut anerkennen möchte bzw. die Frage der Horizontalwirkung losgelöst von der Schutzfunktion stellt, wird weitgehend die Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht verneint. „Denn wie der Gleichheitssatz als Begründungsgebot einer Abwägung mit der Privatautonomie zugänglich sein soll, die ja im Gegenteil ihren Träger

1870 Grundlegend dazu *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 163 f.: „Wahlschuld"; im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 42 – 49: „Alternativstruktur".

1871 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 177 mwN in Fn. 433 [Hervorhebungen entfernt].

1872 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 47, die jedoch in dieser Vorauflage – vgl. hingegen unten Fn. 2064 – auch weitergehend anderweitige Horizontalwirkungen verneint.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerade von allen Begründungspflichten in seinem Rechtskreis freistellt, ist schlechterdings nicht zu begründen."[1873] Oder anders: „Im Verhältnis zwischen den Bürgern gebieten die Freiheitsrechte gerade die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte."[1874] Selbst wenn man Grundrechtstheoretisch ein Schutzgut konstruieren könnte, so gehe von Art. 3 Abs. 1 GG kein solcher Schutzauftrag für das Privatrecht aus, da es zu einer „privatrechtsspezifischen Überlagerung durch die Freiheitsrechte" komme; ein gleichheitsrechtlicher Schutzauftrag zerstöre die freiheitsrechtliche Privatautonomie.[1875] „Privatautonomie lebt von der willkürlichen Differenzierung durch Private gegenüber Privaten, die Schutzüberlegungen aus Art. 3 Abs. 1 GG vollständig verdrängt."[1876] Die Freiheit zum Handeln und Differenzieren aus beliebigen, auch anderen willkürlich erscheinenden Gründen, gehöre zum Kern der menschlichen Identität.[1877]

Zum Ausdruck kommt hier die Vorstellung, dass eine unbegrenzte Privatautonomie der Kernbestand des Privatrechts sei und Gleichheitsrechte diese zerstören würden. Im Privatrecht dominiere die Privatautonomie und genieße absoluten Vorrang. Diese Diskussion ist nicht neu, sondern wurde auch bei der Einführung des Nichtdiskriminierungsrechts geführt.[1878] „Die Privatautonomie" wurde dadurch wohl kaum zerstört. Verständlich können diese Argumente auf der Wertungsebene nur sein, wenn sie die Privatautonomie als formale, dekontextualisierte Freiheit verstehen. Das heutige Verständnis der Privatautonomie berücksichtigt jedoch auch die materielle Seite der Selbstbestimmung und fragt nach den tatsächlichen Voraussetzungen für Selbstbestimmung.[1879] Gleichheitsrechte im Privatrecht können als Teil einer material verstanden Privatautonomie gedeutet werden.[1880] Damit sollte es nicht um eine gänzliche Immunisierung des Privatrechts gegenüber Gleichbehandlung gehen, sondern um die Frage, in welchen Fällen gleichheitsrechtliche Überlegungen dem Primat der freiheitlichen Willkür weichen. Ein kategorisches und absolutes Nichtanwendungsmodell

1873 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 50.
1874 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54.
1875 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 175 f.
1876 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 175; ähnlich auch *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 252.
1877 *Kischel*, in: BeckOK, Art. 3 GG Rn. 91.
1878 Einerseits *Picker*, JZ 2002, 880; andererseits *Baer*, ZRP 2002, 290.
1879 Siehe dazu oben § 3 II 2 a.
1880 Vgl. *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 105 – 147.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des allgemeinen Gleichheitssatzes bzw. ein Vorrangmodell einer formal verstandenen Freiheit kann heute nicht mehr überzeugen.

Unabhängig von dieser Wertungsebene können die vorgebrachten Argumente auch auf der Konstruktionsebene gedeutet werden. Da der allgemeine Gleichheitssatz strukturell nach der Unterscheidung Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung funktioniere, sei eine Abwägung mit Freiheitssphären anderer Privatrechtsakteure nicht möglich. Die Wirkung von Freiheits- und Gleichheitsrechten sei im Privatrecht „qualitativ und prinzipiell" eine andere: Dieses Argument beruht darauf, dass die in den Freiheitsrechten zum Ausdruck kommenden Freiheitssphären in Konfliktfällen abgewogen werden müssten. Gleichheitsrechte seien hingegen abwägungsresistent.[1881] Dieses Argument beruht jedoch auf einer Fehlannahme: Wie oben gezeigt werden konnte, ist die Grundrechtswirkung im Privatrecht immer eine andere als gegenüber dem Staat, da jedes Grundrecht mit den Grundrechten anderer Akteur*innen in Ausgleich gebracht werden muss.[1882] So wie dies konstruktiv von jeder Privatrechtswirkungskonstruktion mit leichter Akzentverschiebung bewältigt wird, müssen je nach Grundrecht ebenfalls leichte dogmatische Modifikationen vorgenommen werden, um einen Ausgleich herstellen zu können. Das Argument der „Abwägungsresistenz" beruht darauf, dass dem allgemeinen Gleichheitssatz kein konkreter, materialer Gewährleistungsgehalt entnommen werden kann, der dann mit Freiheitsrechten abgewogen werden könnte. Die Abwägung mithilfe eines bestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzips ist jedoch nur eine von mehreren möglichen Konstruktionsmöglichkeiten für den grundrechtlichen Ausgleich. Wie noch zu zeigen sein wird, ist auch auf der dogmatischen Ebene ein Ausgleich zwischen Gleichheits- und Freiheitsgrundrechten im Privatrecht möglich.[1883]

Das Argument, dass Gleichheitsrechte wegen der Freiheitsrechte prinzipiell keine Anwendung im Privatrecht finden können, kann auch dadurch entkräftet werden, dass auch Vertreter*innen dieser Ansicht Ausnahmen

1881 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54, der allerdings inkonsequent ist: Er lehnt zwar grundsätzlich die Einbeziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in die Rechtfertigungsprüfung ab, muss aber eingestehen, dass auch bei einer Rechtfertigung durch sachliche Gründe „Elemente einer Abwägung nicht ausgeschlossen" seien (Rn. 44).

1882 Siehe dazu oben § 9 I 1 a.

1883 Siehe dazu unten § 9 V.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Monopolsituationen oder extremen Fällen sozialer Macht erwägen.[1884] Die Erwägung von Ausnahmen zeigt, dass es Fälle geben könnte, in denen eine Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht geboten erscheint. Die dogmatische Verarbeitung des Problems, dass dieser dann mit den Freiheitsrechten in Ausgleich zu bringen ist, ist eine andere Frage.

Damit konnten die Bedenken gegen ein „Nichtanwendungsmodell" ausgeräumt werden. Wird jedoch der hier vertretenen Ansicht gefolgt, dass die modale Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Schutzfunktion gegenüber Privatrechtsakteur*innen ausschließt, stellt sich die Frage, ob eine andere Grundrechtsdimension die Privatrechtswirkung begründen kann. Damit verbleibt als eine der Hauptdimensionen der Grundrechte nur noch die Teilhabedimension.

IV. Teilhabedimension

1. Teilhabedimension der Grundrechte

Die Teilhabe- und Leistungsdimension bzw. die sozialen Gewährleistungsgehalte[1885] von Grundrechten sind im Vergleich zu den übrigen Grundrechtsdimensionen am wenigsten gesichert.[1886] Grundsätzlich können nach hier verwendeter Terminologie zwei Arten unterschieden werden: Leistungsrechte sowie Teilhaberechte. Dabei besteht kein kategorischer Unterschied zwischen der Leistungs- und Teilhabedimension der Grundrechte: Die Leistungsdimension beschreibt Gewährleistungsgehalte von Grundrechten, die auf Zahlungsansprüche oder Sachleistungen gerichtet sind, während die Teilhabedimension amorphere Formen von Teilhabe wie z.B. Partizipationsmöglichkeiten an Verfahren und Entscheidungsprozessen

1884 Insbesondere *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54 und *ders.*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 71; dieser Ausnahmekonzeption hat sich auch BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 27 angeschlossen; ein Willkürverbot bei einem sozialen Machtverhältnis nehmen ebenfalls *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 68 sowie *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 17 an; vgl. auch die Nachweise unten in Fn. 2116.

1885 Siehe zu sozialen Grundrechten *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 43 – 70; der Begriff der sozialen Grundrechte geht nach hier vertretenem Verständnis gänzlich in den originären Leistungs- und Teilhabeansprüchen auf.

1886 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 256.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

meint.[1887] Innerhalb der Teilhabedimension lassen sich originäre von derivativen Teilhabeansprüchen unterscheiden:[1888] „Originäre Teilhaberechte sind unmittelbar aus den Grundrechten folgende Ansprüche auf Teilhabe, während derivative Teilhaberechte zwar ebenfalls aus Grundrechten abgeleitet werden, in ihrem Bestand, ihrem Inhalt und Umfang aber abhängig sind von vorgängigem teilhabebegründenden staatlichen Handeln."[1889]

Originäre Leistungs- und Teilhaberechte sind bereits auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Begründung problematisch.[1890] Das soll in dieser Untersuchung nicht weiter thematisiert werden. Stattdessen wird hier die Teilhabedimension in Form von Grundrechten als derivate Teilhaberechte in das Zentrum gerückt. Diese sind auf der verfassungsrechtlichen Ebene insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest verankert.[1891] Bei der Teilhabedimension handele es sich um eine „schillernde" Grundrechtskategorie, weil ihre Dogmatik, insbesondere die konkreten Gewährleistungsgehalte, noch nicht hinreichend geklärt ist.[1892]

Ausgangspunkt der Etablierung von der Leistungs- und Teilhabedimension von Grundrechten waren Beobachtungen von einem Wandel des Staatsverständnisses hin zu einem Leistungsstaat sowie einer Notwendigkeit, zusätzlichen Grundrechtsschutz in diesem Bereich zu gewähren.[1893] Der Text des Grundgesetzes blieb gleich, während sich die soziale Wirklichkeit in der Umwelt des Verfassungsrechts wandelte; dadurch konnten insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip so akzentuiert werden, dass die Leistungs- und Teilhabedimension der Grundrechte diskussionswürdig wurde.[1894] Der Hauptunterschied der Teilhabedimension von Grundrechten zur Abwehr- und Schutzpflichtendimension besteht darin, dass Teilhabe die Existenz eines soziales Zusammenhangs voraussetzt, zu dem der Einzelne oder die Einzelne in Beziehung gesetzt wird. Teilhabe bzw. Partizipation an diesem sozialen Zusammenhang bedeutet dann,

1887 Ähnlich wie hier *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 8 – 10.
1888 Grundlegend *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (21).
1889 *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 12.
1890 Dazu *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 259 – 261.
1891 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261, der zutreffend auf BVerfGE 33, 303 (330 – 336) – *numerus clausus I* verweist; ebenso *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 69.
1892 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 178.
1893 *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 371.
1894 Zutreffend *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 371.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

dass der Person Verhaltensmöglichkeiten eröffnet werden, die ihr sonst verschlossen blieben.[1895] In der Leistungs- und Teilhabedimension wird deutlich, dass innerhalb der Grundrechtsdogmatik und -theorie Freiheit auch material gedacht wird, weil beide Dimensionen darauf abzielen, die Ermöglichungs- und Ausübungsbedingingungen grundrechtlicher Freiheit abzusichern bzw. herzustellen.[1896]

2. Teilhabedimension im Vertikalverhältnis

Der allgemeine Gleichheitssatz war grundrechtsdogmatisch der Ausgangspunkt der Teilhabedimension der Grundrechte.[1897] Der allgemeine Gleichheitssatz weist jedoch aufgrund seiner modalen Struktur und aufgrund seiner Maßstabsarmut keine Teilhabefunktion in Ausprägung originärer Leistungsrechte auf.[1898] Die Teilhabedimension umfasst neben den originären Leistungsrechten jedoch auch derivative Teilhaberechte, also Ansprüche, die auf die Partizipation an einem bestehenden (staatlichen) Leistungsangebot gerichtet sind.[1899] Traditionell wird als Anknüpfungspunkt dafür die Bereitstellung einer staatlichen Einrichtung gewählt: „Der Gleichheitssatz kann auch einen Anspruch auf individuelle Teilhabe an staatlichen Einrichtungen begründen."[1900]

Die Staatsgerichtetheit kommt deutlich bei denjenigen zum Tragen, die die Teilhabedimension noch weiter in eine *Teilnahmefunktion* ausdifferenzieren: Der zusätzliche Topos der Teilnahmefunktion soll die besondere Bedeutung der Teilhabe an der politischen Willensbildung, also Teilhabe bzw. Partizipation am politischen System – am demokratischen Staat –, hervorheben.[1901] Formen der Teilnahmerechte sind dabei insbesondere Wahlen und Abstimmungen, gleicher Zugang zum öffentlichen Dienst, die Kommunikationsgrundrechte sowie die Parteienfreiheit.[1902]

Vergleichbar zur historisch stärkeren Betonung des Schutzplichtencharakters von Grundrechten können auch für das Aufkommen der Diskussi-

1895 *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 2.
1896 Ähnlich *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 67 f.
1897 Siehe *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2006, § 112 Rn. 69 – 72.
1898 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 177; siehe auch oben § 9 III 1.
1899 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 178; siehe auch oben Fn. 1888.
1900 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293.
1901 So *Starck*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 41, Rn. 1.
1902 Auflistung bei *Starck*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 41, Rn. 41 – 87.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

on um Teilhaberechte spezifische gesellschaftliche Veränderungen sowie gewandelte Staatsaufgaben identifiziert werden: „Die Grundrechte erfüllen ihre Funktion als Abwehrrechte umso weniger, je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, der Staat oft die fast ausschließliche Organisationshoheit über einen freiheitserheblichen Lebensbereich – dort die Universitäten – übernimmt. *Aus Freiheitsrechten werden dann Teilhaberechte*."[1903] Die Teilhabedimension der Grundrechte reagiert damit auf veränderte Ausübungsbedingungen der grundrechtlichen Freiheit, die auf gewandelte Staatstätigkeit zurückzuführen sind.

Dabei ist die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes (gegen den Staat) weithin anerkannt.[1904] Umstritten[1905] ist hingegen, ob Art. 3 Abs. 1 GG die Teilhabedimension bereits von vornherein in sich trägt,[1906] sich die Teilhabedimension (zumindest auch) separat aus Freiheitsrechten ergeben kann[1907] oder ob gerade die Kombination[1908] aus Freiheitsgrundrecht und allgemeinem Gleichheitssatz die Teilhabedimension zum Ausdruck bringt. Hier ist nicht der Ort, diese dogmatische Frage abschließend zu klären, zumal nicht ersichtlich ist, ob sich daraus überhaupt relevante Konsequenzen ergeben würden. Überzeugend ist es jedoch, dass der Gleichheitssatz bereits alleine den (gleichheitsgemäßen) Zugang zu (öffentlichen) Einrichtungen regelt – dies ist sein Gewährleistungsgehalt.[1909] Die Nennung eines bestimmten Freiheitsrechts ist dabei nicht schädlich; es verdeutlicht, dass der begehrte Zugang in ein spezifisches, vom Freiheitsgrundrecht geschütztes, soziales System fällt. Soweit die Gleichheitssätze

1903 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293 [Hervorhebung im Original].

1904 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 178; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 88; vgl. auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 53 – 56.

1905 Eine Übersicht zum Streit gibt *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 72 – 75.

1906 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 73; *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293; *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 73 f.

1907 *Rixen*, DVBl. 2018, 906 (914 f.) sieht in der Rechtsprechung des BVerfG im Bereich des Sozialrechts die Leistungsdimension noch in den Freiheitsgrundrechten liegen, erwägt aber, die Konstruktion alternativ über Art. 3 Abs. 1 GG zu sützen.

1908 BVerwGE 52, 339 (348 f.). Von einem Alternativverhältnis geht *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 3 I GG Rn. 228 aus.

1909 *Sachs*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 107 (118).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– und das trifft insbesondere auf Art. 3 Abs. 1 GG zu – thematisch unbegrenzt gelten, greifen sie für jeden Lebensbereich ein.[1910] Der Verweis auf ein Freiheitsrecht mag dann nur den spezifischen Lebensbereich genauer bezeichnen, soweit ein Lebensbereich ein grundrechtliches Pendant gefunden hat.[1911] Mehr als eine Klarstellungsfunktion ist dem jedoch dogmatisch nicht zu entnehmen.[1912] Grundrechtliche Schutzlücken würden sich bezüglich der Teilhabe zudem dann stellen, wenn ein Lebensbereich bzw. ein soziales System gerade kein freiheitsrechtliches Pendant gefunden hat. „Art. 3 Abs. 1 GG begründet somit – in der Regel in Verbindung mit Freiheitsrechten – einen Teilhabeanspruch, wenn bestimmte, für die Freiheitsberechtigten zugängliche Einrichtungen bestehen. Er eröffnet den Zugang zur Hochschule, zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, zu sozialen Sicherungssystemen, zu Stadthallen als Ort parteipolitischer Werbung, zu Marktplätzen, zum Gemeingebrauch auf öffentlichen Wegen und Plätzen."[1913]

Einen Vorschlag zur Konkretisierung des Gewährleistungsgehaltes von Art. 3 Abs. 1 GG als derivativem Teilhaberecht hat *Wollenschläger* unterbreitet, dem hier gefolgt werden soll. Für ihn umfasst der Gewährleistungsgehalt in der Teilhabedimension zwei Aspekte: (1.) Ansprüche auf Partizipation an einem (staatlichen) Leistungsangebot und (2.) Ansprüche auf sachgerechte Ausgestaltung des Leistungsangebots – also eine Kontrolle der Verteilungsregeln.[1914] „Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die *gleichheitskonforme Ausgestaltung bestehender Leistungssysteme*, mithin sachgerechte *Zugangskriterien* und ein entsprechendes Verfahren."[1915] Damit geht es um mehr als die bloße Teilhabe am Vorhandenen, da es zusätzlich um die Kontrolle des bestehenden Leistungsregimes in seiner konkreten Ausgestaltung geht. Zugleich knüpft der derivative Teilhabeanspruch aber an einer bestehenden Organisation an, worin der entscheidende Unterschied zu originären Leis-

1910 *Sachs*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 107 (118).

1911 So auch *Kingreen*, in: BK, GG, Art. 3 Rn. 303: „Gleichheitsrechte sind Teilhaberechte, und zwar nur Gleichheitsrechte."

1912 Anders *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 74 – 78, der die Freiheitsgrundrechte als erhöhte Rechtfertigungsstandards heranzieht.

1913 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293.

1914 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 179; *ders.*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 70 – 71.

1915 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 180 [erste Hervorhebung im Original; zweite Hervorhebung hinzugefügt].

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsrechten besteht.[1916] Damit generalisiert *Wollenschläger* die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum derivativen Teilhaberecht.[1917]

3. Teilhabedimension im Privatrecht

Auch wenn *Wollenschlägers* Konzeption die Teilhabedimension auf einer mittleren Abstraktionsebene konkretisieren konnte, verbleibt auch er bei einer strikt staatsorientierten Position. Seine Untersuchung und Entwicklung des allgemeinen Gleichheitssatzes und insbesondere seiner Teilhabedimension ist dabei typologisch stark von staatlichen Verteilungsverfahren geprägt. So wird verständlich, dass aufgrund der Staatsgerichtetheit die Teilhabedimension für das Privatrecht weitgehend für irrelevant gehalten wird: „Die Anknüpfung von Teilhaberechten an die Zurverfügungstellung einer Einrichtung durch den Staat zeigt zugleich deren prinzipielle Staatsgerichtetheit auf."[1918] Daher sei die Teilhabefunktion zwar dogmatisch weitgehend abgesichert, aber eine irrelevante Funktion für das Privatrecht.[1919]

Dieses Urteil mag als Beschreibung für den aktuellen (verfassungs-)rechtlichen Diskurs zutreffen. Allerdings sprechen zwei Argumente gegen eine kategorische Unmöglichkeit der Re-Konstruktion der Teilhabedimension auch im Privatrecht. Zum einen wurden im bisherigen Privatrechtswirkungsdiskurs die Abwehr- und die Schutzfunktion zu Beginn ihrer „Entdeckung" auch nur staatsgerichtet gedeutet. Die Anwendungskonstruktion hat dann jedoch die Abwehrdimension auch für das Privatrecht fruchtbar gemacht. Die ursprünglich eng gefasste Schutzpflicht wurde für eine Vielzahl von genuin privatrechtlichen Grundrechtskollisionen ausgeweitet.[1920] Es wäre daher inkonsequent, sich konstruktiv einer Teilhabedimension auch im Privatrecht von vornherein zu verweigern. Zum anderen konnte die Untersuchung des allgemeinen Kontrahierungszwanges zeigen, dass auch dem Privatrecht eine Zugangs- bzw. Teilhabedimension nicht gänzlich unbekannt ist. Dabei wird dieses Institut vermehrt durch grundrechtliche Gewährleistungsgehalte überlagert. Ob der Gewähr-

1916 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 180.
1917 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261 spricht nur von (1.) der gleichheitsrechtlichen Ausgestaltung des Zugangs sowie (2.) der Verplichtung, die Kapazitäten der Einrichtung dem Bedarf der betroffenen Grundrechtsträger entsprechend zu nutzen.
1918 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261.
1919 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 262.
1920 Vgl. dazu oben § 9 I 1 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

leistungsgehalt eines konkreten Grundrechts einen Kontrahierungszwang auslöst, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob diesem Grundrecht eine Teilhabedimension – und da es sich hier um einen sozialen Konflikt zwischen zwei Privatrechtsakteur*innen geht – gerade auch im Privatrecht zukommt.[1921] Zudem klingt im Stadionverbotsbeschluss ebenfalls die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes implizit an: Welcher anderen Grundrechtsdimension sollte sonst die „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben"[1922] zugeordnet werden?[1923]

Stehen damit keine grundlegenden Bedenken entgegen, müssen jedoch Argumentationsschritte zur Erstreckung in das Privatrecht hineingefunden werden. Zwar bietet das Denken in Grundrechtsdimensionen eine allgemeine Methode zur Konkretisierung grundrechtlicher Gewährleistungsgehalte. Speziell für die Frage, inwieweit eine allgemein verfassungsrechtlich anerkannte Dimension auf das Privatrecht übertragen werden kann, fehlt es jedoch an einer spezifischen Methode. Allerdings kann das Denken in Grundrechtsdimensionen für die Herleitung auch privatrechtlicher Gewährleistungen in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachgewiesen werden.[1924] Diese Untersuchung schlägt dazu zwei argumentative Schritte vor: Zunächst sollen die Leitentscheidungen zur Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG, nämlich die Rechtsprechungslinie zum *numerus clausus*,[1925] aus differenzierungstheoretischer Perspektive dekonstruiert und anschließend generalisiert werden. Dabei soll es nicht um die einzelnen Sachentscheidungen an sich gehen,[1926] sondern um eine Beschreibung des sozialen Konfliktes, der dazu führte, dass hier Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen wird. Dadurch soll gezeigt werden, dass konstruktiv

1921 Siehe dazu oben § 8 III 2. Auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 239 f. bedenkt ansatzweise, die Teilhabedimension für die Ausgestaltung des Privatrechts fruchtbar zu machen, um die Entscheidungsspielräume *für alle* Wirtschaftsteilnehmer*innen zu sichern [Hervorhebung im Original].

1922 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

1923 Auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 56a ordnet jetzt den Stadionverbotsbeschluss der Teilhabedimension zu; ähnlich auch *Neuner*, NJW 2020, 1851 (1854): soziales Teilhaberecht, das Schutzpflichten auslöse.

1924 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 85 – 91 für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

1925 BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus I*; 43, 291 – *numerus clausus II*; BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14 – *numerus clausus III*; auch *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 221 Fn. 206 zieht die erste Entscheidung heran und re-spezifiziert den Teilhabegedanken im transnationalen Kontext.

1926 Siehe dazu *Groth/Hohnerlein*, KJ 51 (2018), 304; *Fehling*, RdjB 2018, 100.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

die zugrunde liegenden Wertungen auf andere Fälle, auch privatrechtliche, übertragen werden können. In einem zweiten Argumentationsschritt ist darüber hinaus auf einer Wertungsebene zu zeigen, dass dieser Konstruktionsschritt auch im Privatrecht geboten ist, um auf aktuelle Ausübungsbedingungen von grundrechtlich geschützter Freiheit in der modernen Gesellschaft zu reagieren.

a. Generalisierung und Re-Spezifizierung der Numerus-Clausus-Rechtsprechung

In allen drei *numerus clausus*-Entscheidungen geht es um die Hochschulzulassung zu medizinischen Studiengängen. Der Zugang zum Medizinstudium in Deutschland ist heute staatlich zentralisiert:[1927] Alle Abiturient*innen müssen sich bei der Stiftung für Hochschulzulassung (früher: Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen – ZVS) bewerben. Dabei sind die Studienplätze begrenzt. Die Stiftung für Hochschulzulassung muss daher die knappen Ausbildungsplätze für angehende Mediziner*innen verteilen. Differenzierungstheoretisch ausgedrückt, regelt damit diese staatliche Stiftung[1928] zunächst einen Teil der Inklusion in das Bildungs- und Wissenschaftssystem, indem nur bestimmte Studierende Zugang zu den medizinischen Studiengängen an deutschen Hochschulen erhalten. Darüber hinaus bestimmt sie maßgeblich über die spätere Inklusion der Leistungsrollenträger*innen in das Gesundheitssystem: Der Abschluss eines medizinischen Studiums ist entscheidene Voraussetzung beispielsweise für die Zulassung als Ärzt*in.[1929] Das Zulassungs- und Verteilungsverfahren der Stiftung für Hochschulzulassung kann damit als Inklusionsregel für einen kleinen Teil des Bildungs- und Wissenschaftssystems sowie für einen erheblichen Teil des Gesundheitssystems beschrieben werden. Der soziale Konflikt besteht mithin darin, dass ein staatliches Verteilungsverfahren über die Inklusion in das Bildungs-, Wissenschafts- sowie Gesundheitssystem entscheidet. Der allgemeine Gleichheitssatz in seiner Teilhabedimension sichert diese Inklusion ab bzw. kontrolliert die Verteilungsentscheidung.

1927 Siehe zur Entwicklung der zentralisierten Hochschulzulassung nach dem ersten *numerus clausus*-Urteil BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14 – *numerus clausus III*, Rn. 3 – 8.

1928 Nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 StV Hochschulzulassung ist die Stiftung für Hochschulzulassung eine Stiftung des öffentlichen Rechts.

1929 Vgl. § 3 Abs. 1 lit. 4 BÄO.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Generalisierung des sozialen Konfliktes kann in zwei Richtungen hin erfolgen. Zum einen kann der soziale Kontext des Zugangs und der Inklusion auch auf andere Kontexte hin generalisiert werden. Dies erscheint weitgehend unproblematisch: In staatlichen Zugangs- und Partizipationskontexten finden sich Verteilungsverfahren in ganz unterschiedlichen sozialen Kontexten.[1930] Zum anderen kann der Zugangs- und Inklusionskonflikt auch für privatrechtliche Konflikte generalisiert werden. Hier ist deutlich mehr Überzeugungsarbeit zu leiten. Ob die Teilhabedimension auch auf privatrechtliche Inklusionskonflikte erstreckt werden sollte, lässt sich nur auf der Wertungsebene beantworten. Es ist also nach Argumenten zu suchen, die dafürsprechen, dass privatrechtliche Inklusions- und Zugangskonflikte ähnliche Probleme wie staatliche Verteilungskonflikte aufweisen bzw. erzeugen.

b. Wertungsebene

So wie auch die Schutzpflichtendimension zu ihren Anfängen begründet werden musste, muss auch hier begründet werden, welche gesellschaftlichen Umstände eine Ausweitung der Teilhabedimension der Grundrechte auch gegenüber Privaten rechtfertigt; dies zeigt auch *Ruffert* nachdrücklich auf: Die Entwicklung einzelner Grundrechtsdimensionen – auch im Kontext ihrer jeweiligen Privatrechtswirkung – war und ist jeweils stark von politischen und sozialen Kontexten abhängig.[1931] Kein Grundrecht ist „*self-executing*", sondern setzt immer an bestimmten (staatlichen und gesellschaftlichen) Vorleistungen und Voraussetzungen an.[1932] Entsprechend des oben vorgestellten sozialtheoretischen Analysemodells, das auf differenzierungstheoretischen Grundannahmen beruht, soll hier die These entwickelt werden, dass es durch die funktionale Differenzierung entstandene strukturelle Abhängigkeitssituationen sind, die zu einer Ausweitung der Teilhabedimension der Grundrechte auch in das Privatrecht hinein führen. So überrascht es nicht, dass erste Ansätze in diese Richtung von systemtheoretisch inspirierten Arbeiten stammen. Die Teilhabedimension der Grundrechte kann generalisiert und anschließend im Privatrecht kontextspezifisch respezifiziert werden.

1930 Siehe die eingehende Analyse bei *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 193 – 523.
1931 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 7 f., 8 – 30.
1932 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

(1.) Abhängigkeiten in der funktional differenzierten Gesellschaft

So spricht beispielsweise *Teubner* von der Inklusionsfunktion der Grundrechte im Kontext der Horizontalwirkung.[1933] Dabei stellt er auf das „Inklusionsparadox der funktionalen Differenzierung" ab: Eigentlich sind alle Funktionssysteme darauf angewiesen und darauf ausgelegt, dass potentiell alle oder zumindest die meisten Menschen in sie (jeweils funktionsspezifisch) inkludiert werden; allerdings führt teilweise die innere Dynamik von Funktionssystemen dazu, dass ganze Bevölkerungsgruppen aus ihnen exkludiert werden.[1934] Bei Teilhaberechten geht es dann um verfassungsrechtliche Gegeninstitutionen gegenüber Exklusionswirkungen sozialer Systeme. „Grundrechte wirken dann nicht nur als Grenzen der Funktionssysteme gegenüber der Autonomie der Individuen, sondern als Garantien der Inklusion der Bevölkerung in die Funktionssysteme."[1935] *Teubner* geht es damit nicht mehr um eine systemtheoretische Deutung der Grundrechte, die gegen Expansionstendenzen sozialer Systeme in Stellung gebracht werden können, sondern um Inklusionskonflikte innerhalb einzelner Systeme.

Wichtig ist dabei, die Inklusions-/ Exklusionsdifferenz für jedes Teilsystem zu betrachten. So ist die derzeitige verfassungsrechtliche Dogmatik bezüglich der Teilhaberechte primär auf das politische System ausgerichtet oder versteht sich als grundrechtsdogmatische Weiterentwicklung im Zuge gewandelter Staatsaufgaben (Wohlfahrtsstaat als latente Antwort auf soziale Ungleichheiten). Da es nur bei der ersten „Erscheinungsform" um die systemspezifische Inklusion geht, soll sich hier darauf beschränkt werden. Die im politischen System verwirklichte Inklusionsidee über das Wahlrecht, die demokratisch-funktionale Dimension der Kommunikationsgrundrechte u.a.[1936] gilt es zu generalisieren, sodass in sämtlichen Funktionssystemen der Zugang faktisch gewährleistet werden kann.[1937] Zudem „ist es eine Aufgabe der Respezifizierung, die funktionssystemspezifischen Bedingungen so zu formulieren, die Zugang zu den gesellschaftlichen Institutionen ermöglichen."[1938] Dies führt zu einer „Drittwirkung von Grundrechten in

1933 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 207.
1934 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 207.
1935 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 208; das Inklusionsproblem reißen *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 329 zumindest an.
1936 Siehe zu dieser „Teilnahmedimension" oben § 9 IV 2.
1937 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 208; ansatzweise bereits *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 326 – 329.
1938 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 209.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Form eines Zugangsrechts".[1939] Die Inklusionsfunktion der Grundrechte schirmt damit nicht nur das Individuum und die individuelle Freiheit gegen den Staat ab, sondern gewährleistet auch die Inklusion in alle Funktionssysteme der modernen Gesellschaft.[1940]

Damit konnte *Teubner* den Begriff der Inklusion auch für die Privatrechtswirkung von Grundrechten einführen. Jedoch bleibt dabei unklar, warum genau Grundrechte auch Inklusionsfragen in der modernen Gesellschaft erfassen und regeln sollen. *Willke* hat hier – ebenfalls aus systemtheoretischer Perspektive – die Wertung gezogen, dass sich im Laufe sozialer Differenzierung, erst durch Arbeitsteilung, dann durch funktionale Differenzierung, die Ausübungsbedingungen von Freiheit geändert haben. „Ihre Funktion [der Teilhaberechte] ist die Garantie der Chance einer freien und gleichen Teilhabe an den immer schon gesellschaftlich vermittelten Prozessen der materiellen und kulturellen Produktion […]."[1941] *Willkes* Anknüpfungspunkt ist die Beobachtung einer funktional differenzierten Gesellschaft, in der die Sozialordnung nicht mehr (nur) als Summe individueller Lebensentwürfe verstanden werden kann, sondern als hochdifferenzierter, interdependenter Gesamtprozess.[1942] Damit deckt sich seine Beschreibung der Gesellschaft weitgehend mit den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Vorannahmen. Bereits oben konnte gezeigt werden, dass funktionale Differenzierung (1.) auf der Makroebene bedeutet, dass einzelne Funktionssysteme abhängig von den jeweiligen Leistungen anderer Systeme sind und (2.) der Einzelne für die Teilnahme an der Gesellschaft auf Inklusion in die jeweiligen Systeme angewiesen ist.[1943] Auch nach der systemtheoretischen Deutung werden im verfassungsrechtlichen Diskurs spezifische soziale Veränderungen reflektiert:[1944] Hintergrund des Aufkommens der Teilhaberechte sind diese veränderten Funktionsbedingungen komplexer Gesellschaften. Teilhaberechte seien die rechtstheoretische Antwort auf spezifische Steuerungsprobleme der sozialen Systeme.[1945]

1939 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 210; zu Zugangsrechten *Wielsch*, Zugangsrechte, S. 254.
1940 *Verschraegen*, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, 2013, S. 61 (62 f.) im Kontext von Menschenrechten.
1941 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 216 f.
1942 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.
1943 Siehe oben § 4 III 1, 2; § 8 III 1, 2.
1944 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.
1945 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„In einer Phase der Gesellschaftsentwicklung, in der nicht mehr der liberale Individualismus, sondern die soziale Interdependenz Basis der Gesellschaftsordnung ist, verfehlt eine einseitig auf maximale Freiheit zielende Grundrechtsinterpretation notwendig ihren eigenen Anspruch."[1946] Freiheit wird in immer stärkerem Ausmaße nur noch als gleiche Teilhabe an einem freiheitlich organisierten Gesamtprozess realisierbar, weil Menschen in vielfältiger Weise voneinander abhängig sind und sich in Verflechtungen unterschiedlicher Rollen und spezialisierten (Arbeits-)Bereichen gegenübertreten.[1947] Normativ sollte es also um eine auf gleiche Teilnahmechancen zielende Ordnung gehen.[1948]

Die Grundrechte sind vielleicht primär Freiheitsrechte, jedoch schließt das nicht aus, dass sie auch die Zuteilung von Lebenschancen beinhalten können.[1949] Die Multifunktionalität der Grundrechte bringt genau zum Ausdruck, dass es zwar immer noch um den Schutz erreichter Grundrechtspositionen geht (Abwehrfunktion gegenüber Staat), aber gleichzeitig um die soziale, tatsächliche Verwirklichung von Grundrechten (Schutz- und Teilhabefunktion).[1950] Es sind insbesondere die Leistungen der Funktionssysteme, die in der modernen Gesellschaft die Ausübung grundrechtlicher Freiheit ermöglichen. Nehmen sich Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik diesem Umstand nicht an, nehmen Verfassung, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft hin, dass der Einzelne einem bereits durch die bestehenden Machtverhältnisse strukturierten System gegenübersteht und sich diesem unterordnen muss. Dies trifft besonders diejenige, die auf die Systemleistungen zwingend angewiesen sind, um überhaupt eigene Freiheit auszuüben. Teilhaberechte bedeuten in diesem Kontext, dass die Interde-

1946 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218.
1947 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218. Hier kann auch eine grundrechtliche Parallele zu dem vertragstheoretischen Rollendenkens *Rehbinders* gesehen werden, vgl. dazu oben § 2 IV 3.
1948 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217, 219.
1949 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 219 mit Verweis BVerfGE 33, 303 (338) – *numerus clausus I*.
1950 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 220.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

pendenz rechtlich abgebildet werden kann.[1951] Damit werden Grundrechte notwendig zu sozialen Grundrechten.[1952]

Diese Abhängigkeit zur Grundrechtsausübung wird gegenüber staatlichen Inklusionsregeln bereits durch die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG hinreichend abgebildet. Die Debatte um Leistungs- bzw. Teilhaberechte gegenüber dem Staat verdunkelt jedoch das eigentliches Problem, nämlich dass in modernen Gesellschaften alle Menschen auf andere Menschen, Institutionen, Systeme o.ä. angewiesen sind, um ihre Freiheit auszuüben – der Staat ist im Bereich der Hochschulzulassung nur ein Teil des Gesamtproblems.[1953] Bei der Teilhabedimension der Grundrechte geht es auch um die Voraussetzungen oder tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsausübung.[1954] Damit geht es aber darum, dass zur Ausübung der eigenen Freiheit Leistungen anderer Menschen in Anspruch genommen werden sollen bzw. müssen. Die mit dem Teilhabeanspruch reklamierte Freiheit wird durch den Staat vermittelt, aber die Mitglieder des Gemeinwesens fungieren dabei insgesamt als indirekte Anspruchsgegner des Teilhabeanspruchs.[1955] Soziale Teilhabe und Abhängigkeiten gibt und gab es jedoch schon immer: Die etatistisch mediatisierte Teilhabe ist nur eine Erscheinungsform. Insbesondere können die Vertrags- und Eigentumsfreiheit als

1951 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 221; angedeutet, mit einem Fokus auf international tätigen Unternehmen, bei *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 291 (allerdings auf dem Niveau einer Alltagserfahrung).

1952 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 224. Ähnlich auch *Verschraegen*, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, 2013, S. 61 (67 f.) zur Rolle sozialer Leistungsrechte: „*By assigning 'social rights' to all its citizens, welfare states aim to guarantee equal chances of inclusion in all important function systems, mainly by insulating or differentiating labour market inclusion from other forms of inclusion (thus ensuring that one's standing in the labour market remains relatively independent from inclusion in other social systems such as education or healthcare).*" In diesem Zitat wird deutlich, dass auch bereits staatliche Geldleistungen (insbesondere das Sozialrecht) auf soziale Teilhabe gerichtet sind. Dies betrifft jedoch fast ausschließlich ökonomische Schieflagen – oder soziologisch: Probleme sozialer Ungleichheit. Die Teilhabeprobleme funktional differenzierte Gesellschaften werden dadurch nicht adressiert.

1953 So auch *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218: Leistungsstaat nur ein Symptom.

1954 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (538); ebenso *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 67 f.

1955 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (538).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weitgehender materieller Teilhabeschutz gedeutet werden.[1956] Die Freiheiten der Menschen sind verschränkt; sie sind voneinander abhängig – dies ist die „primäre Teilhabeordnung".[1957]

Aus der Beobachtung, dass Menschen generell und nicht nur in besonderen Situationen aufeinander angewiesen sind, wäre es hingegen fatal, Teilhabeansprüche jedermann gegen jedermann abzuleiten; es geht hier darum, die Freiheit richtig zu begreifen: „So bestätigt die ‚Teilhabe an staatlichen Leistungen' zunächst nur, dass man, wo immer man den Fragmenten der heutigen Grundrechtsdogmatik auf den Grund geht, auf die Grundstrukturen der Freiheit stößt."[1958]

Die Theorie funktionaler Differenzierung betont damit, dass die Dichotomie Staat und privater Bereich – und Interdependenzen zwischen ihnen – nur eine mögliche, relevante Konfliktlinie der Inklusion und anderen Konflikten bildet. Inklusions- und Zugangsfragen stellen sich in der modernen Gesellschaft insbesondere zwischen einzelnen Funktionssystemen[1959] und bezüglich der Inklusion einzelner Akteure in die Funktionssysteme.[1960] Auch eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie identifiziert das Problem einer „Teilnahme an Interaktionszusammenhängen", wenn davon die Grundrechtsausübung abhängt.[1961] Der Gleichheitssatz bietet eine mögliche Antwort darauf: Zugang zur (Möglichkeit der) Freiheit.[1962] Oder anders: Der Gleichheitssatz kann durch die Teilhabedimension als eine Zugangsregel im Privatrecht allgemein und im Vertragsrecht im Besonderen konstruiert werden. Er sichert damit die Partizipation an den Leistungen der einzelnen sozialen Funktionssysteme.[1963] Aus der Zusammenschau der Beschreibung, dass die funktional differenzierte Gesellschaft zwar grundsätzlich auf eine weitgehende Inklusion aller Mitglieder der Gesellschaft

1956 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (539); dies greift auch *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 96 – 100 für ihre Konzeption einer immanent gebundenen Vertragsfreiheit auf.

1957 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (539).

1958 *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (539 f.), Zitat bei (540).

1959 Diese Dimension nimmt bezüglich des systemischen Wissensaufbaus *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008 ein.

1960 Siehe dazu oben § 4 III 1, 2; § 6 III 2 b aa.

1961 *Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 6.

1962 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 234; vom „Zugang zur Freiheit" spricht auch *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 228.

1963 So *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1027.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ausgerichtet ist,[1964] und der Erkenntnis, dass jedes soziale System spezifische Inklusions- und Exklusionsregeln ausbildet, kann die Zugangsregel für den Vertrag derart formuliert werden: Durch die Institution des Vertrages und durch die Vertragsfreiheit wird Inklusion zunächst (*prima facie*) ermöglicht. Der Vertrag in seiner Ordnungsfunktion ermöglich jedoch, bereichsspezifische Inklusions- und Exklusionsregeln festzulegen. Der Gleichheitssatz als Zugangsregel dient dann als rechtlicher Kontrollmechanismus, um die eigenrational gesetzten Exklusionsregeln zu überprüfen.

(2.) Der allgemeine Gleichheitssatz als privatrechtliches Teilhaberecht

Wie *Hellgardt* anlässlich des Stadionverbotsbeschlusses zutreffend anmerkt, sollte die Privatrechtswirkung einer Grundrechtsdimension nicht nur auf verfassungsrechtlicher Ebene begründet werden. Vielmehr muss darüber hinaus geprüft werden, ob diese Grundrechtsdimension auch mit der Eigenrationalität des Privatrechts vereinbar ist.[1965] Unter der Vorannahme[1966] einer produktiven Irritation des Privatrechts durch die Grundrechte als Rechtfertigungsgebote dürfen hieran jedoch keine zu großen Anforderungen gestellt werden. Denn das Verfassungsrecht kann unter Umständen das Privatrecht auch dazu zwingen, bestimmte neue Prinzipien in sich aufzunehmen; das Privatrecht ist gegenüber den Grundrechten keine hermetisch geschlossene Sphäre. Mit diesem Maßstab ist danach zu fragen, ob die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes bereits an bestimmte Strukturen oder Diskurse im Privatrecht anknüpfen kann.

Bereits im Rahmen der Untersuchung des allgemeinen Kontrahierungszwangs konnte gezeigt werden, dass seine Grundstruktur in der modernen Gesellschaft mit grundrechtlichen Wertungen angereichert wird, wo-

1964 Dies greift *Verschraegen*, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, 2013, S. 61 (72) auf und wandelt es normativ: „Human beings live outside the function systems, yet every individual *has to have access to every function system* if and so far as his or her mode of living requires the use of the functions of society. Everyone should be able to enjoy legal status and the protection of the law, everyone should be educated in schools, everyone should be able to acquire and spend money, and so on." [Hervorhebung hinzugefügt].

1965 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904): "Der Versuch, die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht vermittels der Grundrechtsfunktionen zu erklären, bleibt aber unvollständig, solange nicht auch die unterschiedlichen Funktionen des einfachen (Privat-)Rechts in den Blick genommen werden."

1966 Siehe oben § 9 I 3 b, d.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei hier primär die Frage relevant wird, ob der Gewährleistungsgehalt eines bestimmten Grundrechts einen privatrechtlichen Teilhabeanspruch umfasst.[1967] Darüber hinaus wurde der Stadionverbotsbeschluss zum Anlass genommen, um aus der Perspektive der *iustitia distributiva* allgemein über privatrechtliche Teilhaberechte nachzudenken.[1968] Beide Diskurse gehen – zumindest implizit – auf frühe Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als privatrechtliches Teilhaberecht zurück: *Ludwig Raiser* war einer der ersten, der in Betracht zog, ob sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ein privatrechtliches Teilhaberecht ergibt, welches die dogmatische Form des Kontrahierungszwanges annimmt.[1969] Daran anknüpfend versuchte *Wolf* die Fälle zu konkretisieren, in denen der Gleichheitssatz auch im Privatrecht Wirkung entfalten sollte. Für ihn stand dabei eine soziale Gruppendimension im Mittelpunkt seiner Überlegungen: Über Art. 3 Abs. 1 GG erstarkt das rechtlich relevante Interesse, Teil einer spezifischen sozialen Gruppe zu sein, zu einem Teilhaberecht, um zu verhindern, dass die einzelnen Mitglieder aus der Gruppe herausbrechen.[1970]

Die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes in ihrer Privatrechtswirkung kann damit an bereits bestehende Diskurse im Privatrecht anschließen. Besonders stark decken sich die soeben aus differenzierungstheoretischer Perspektive angestellten Überlegungen zu Abhängigkeiten in der modernen Gesellschaft und der soziale Gruppengedanke von *Wolf*: Das Interesse an Inklusion in der funktional differenzierten Gesellschaft, um an Sozialität partizipieren zu können, ist die aktualisierte Version der Teilhabe an einer sozialen Gruppe.

(3.) Schwächen der etablierten Systemtheorie der Grundrechte

Genau an dieser Stelle weisen „traditionelle" Konzeptionen einer systemtheoretischen Grundrechtstheorie große Schwächen auf.[1971] Zwar greifen sie die kollektive Dimension der Grundrechte auf und betonen den Schutz der sozialen Systeme. Grundrechte werden als Abwehrrechte gegen den Staat

1967 Siehe dazu oben § 8 III 2.
1968 Siehe dazu oben § 3 III 3 b.
1969 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts 1977 [1949], S. 1 (8 f.).
1970 *M. Wolf*, in: FS L. Raiser, 1974, S. 597 (598, 611 f.); aufgegriffen von *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 35 – 37.
1971 *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 301 – 345; *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verstanden, der von den eigennormativen und eigenrationalen Kommunikationsprozessen innerhalb der einzelnen Systeme ferngehalten werden soll.[1972] Hier wird mit Prämissen operiert, nach denen sich die Funktionssysteme am besten gänzlich selbst regulieren bzw. nur selbst regulieren können und deshalb Konflikte ohne (staatliche) Eingriffe in den Systemen selbst ausgetragen werden sollten.[1973] Insbesondere *Ladeur* operiert hier mit spezifisch-systemtheoretischen Beschreibungen, die die moderne Gesellschaft als zu komplex für eine zentrale Wissensakkumulation ansehen und stattdessen plurale soziale Selbstorganisationsprozesse innerhalb der einzelnen Teilsysteme betonen.[1974]

Auch wenn diese Beschreibung der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft angemessen ist, kann sie aber normativ gewendet (!) nicht unhinterfragt im rechtswissenschaftlichen Diskurs übernommen werden. Der Systemtheorie der Grundrechte ist zu verdanken, dass wir insbesondere über die speziellen Freiheitsgrundrechte systeminterne Kommunikationsprozesse rechtlich abbilden können und sie gegen den Staat oder der Expansion anderer sozialer Systeme (Intersystemkonflikt) schützen können.[1975] Werden jedoch auch Konflikte innerhalb einzelner sozialer Systeme (Intrasystemkonflikt) an das Verfassungsrecht herangetragen, kann die rechtswissenschaftliche Betrachtung nicht auf der Makroebene verharren, sondern muss – wie es diese Untersuchung getan hat – auch die Mikro- und Mesoebene betrachten. Deutlich wurde exemplarisch an der Untersuchung des Stadionverbotskonfliktes, dass auch innerhalb einzelner sozialer Systeme Konflikte und Machtstrukturen bestehen, über die dann das Rechtssystem urteil muss. An dieser Stelle muss eine Systemtheorie der Grundrechte wieder zu ihrem individual-rechtlichem Ausgangspunkt zurückkehren und einzelne Akteure schützen bzw. – im Kontext der Teilhabedimension – ihnen Inklusion ermöglichen. Auch eine systemtheoretische Deutung der Grundrechte darf nicht die Augen davor verschließen, dass die Wissens- und Regelbildungsprozesse in einzelnen sozialen Systemen nicht immer harmonisch verlaufen.

1972 Deutlich in der Konzeption von *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (497): Schutz der „transsubjektiven Selbstorganisation *zwischen* den Individuen durch Erzeugung sozialer Normen und Institutionen".

1973 Vgl. *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (502, 508 – 510).

1974 Siehe zur Einordnung *I. Ausgberg*, in: I. Augsberg/Unger (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, 2012, S. 314.

1975 Akzentuiert bei *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 315.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(4.) Teilhaberechte und Menschenrechtspakte

Diese Aspekte greift ansatzweise *Schönberger* auf: Sie erkennt zutreffend, dass es im Stadionverbotsfall – aber auch in den übrigen der hier diskutierten Fälle der Gesellschaft – um gesellschaftspolitische Konflikte von Zugang und Ausschluss sowie um Ressourcennutzung geht.[1976] Dabei spiegeln sich in diesen rechtlichen Konflikten „grundlegende Veränderungen und Verschiebungen innerhalb der Gesellschaft selbst wider".[1977] Die Grundrechte – und somit auch in institutionell-kompetenzieller Hinsicht das Bundesverfassungsgericht – werden zu einer „Vermittlungsinstanz" für den Ausschluss bestimmter Personen.[1978] Sie erkennt dann ebenfalls die grundrechtliche Teilhabedimension dieser Fälle: „Vor allem die Entscheidung zum Stadionverbot ist in dieser Entwicklung deshalb besonders interessant, weil sie die Fragestellung der Teilhabe erstmals anhand eines rein sozialen Bezugs ohne Verortung im politischen Grundrecht der Versammlungsfreiheit verhandelt und damit die Grundrechte erstmals für die Frage der Teilhabe an nicht politisch aufgeladenen, einfachen sozialen Beziehungen in Stellung bringt. Damit verweist die Entscheidung auf eine Debatte, die auf internationaler Ebene bereits seit einiger Zeit geführt und explizit auch rechtlich rekonstruiert wird: die Diskussionum die Sicherung der Teilhabe am kulturellen und sozialen Leben."[1979] Damit rekurriert sie auf die Argumentation des Stadionverbotsbeschlusses, dass durch die Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG „[d]er Sache nach" gleichzeitig das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben nach Art. 15 Abs. 1a des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte „Berücksichtigung" findet.[1980] Dieses Menschenrecht gewährleistet u.a. den Zugang zu Sportveranstaltungen.[1981] Dieser Aspekt der Gemeinschaftsbildung werde jedoch von Verfassungsrechtsprechung sowie -rechtslehre weitgehend ignoriert bzw. nur oberflächlich thematisiert.[1982]

1976 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (306).
1977 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (293 f.).
1978 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (299 f.).
1979 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (306).
1980 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 42.
1981 Stellungnahme des Commitee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 21 [2009], 43rd session, UN Doc E/C.12/GC/21, Ziffern 13 und 16, die auch von BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 42 zitiert wird.
1982 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (309).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies zeigen auch die Anmerkungen zum Stadionverbotsbeschluss: Der Rekurs des Bundesverfassungsgerichts auf die internationalen Menschenrechtspakte wurde als „eklektisch anmutende Erwähnung“[1983] oder „seltene Referenz“[1984] bezeichnet. Der generalisierte Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes[1985] wurde zwar auch hier erkannt, jedoch sei unverständlich, warum gerade der allgemeine Gleichheitssatz die Schnittstelle zu den Menschenrechten sei.[1986] Dabei betonten frühe Arbeiten zur Teilhabedimension der Grundrechte die Ähnlichkeiten von grundrechtlichen Teilhaberechten und sozialen Verbürgungen der Menschenrechtskonventionen.[1987] Zudem ist der Rekurs der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung auf international garantierte Menschenrechte für eine mit der Teilhabedimension eng verbundene Dimension – der Leistungsdimension – nicht neu: In den Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zum Sozialrecht und zu grundrechtlichen Leistungsansprüchen ist erkennbar, dass diese vom Einfluss sozialer Menschenrechte geprägt sind.[1988] „Dadurch verändert sich die Sicht auf die Grundrechte des Grundgesetzes, wobei das Sozialstaatsprinzip, das in Verbindung mit den genannten Freiheitsrechten bzw. der Menschenwürde zur Anwendung kommt, diese international-menschenrechtlichen Impulse auf die Ebene des nationalen Verfassungsrechts übersetzt.“[1989] Auch hier bietet die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Erklärung für den Rekurs auf den Menschenrechtspakt.

Schönberger rekonstruiert – mit anderem sozialtheoretischen[1990] Vorannahmen[1991] – damit ebenfalls den sozialen Konflikt als Inklusions- bzw.

1983 *Michl*, JZ 2018, 910 (913, 916).
1984 *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36).
1985 Ständige Rspr. des BVerfG: erstmals BVerfGE 6, 309 (362), 64, 1 (20); aus jüngerer Zeit BVerfGE 111, 307 (316); E 128, 326 (367); E 141, 1 Rn. 71; E 151, 1 Rn. 62; siehe dazu *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 25 Rn. 5 f.
1986 *Michl*, JZ 2018, 910 (916).
1987 *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 372.
1988 Ähnlich auch *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36), der den Topos der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben in die Nähe der „Hartz-IV“-Rechtsprechung einordnet.
1989 *Rixen*, DVBl. 2018, 906 (913 mit Nachweisen zur Rechtsprechung in Fn. 82).
1990 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (294 – 303) verwendet primär die Topoi Kommerzialisierung und Musealisierung sozialer Beziehungen.
1991 *Schönbergers* Analyse ist in Kombination mit dem hier vorgestellten Ansatz ein gutes Beispiel dafür, dass es bei der Transversalität nicht um einen „Wettkampf“ der einen vermeintlich richtigen wissenschaftlichen Deutung eines sozialen Konfliktes geht. (1.) Verstärken sich beide sozialwissenschaftlich informierten Rekonstruktionen, weil sie trotz unterschiedlicher Vorannahmen zu ähnlichen Problembeschrei-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Teilhabekonflikt. Bei der Frage danach, wie das (Verfassungs-)Recht darauf responsiv reagieren kann, ist sie jedoch zu vorsichtig: Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts über den allgemeinen Gleichheitssatz bezeichnet sie vor dem Hintergrund, dass das Auffanggrund der allgemeinen Handlungsfreiheit sinnvollerweise nur staatsgerichtet sein kann, als „Anzeichen einer gewissen Hilflosigkeit" wie dieses soziale Problem rechtlich rekonstruiert werden kann; es sei kein grundrechtsdogmatisches Konzept erkennbar.[1992] Um die Dimensionen der Inklusion – bzw. nach ihrer Terminologie: der Gemeinschaftsbildung – rechtsdogmatisch über die Grundrechte erfassbar und abbildbar machen zu können, bedürfe es nach *Schönberger* einer neuen Grundrechtsdimension.[1993] Hier irrt sie doppelt: Zum einen bestehen bereits Ansätze, die noch stärker als diese Untersuchung es tut, die kollektive Dimension der Grundrechte in Bezug auf Gemeinschaftsbildung betonen.[1994] Zum anderen bietet die etablierte Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht eine kohärente Re-Konstruktionsmöglichkeit, den sozialen Konflikt zu mediatisieren. Um es systemtheoretisch auszudrücken: „Gleichheitsgrundrechte stellen […] sicher, dass jedes Individuum an den jeweiligen Kommunikationsprozessen in den Teilgesellschaften gleichberechtigt teilnehmen kann."[1995] Ob diese Mediation tatsächlich gelingt, ist dabei eine Frage einer adäquaten dogmatischen Konstruktion.

V. Dogmatische Re-Konstruktion der Horizontalwirkung

Nachdem geklärt werden konnte, dass der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG über seine Teilhabedimension im Privatrecht Wirkung entfaltet, geht es um die Frage, wie dies dogmatisch-strukturell zu bewäl-

---

bungen kommen. (2.) Ist wissenschaftstheoretisch sowie wissenschaftssoziologisch die „richtige" Beschreibung ohnehin nicht zu erreichen, da die wissenschaftliche Rekonstruktion des sozialen Konfliktes eine Beobachtung zweiter Ordnung ist, also innerhalb der jeweils eigenen Rationalität die Wirklichkeit beschreibt.

1992 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (309 – 311).

1993 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (312).

1994 *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie, 1983, S. 376 – 382: korporative Grundrechtsdimension. Diese wird hier nicht aufgegriffen, weil es in dieser Untersuchung nicht primär um Fragen der Gruppenbildung bzw. Machtkonstellationen innerhalb sozialer Gruppen geht, sondern um den grundsätzlichen Zugang zu sozialen Systemen; vgl. jedoch auch unten § 10 III.

1995 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1027.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigen ist. Denn die Kollision zwischen Freiheit und Gleichheit ist eine Kollision – wenn man sie überhaupt als Kollision von Rechtsprinzipien ansehen möchte – von Rechtsprinzipien höchster Abstraktheit. Auch eine Konkretisierung als Kollision zwischen Gleichheitssatz und Freiheitsgrundrecht(en) ist noch keine dogmatische Rationalisierung des Konfliktes. Dabei müssen zwei Ebenen unterschieden werden.[1996] Unstreitig ist, dass sobald Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht Wirkung entfaltet, die Norm mit anderen Grundrechten anderer Privatrechtsakteur*innen ausgeglichen werden muss. Nochmals: Private können nicht generell wie der Staat an die Grundrechte gebunden sein; sie sind zugleich Grundrechtsträger, sodass ihre Grundrechte berücksichtigt werden müssen.[1997] Dies ist die heuristische Ebene: Die Kollision zwischen dem Gleichheitsrecht muss mit den Freiheitsrechten auf irgendeine Weise ausgeglichen werden. Wie das Recht diese Kollision dogmatisch auflöst, ist eine andere Frage. Dabei spielen Aspekte wie die Struktur der Rechte, bereits vorhandene Dogmatiken zu speziellen Grundrechten aber auch Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle.

1. Verhältnismäßigkeits- bzw. Abwägungsmodell

Geht es um den Ausgleich von zwei kollidierenden Grundrechten, geht es um die Frage, wie ein Konflikt zwischen zwei oder mehreren Prinzipien rationalisiert werden kann. Geht es um die typische Konstellation, dass zwei Freiheitsgrundrechte in ihrer jeweiligen Privatrechtswirkung miteinander kollidieren, so wird der Prinzipienkonflikt regelmäßig durch eine Abwägung aufgelöst.[1998] Ob es sich bei dieser Abwägung um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz handelt, hängt davon ab, ob man ihn begrifflich auf (tendenziell hierarchische) Zweck-Mittel-Relationen beschränken[1999] oder ihn ebenfalls auf (tendenziell gleichgeordnete) Grundrechts-[2000] und allgemein privatrechtliche Interessenkollisionen[2001] anwenden möchte. Dabei geben insbesondere die sachlichen Schutzbereiche (Schutzgegenstände), die Gewährleistungsgehalte und die objektiven Dimensionen eines Grund-

1996 Ähnlich *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 27, 37.
1997 Siehe dazu oben § 9 I 1 a.
1998 *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (550).
1999 So die Engführung bei *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017.
2000 *M. Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 294 – 296.
2001 *M. Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 330 – 335.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

rechtes die betroffenen Rechtsgüter wieder, deren gegenseitige Beeinträchtigungen dann einzelfallbezogen ausgeglichen werden müssen.[2002] Dies war auch Anknüpfungspunkt für Kritik am Stadionverbotsbeschluss, da dieser den Konflikt nicht über eine bekannte Abwägung zwischen Freiheitsgrundrechten löste.[2003]

Interessanterweise spricht das Bundesverfassungsgericht in seinem Stadionverbotsbeschluss nicht von einer Abwägung, sondern untechnisch von einer „Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentümerbefugnissen und Gleichheitsgebot".[2004] Das lässt sich dadurch erklären, dass bei einer Kollision zwischen Freiheitsgrundrechten mit Gleichheitsgrundrechten dieser Automatismus – wenn Grundrechtskollision, dann unmittelbare Abwägung – nicht zwingend ist: Dem allgemeinen Gleichheitssatz müssten Schutzgegenstände entnommen werden können, die mit denen von Freiheitsrechten vergleichbar sind, deren gegenseitige Beeinträchtigung dann im Einzelfall abgewogen werden könnte. Ob dies möglich ist, hängt maßgeblich von der Struktur des Art. 3 Abs. 1 GG ab.

a. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung als Grundstruktur

Dem allgemeinen Gleichheitssatz liegt ein relativ simpler Grundgedanke zugrunde: „Gleiche Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich, unterschiedliche nicht gleich behandelt werden, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt."[2005] Daraus folgt eine klare dogmatische (Prüfungs-)Struktur: „Erstens muss eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegen, zweitens sind die gleichen und ungleichen Elemente der betroffenen Sachverhaltskonstellationen zu sammeln, um drittens zu fragen, ob die (Un-) Gleichbehandlung im Hinblick auf diese gleichen und ungleichen Elemente zu rechtfertigen ist, wobei sich als zentrales Problem des

2002 Siehe nur aus jüngerer Zeit BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 96: „Die sich gegenüberstehenden Grundrechte sind miteinander abzuwägen. Als Grundlage der Abwägung ist zunächst ihr jeweiliger Gewährleistungsgehalt zu erfassen."

2003 *Droege*, npoR 2018, 241 (244); *Staake*, SpuRT 2018, 138 (140) speziell bezüglich der Vernachlässigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

2004 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 44; bezüglich der vom Senat – zutreffend – für nicht einschlägig erachteten allgemeinen Handlungsfreiheit findet sich jedoch der Abwägungstopos (Rn. 38).

2005 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gleichheitssatzes die Frage nach dem Rechtfertigungsmaßstab stellt."[2006] Detailfragen bestehen hinsichtlich einzelner Unteraspekte von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.[2007] Die weitgehende Einigkeit bezüglich der grundlegenden Struktur des Gleichheitssatzes komme dadurch auf, dass das Gleichheitsurteil auf die Herstellung einer spezifischen Relation gerichtet ist.[2008]

Die Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG wird also durch einen Dualismus aus Ungleichbehandlung und Rechtfertigung geprägt.[2009] Dies wird auch durch eine Perspektive bestätigt, die sich dem Prinzip der Gleichheit von privat- und unionsrechtlicher Ebene aus nähert. Auch im Privatrecht findet sich eine einheitliche Grundstruktur der Gleichbehandlungsansprüche und Diskriminierungsverbote, die durch Ungleichbehandlung und Rechtfertigung geprägt ist.[2010] Auch im Unionsrecht findet sich diese Struktur.[2011] Gleichheitsrechte folgen damit einer gänzlich anderen Logik als Freiheitsrechte. Zwar geht es auch bei allen Gleichheitssätzen um die Abstimmung von Rechtsgütern und Rechtspositionen. Diese Abstimmung ist damit aber substantieller Bestandteil des Gleichheitssatzes (Rechtfertigungsprüfung), wohingegen bei Freiheitsrechten einem bereits vorgefundener Freiheitsbereich fremde Rechtsgüter „von außen" entgegengehalten werden.[2012]

b. Abweichende Konstruktionen

Allerdings existieren auch andere Konzeptionen des Gleichheitssatz, die diesen insbesondere anhand der Trias von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung strukturieren wollen.[2013] „Der Aufbau ist heute Gegenstand

2006 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.
2007 Zu den Variationen des herkömmlichen, nicht am Eingriffsschema orientierten, Aufbau siehe überblicksartig *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.4.
2008 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 51: „jeder Gegenständlichkeit ermangelnden Allgemeinheit des Grundrechts"; ähnlich auch *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31.
2009 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 40; für die privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten *Grünberger*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (10 – 12).
2010 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 749, 759, 774.
2011 *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 248 – 371.
2012 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.2.
2013 *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 – 65; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (358 – 362); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 889 – 891.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zahlreicher, dogmatisch oft tiefgreifender, rechtstheoretisch wie rechtsphilosophisch aufgeladener Kontroversen."[2014] Dabei stehen zwei Erkenntnisinteressen im Vordergrund: Zum einen geht es rechtstheoretisch um die „richtige" (also die überzeugendste) normlogische Konzeption von Art. 3 Abs. 1 GG und anderen Gleichheitssätzen.[2015] Zum anderen wurde die Diskussion dadurch geprägt, dass die Literatur versuchte, den Übergang in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der „alten Formel" zur „neuen Formel" bis hin zur heute gültigen „Stufenlos-Formel" dogmatisch nachzuvollziehen.[2016] Auslöser war, dass das Bundesverfassungsgericht eine Rechtfertigung unter Willkürgesichtspunkten in immer mehr Fällen durch Verhältnismäßigkeitsaspekte ablöste. Die Versuche waren von der Prämisse geprägt, dass die Einpassung der (von den Freiheitsgrundrechten bekannten) Verhältnismäßigkeit in die Gleichheitsprüfung (nur) durch eine Umstellung der (von den Freiheitsgrundrechten bekannten) Struktur in Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung möglich sei.[2017] Hier ist nicht der Raum die normtheoretische Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG zu klären. Auch kann hier dahinstehen, ob es sich bei der „gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeit" um die von Freiheitsrechten bekannte Verhältnismäßigkeit handelt.[2018]

Relevant ist für diese Untersuchung, ob sich aus diesen alternativen Konstruktionsmöglichkeiten ein fest zu umreißender – den Freiheitsgrundrechten vergleichbarer – „Schutzbereich" ergibt. Auf die Terminologie kommt es hier nicht an; man kann auch von „Anwendungsbereich", „Geltungsbereich", „Schutz vor Diskriminierung" oder „Verweigerung von Leistung"[2019] oder „Gleichbehandlungsinteresse" sprechen. Es geht um die Frage, ob wir aus Art. 3 Abs. 1 GG einen dogmatischen Bereich definieren können, der einer unmittelbaren Abwägung zugänglich ist.

2014 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.1.

2015 Dabei ist jedoch die Frage nach der außentheoretischen Konzeption des Gleichheitssatzes im Zuge der Frage gestellt worden, inwieweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz integriert werden kann wie *Borowksi*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 471 zeigt.

2016 Dazu *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 28 f.

2017 Deutlich erkennbar bei *Huster*, JZ 1994, 541 (541, 542).

2018 Verneinend *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 34 – 38a; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 240 f.; *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 125 Rn. 33.

2019 So die terminologischen Vorschläge von *Jarass*, AöR 120 (1995), (362) in Bezug auf den Schutzbereich von Gleichheitsrechten.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So ist beispielsweise versucht worden, den allgemeinen Gleichheitssatz in Annäherung an die Freiheitsgrundrechte durch die Trias Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung zu strukturieren.[2020] Die Konstruktion über Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung ist aber lediglich eine grobe Strukturierung: Insbesondere ist über den „Schutzbereich" noch nichts gesagt, denn es ist allgemein hin anerkannt, dass das subjektive Recht auf Gleichbehandlung (zumindest) auf die Abwehr und Beseitigung von Ungleichbehandlungen gerichtet ist.[2021] Kann diesem Recht aber auch ein Objekt zugeordnet werden, und wenn ja, was macht seinen Schutzgegenstand aus? Denn „die Gleichheit" erscheint dem Gleichheitssatz dogmatisch als „relationales Prädikat". Daher werden Gleichheitsrechte oft als „modale Abwehrrechte" bezeichnet, die kein eigenes Objekt haben, sondern sich gegen den Modus, nämlich die Ungleichheit eines inhaltlich beliebigen (Staats-)Aktes richten.[2022]

Einen solchen Schutzgegenstand nehmen aber auch die anderen Konstruktionen nicht an. So führt beispielsweise *Jarass* zutreffend aus, dass den speziellen Gleichheitssätzen ein bestimmter Anwendungsbereich zugesprochen werden kann, nämlich eine Eigenschaft einer Person (bzw. einer Person zugeschriebenen Eigenschaft) wie bei Art. 3 Abs. 3 GG oder es um eine spezielle Situation wie z.B. Art. 33 Abs. 2 GG geht.[2023] Aufgrund der doppelt unbestimmten Struktur (sachliche Unbegrenztheit sowie Anknüpfungsunabhängigkeit)[2024] des allgemeinen Gleichheitssatzes habe dieser hingegen einen grundsätzlich umfassenden Schutzbereich.[2025] Dabei finden sich keine Aussagen zu einer Konkretisierung eines abwägungsfähigen Gleichheitsgegenstands. „Der Eingriff in eine individuelle Freiheitssphäre ist etwas grundlegend anderes als eine durch staatliche Maßnahme bewirkte Ungleichbehandlung. Wegen ihres Relationscharakters konstituiert die Gleichheit keine abgezirkelte Freiheitssphäre."[2026] Der allgemeine Gleich-

2020 *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 – 65; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (358 – 362); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 889 – 891.
2021 So *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57.
2022 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57; *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31.
2023 *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (361 f.).
2024 *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 97 f.
2025 *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (362).
2026 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 42.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitssatz kennt damit keinen Schutzbereich im Sinne eines konkretisierten Gewährleistungsgehalts.[2027]

Auch ein Blick auf den normtheoretischen Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 I GG zeigt, dass sowohl die innentheoretische als auch die außentheoretische Konstruktion[2028] der Norm keinen eigenständigen „Wert" zuweisen, der unmittelbar in einer Abwägung mit anderen Prinzipien münden könnte. Alle Modelle stellen zumindest auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes ab, wodurch entweder keine Ungleichbehandlung vorliegt oder diese gerechtfertigt ist.[2029] Dies zeigt auch die Auseinandersetzung von *Borowski* mit den unterschiedlichen Schutzbereichskonzeptionen: Sie alle weisen einen *prima facie* Schutz einer *Ungleichbehandlung als Relation* zu.[2030] Auch von der privatrechtlichen Seite her gedacht: die Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung taucht überall dort auf, wo Gleichbehandlung und Privatautonomie ausgeglichen werden müssen, jedenfalls wenn man von einem Einheitsmodell bezüglich Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ausgeht.[2031]

Wenig für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG geeignet ist auch *Husters* Unterscheidung von internen und externen Regelungszielen. Dabei unterscheidet er die internen Regelungsziele eines Rechtsgebietes, die unmittelbar die Sachstruktur dieses Bereichs betreffen, von externen Regelungszielen, die die Legislative einem Sachbereich „überstülpt". Ungleichbehandlungen, die interne Regelungsziele betreffen, sollen am Willkürverbot gemessen werden, während Ungleichbehandlungen bezüglich externer Regelungsziele einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.[2032] Zunächst trifft diese Konzeption ebenfalls keine Aussage über einen konkretisierten Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG, sondern versucht mit den Topoi der internen und externen Regelungszielen die Rechtfertigungsanforderungen abzustufen. Aber auch darüber hinaus ist diese Konzeption

2027 Deutlich *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 32.

2028 Zum normtheoretischen Konzept des Unterschieds zwischen Außen- und Innentheorie *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 66 – 70.

2029 Übersicht verschiedener Konstruktionsmöglichkeiten bei *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 484 – 486.

2030 Vgl. *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31: relationaler Charakter des allgemeinen Gleichheitssatzes.

2031 Zusammenfassend *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 790.

2032 *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 165 – 173; *ders.*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 91 (97 – 105), der ebenfalls ausführt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Auflösung einer Rechtsgüterkollision dient, eine solche aber bei einer Gleichheitsprüfung nicht geprüft werde (S. 95, 98).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wenig für die Anwendung auf Privatrechtsfälle geeignet: Denn während bereits in legislativ überprägten Rechtsgebieten die kategoriale Unterscheidung zwischen bereichsspezifischen „Gerechtigkeitskriterien" und externen Zielen nicht durchzuhalten ist,[2033] lässt sich diese auf die Gesetzgebung ausgerichtete Unterscheidung nicht auf Ungleichbehandlungen von Privatrechtsakteur*innen übertragen.

c. Der Gleichheitssatz als Methodennorm

Eine Abwägung im rechtstechnischen Sinne – ob über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder nicht – versagt also bei dem Prinzipienkonflikt Freiheit und Gleichheit bzw. Freiheitsgrundrecht und Gleichheitsgrundrecht. Das Recht weist den Prinzipienkonflikten von Gleichheitsprinzip und anderen Prinzipien eine allgemeine dogmatische Struktur von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung zu. Hier hat *Grünberger* Recht: Das Prinzip Personaler Gleichheit verstanden als Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung ist die allgemeine – nicht nur heuristische, sondern dogmatische – Strukturierung für die „Abwägung" zwischen Freiheit und Gleichheit.[2034] Ähnlich formuliert *Borowski*: „Der allgemeine Gleichheitssatz ist entschieden darauf angewiesen, die in anderen Grundrechts- und sonstigen Verfassungsbestimmungen getroffenen Wertungen *in sich aufzunehmen* und in eine korrespondierende Gleichheitskonzeption zu transformieren, damit ein konsistentes und kohärentes Gesamtsystem von grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit entsteht."[2035] Damit kann der Gleichheitssatz als Methodennorm für die Abwägung von Prinzipien angesehen werden.[2036] Dabei spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwar auch eine Rolle, aber er findet Anwendung in der *Form der Gleichheitssätze*; er setzt auf der Rechtfertigungsebene an, und setzt somit eine Differenzierung (Ungleichbehandlung) voraus. „Betrachtet man die Gleichheitssätze als Methodennorm, dann liegt die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit von Klassifizierungen auf einer Ebene, die wir als Rechtfertigungsebene bezeichnen können […]."[2037]

2033 Zutreffend *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 36.
2034 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 762 f., 804 – 807, 823 – 830.
2035 *Borowksi*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 530 f. [Hervorhebung durch Verf.].
2036 *Michael*, in: Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, S. 123 (123).
2037 *Michael*, in: Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, S. 123 (139).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Sache nach wendet auch das Bundesverfassungsgericht die allgemeine Struktur des Gleichheitssatzes bestehend aus Ungleichbehandlung und Rechtfertigung im Stadionverbotsbeschluss an: Auf der heuristischen Ebene spricht es noch von der „Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentümerbefugnissen und Gleichbehandlungsgebot“[2038], um dann den Fachgerichten für die konkrete, also dogmatische, Auflösung des Konflikts mitzugeben: „Danach haben die Zivilgerichte in Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung sicherzustellen, dass Stadionverbote nicht willkürlich festgesetzt werden, sondern auf einem sachlichen Grund beruhen müssen.“[2039] Indem das Bundesverfassungsgericht ein Sachgrunderfordernis aufstellt, folgt es der Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung. Zugleich legt es den Maßstab für die Rechtfertigung fest: (bloßes) Sachgrunderfordernis, also keine (ausführliche) Verhältnismäßigkeitsprüfung.[2040]

d. Verbleibende Optionen

Der allgemeine Gleichheitssatz kann also auch im Privatrecht nur mit seiner Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung angewendet werden. Anders formuliert: Entweder er wirkt im Privatrecht und löst dann bei Ungleichbehandlungen Rechtfertigungspflichten für Privatrechtsakteur*innen aus oder er wirkt nicht, sodass sich Private für Ungleichbehandlungen nicht rechtfertigen müssen.[2041] Aus diesem Zusammenhang erklären sich die Stimmen der Literatur, die im Stadionverbotsbeschluss eine (in ihren Augen unzulässige) Überschreitung der mittelbaren Drittwirkung sehen[2042] bzw. eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG verneinen[2043]: Da sie in der überkommenden Dichotomie von mittelbarer/ unmittelbarer Drittwirkung denken, muss zwangsläufig die Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG eine unmittelbare sein, weil die Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung unmittelbar herangezogen wird, um einen sozialen Konflikt im Privatrecht zu lösen.

2038 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 44.
2039 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 45.
2040 In den Entscheidungsgründen werden dann Begriffe wie „verhältnismäßig“ oder „Verhältnismäßigkeit“ konsequenterweise nicht verwendet.
2041 So auch jetzt das Argument bei *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549).
2042 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904, 910); *Michl*, JZ 2018, 911 (915 f., 918); siehe auch die umfangreiche Auswertung bei *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 91 f. Fn. 226.
2043 Siehe dazu oben § 9 III 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

An dieser Stelle laufen nun zwei Diskurse zusammen: Zum einen konnte gezeigt werden, dass es bei der Privatrechtswirkung von Grundrechten längst nicht mehr um die Frage unmittelbarer oder mittelbarer Wirkung geht. Nach hier vertretener These wirken die Grundrechte nicht „staatsgleich" im Privatrecht, sondern bedürfen immer einen Ausgleich mit den Grundrechten anderer Privatrechtsakteure. Zum anderen konnte soeben gezeigt werden, dass dieser Ausgleich in der Form des allgemeinen Gleichheitssatzes erfolgen muss – in der Struktur Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.

Damit verbleiben der Rechtsdogmatik noch zwei Lösungen, wie der heuristische Konflikt zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundrecht gelöst werden kann. Eine Möglichkeit ist die Rechtfertigungslösung. Sie versteht sich als Gegenentwurf zur – lange Zeit, und immer noch – im Privatrecht vorherrschenden Präsumtion der Freiheit: Sie erklärt die Gleichheit für *prima facie* vorrangig. Jede Ungleichbehandlung im Privatrecht muss gerechtfertigt werden. Den Freiheitsgrundrechten wird dann auf dieser Rechtfertigungsebene durch ein abgestuftes Modell Rechnung getragen, wobei auch hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingebaut werden kann.[2044] Eine Alternative dazu bietet das Tatbestandsmodell.[2045] Dabei wird die heuristische Kollision zwischen Gleichheits- und Freiheitsrecht dadurch aufgelöst, dass nicht jede Ungleichbehandlung für das Privatrecht rechtsdogmatisch relevant wird. Nur in spezifischen – auf der heuristischen Ebene zu ermittelnden – Fällen muss eine Ungleichbehandlung nach – jeweils unterschiedlichen – Maßstäben gerechtfertigt werden. Anschließend muss – auf der dogmatischen Ebene – ein Tatbestand formuliert werden, der zur Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrecht führt.

Dass an dieser Stelle das Rechtfertigungs- und Tatbestandsmodell diskutiert werden ist nicht selbstverständlich. *Grünberger* diskutiert diese Modelle als privatrechtstheoretische Lösungsmodelle, die zwangsläufig Modifikationen für die dogmatische Ebene erfahren müssen.[2046] Bei den Modellen handelt es sich um Idealtypen: In der dogmatischen Realität kommen regelmäßig Kombinationen beider Modelle vor.[2047] Zu betonen ist zudem,

2044 Entwickelt von *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 823 – 849.

2045 Z.B. bei *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 159.

2046 Dies übersieht *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 415 – 421, 426 – 428, der nicht sauber genug zwischen der heuristischen und dogmatischen Ebene unterscheidet; unklar auch *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (86).

2047 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 808 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass es in dieser Arbeit um eine Begründung der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG geht. Hier liegt der Unterschied zu *Grünbergers* Arbeit: Zwar greift auch er mehrfach auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurück, insbesondere für die Begründung des Rechtfertigungsmodells sowie bezüglich des Geltungsgrundes im positiven Recht.[2048] Sein Erkenntnisinteresse gilt einer gleichheitsrechtlichen, rechtswissenschaftlichen Theorie, die sowohl *alle* geltenden Gleichbehandlungsverhältnisse erklären (statische Dimension) als auch zukünftige Gleichbehandlungsverhältnisse begründen (dynamische Dimension) kann. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Gründe für den allgemeinen Gleichheitssatz im Privatrecht andere sein können als beispielsweise die speziellen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote oder das unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht.

2. Tatbestandsmodell

a. Inhalt

Das Tatbestandsmodell löst den Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit bzw. konkreter den Konflikt zwischen Freiheitsgrundrecht(en) und Gleichheitsrecht durch die Etablierung von Tatbeständen, die zur Anwendung der gleichheitsrechtlichen Struktur – Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung – führen. Auf heuristischer Ebene besteht zwar die – durch die Anknüpfungsunabhängigkeit und sachliche Unbegrenztheit bedingte – universelle Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes. Jedoch wird diese auf rechtsdogmatischer Ebene durch Tatbestände begrenzt.[2049] Ich sehe dabei keinen Unterschied, ob die Festlegung der Fälle positiv begründet wird oder ob sie durch ein Subtraktionsverfahren bestimmt werden, bei dem zunächst *prima facie* die Gleichbehandlung gilt, außer spezifische Gründe sprechen dagegen.[2050] Die Vorteile des Tatbestandsmodells sind Vorteile, die jedes Regelmodell mit sich bringt: Es führt zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit, es ist in der Anwendung effizient und führt zu dogmatischer Stabilität.[2051] Diejenigen, die innerhalb der verfassungsrechtlichen Literatur einer Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG zumindest in Aus-

2048 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1004 – 1022.
2049 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 816.
2050 Siehe dazu *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 159 (159 f.).
2051 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 816; für das Verhältnis Verfassungsrecht/ Privatrecht *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1049 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nahmefällen offen gegenüberstehen, greifen ebenfalls – meistens mit dem Begriff der „sozialen Macht" – auf ein (positives) Tatbestandsmodell zurück.[2052] *Bachmann* hingegen identifiziert durch ein Subtraktionsverfahren vier allgemeine Kriterien, die eine Gleichbehandlungspflicht im Privatrecht ausschließen, die alle stark auf die persönliche Freiheitsentfaltung sowie auf marktfunktionale Aspekte abstellen.[2053]

b. Schwäche 1: Grobmaschigkeit

Grünberger setzt sich insbesondere mit *Bachmann* auseinander. Hier kritisiert er am Tatbestandsmodell, dass *Bachmann* nicht nach verschiedenen sozialen Kontexten differenziere, sondern sich an einer überkommenden Dichotomie aus „privat und öffentlich" orientiere, wobei er Öffentlichkeit lediglich als Marktverkehr – also nach einer rein wirtschaftlichen Rationalität – rekonstruiert.[2054] Dadurch sei das Tatbestandsmodell zu „grobmaschig".[2055] Dieses Argument ist zwar gerade mit Blick auf *Bachmanns* Konzeption, der primär Gleichbehandlungskonstellationen im Kapitalmarktrecht untersucht,[2056] also einen genuin wirtschaftlichen Kontext vor Augen hatte, überzeugend. Das Argument ist damit aber nicht gegen Tatbestände an sich gerichtet, sondern zeigt nur, dass die Formulierung eines dogmatischen Tatbestandes eine anspruchsvolle Aufgabe ist. Daher lässt sich der Tatbestandslösung auch nicht entgegenhalten, dass unklar bleibe, wonach das Regel-/ Ausnahmeverhältnis genau zu bestimmen sei.[2057] Die Etablierung eines „guten" dogmatischen Tatbestandes setzt voraus, dass offengelegt wird, welche Fälle aus welchen Wertungsgesichtspunkten unter den Tatbestand fallen sollen.

2052 Siehe dazu unten § 9 V 5 c.
2053 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (159 f.).
2054 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (161 – 165).
2055 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 817.
2056 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 159 (165 – 176).
2057 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 419, der dieses Problem im Begrif der „spezifischen Konstellation" im Stadionverbotsbeschluss sieht.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Schwäche 2: Aufrechterhaltung des status quo

Tatbestandsmodelle seien weiterhin deshalb abzulehnen, weil sie dazu neigten, den *status quo* aufrecht zu erhalten. *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell ist relativ ausdrücklich gegen (Privat-)Rechtskonzeptionen gerichtet, die sich gegen unliebsame Entwicklungen – nicht nur der sozialen Umwelt des Rechts, sondern auch des Rechts als formalem System selbst – immunisieren wollen.[2058] Damit stellt es einen rhetorisch schlagkräftigen Gegenentwurf dar. Hier zeigt sich, dass *Grünbergers* Modell als theoretische Konzeption hilfreich sein kann, weil sie klassisch-freiheitlichen Privatrechtstheorien ein gleichheitstheoretisches Modell entgegenhält. Doch damit sind die relevanten Abstimmungsfragen noch nicht beantwortet, die jedes dogmatische Muster leisten muss. *Grünberger* kann zwar auf heuristischer Ebene jede neue gleichheitsrelevante Entscheidung *irgendwo* in seinem Modell einordnen. *Wo genau* sie aber zu verorten ist, sagt dieses Modell auch nicht. Beide Modelle sind darauf angewiesen, auf heuristischer Ebene Wertentscheidungen zu treffen. In der dogmatischen Ausprägung unterscheiden sie sich – wahrscheinlich – hinsichtlich des definitiv gewährleisteten Anspruchs auf Gleichbehandlung: Während Tatbestandsmodelle zunächst bei ihren anerkannten Fällen bleiben, werden Rechtfertigungsmodelle eher dazu tendieren, neue Fälle zugunsten einer ungleich behandelten Person zu entscheiden. Das liegt daran, dass quantitativ mehr Fälle als gleichheitsrechtlich problematisch wahrgenommen werden.

Auf dogmatischer Ebene besteht damit tatsächlich eine Gefahr, dass Gerichte oder andere Akteure im Rechtssystem eigentlich zu problematisierende Ungleichbehandlungen nicht berücksichtigen. Allerdings muss bedacht werden, dass ein verfassungsrechtlicher Tatbestand notwendigerweise auf einer relativ hohen Abstraktionshöhe angesiedelt sein wird. Daran werden Akteure der Rechtsberatung anknüpfen und den abstrakten Begriff auch auf andere Fälle anwenden wollen. Exemplarisch dafür ist der Thermenfall: Nach dem Stadionverbotsbeschluss wurde die Berufungsbegründung dahingehend abgeändert, dass nun darüber entschieden werden solle, ob der Besuch einer Therme wesentlich über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheide.[2059] Dass also nur unzureichend neue Fälle im Rechtssystem für weitere Innovationen diskutiert werden können, ist nicht zwingend.

2058 Deutlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 822.
2059 LG Gera, Urt. v. 12.12.2018, 1 S 71/18, Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Schwäche 3: Notwendigkeit von Abstufungen

Grünberger kritisiert zutreffend, dass auch ein Tatbestandsmodell einer Abstufung unterschiedlicher Kontrolldichten nicht entgehen kann.[2060] Damit ist zunächst gemeint, dass der jeweils gewählte Tatbestand – zunächst vorläufig – abschließend die Fälle bestimmt, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt.[2061] Werden keine Abstufungen vorgenommen, bestehe die permanente Gefahr eines „alles-oder-nichts-Ansatzes": Zwar können Regeln (Tatbestände) jederzeit mit neuen Regeln oder Ausnahmen ergänzt bzw. eingeschränkt werden. Diese erzeugen jedoch häufig im Rechtsdiskurs Irritationen, Aversionen und schließlich Abwehrreaktionen.[2062] „Das Tatbestandsmodell ist demgegenüber entweder gezwungen, ein Rechtfertigungsmodell nachzuschalten oder eine strukturelle Rechtfertigungsprüfung vorzuziehen."[2063]

3. Rechtfertigungsmodell

a. Inhalt

Am besten beschreibt das Rechtfertigungsmodell[2064] sein Urheber: „Im Rechtfertigungsmodell wird der Konflikt zwischen Gleichbehandlung und negativen Freiheiten als Rechtfertigungsproblem rekonstruiert: Die Ausübung von Freiheitsrechten *kann* eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen. Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungskontinuum, das von dem bloßen Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit reicht. Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. […] Das Rechtfertigungsmodell ist Ausdruck einer öffentlichkeitsbezogenen Konzeption von Vertragsrecht. Es beruht auf der Vorstellung, dass Privatrecht, verfassungsrechtlich verankerte Gleichbe-

2060 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 817; ähnlich auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 419 f.
2061 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 818.
2062 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 819.
2063 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 819.
2064 Diesem Modell haben sich nach dem Stadionverbotsbeschluss ebenfalls *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 420 f. sowie *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50 (allerdings auf einer tendenziell heuristischen Ebene) angeschlossen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

handlungsgrundsätze und der Grundsatz, ein gleich freier Akteur in allen Teilsystemen der Gesellschaft zu sein, im Zusammenhang stehen. Das ist ein explizit politisches Verständnis von Privatrecht."[2065]

Diese Konzeption von Privatrecht deckt sich weitgehend mit der theoretischen Konzeption des Vertrages, die im ersten Teil dieser Arbeit entwickelt worden ist:[2066] Der Vertrag ermöglicht in der modernen, differenzierten Gesellschaft in (fast) allen Sozialsystemen die Inklusion, insbesondere auf der Ebene der Funktionssysteme die Inklusion der Publikumsrolleninhaber. Diese Zusammenhänge muss ein modernes Vertragsrecht berücksichtigen. Auf einer theoretischen Ebene ist *Grünberger* daher gänzlich zuzustimmen. Allerdings eignet sich das Rechtfertigungsmodell nur eingeschränkt für dogmatische Lösungskonstruktionen.

Grünberger entwickelt sein Rechtfertigungsmodell nach dem Vorbild der Rechtsprechung, insbesondere anhand des Vorbilds des „Stufenlos-Modells" des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Ungleichbehandlung kann anhand einer einheitlichen, stufenlosen Rechtfertigungsskala kontrolliert werden.[2067] Dabei wird jedoch das verfassungsrechtliche Modell modifiziert: Da der Privatrechtsakteur, den die Gleichbehandungspflicht trifft, ebenfalls Grundrechtsträger ist, sein Verhalten also grundsätzlich auch Teil seiner Grundrechtsausübung ist, müssen die Rechtfertigungsanforderungen angepasst werden. Während man vom Staat erwarten kann, grundsätzlich *jede* Differenzierung zu rechtfertigen, darf dies nicht für Private gelten.[2068]

Der wesentliche Vorteil dieses Rechtfertigungsmodells ist seine Flexibilität:[2069] Es kann sämtliche soziale Konflikte, die als Ungleichbehandlung rekonstruiert werden, dogmatisch dadurch verarbeiten, indem alle freiheitsrechtlichen Aspekte flexibel auf der Rechtfertigungsebene diskutiert werden können. Dadurch können auch neue Ungleichbehandlungskonstellationen in der Gesellschaft jeweils kontextspezifisch rechtsdogmatisch gelöst werden. Erst das Rechtfertigungsmodell ermögliche ein „Rechtfertigungskontinuum" und somit eine graduelle Bandbreite an Ergebnissen. Diese Bandbreite ermögliche den Ausgleich von Freiheits- und Gleichheitsrechten und

2065 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 823.
2066 Siehe oben § 4 III, V.
2067 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 824 f.
2068 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 825.
2069 Dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 846 – 848.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist somit eine Entgegnung zur herrschenden Meinung, dass Gleichheit die Privatautonomie zerstöre.[2070]

b. Problem 1: Kerngehalt der Vertragsfreiheit

Gegen das Rechtfertigungsmodell spricht zunächst die akzeptierte Dogmatik der Vertragsfreiheit. Das Rechtfertigungsmodell geht davon aus, dass eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen immer erforderlich ist. Zwar ist die Anforderung dafür auf der untersten Ebene mit einem bloßen Verweis auf den Gebrauch von Freiheitsrechten denkbar gering.[2071] Geht man jedoch von einem Kernbereich der Vertragsfreiheit aus, der gewährleistet, dass einer Person eine gewisse Sphäre verbleiben muss, in der sie sich vor einem Kollektiv oder einer Einzelperson in keiner Weise rechtfertigen muss – also gänzlich willkürlich handeln darf[2072] – dann kollidiert das Modell mit diesem Kerngehalt. Um das klarzustellen: Es geht hier nicht darum, das Privatrecht von jeder Gleichbehandlungszumutung fernzuhalten, weil dadurch die Freiheit gänzlich zerstört werden würde. Es geht darum, einen sinnvollen, von jeder rechtlichen Einflussnahme zu schützenden Kernbereich der persönlichen Freiheit zu finden, was *Grünberger* treffend herausarbeitet.[2073] Ich teile jedoch nicht seine Ansicht, dass der Verweis auf die eigene Freiheit dem gerecht wird. Denn auch die Pflicht, sich auf seine eigene Freiheit zu berufen, ist eine extern an das Individuum herangetragene Rechtfertigungsaufforderung.[2074] Das mag ein sehr technisches Argument sein. Aufgabe der Dogmatik ist es aber, unterschiedliche Rechtsprinzipien oder Normen formal-juristisch zum Ausgleich zu bringen.[2075] Eine dogmatische Abstimmung zwischen Vertragsfreiheit und Gleichheitssatz kann dann nicht mit dem von *Grünberger* vorgeschlagenen Modell vorgenommen werden. Es müsste um mindestens ein Tatbestands-

2070 *Kulick*, Horionztalwirkung im Vergleich, 2020, S. 420.
2071 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 826.
2072 *Neuner*, JZ 2003, 57 (59); grundsätzlich *Picker*, JZ 2003, 540 (543), der jedoch die Auswirkungen von Gleichbehandlungspflichten polemisch überzeichnet; *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (159 f.); jüngst *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352 (366).
2073 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 827.
2074 Ähnlich *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (83).
2075 Vgl. oben § 1 III 3 c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

element ergänzt werden, das klärt, wo die Grenze zum rechtfertigungsfreien Raum verläuft.[2076]

c. Problem 2: Überkonstitutionalisierung

Dazu tritt ein institutionelles Problem eines Rechtfertigungsmodells für Art. 3 Abs. 1 GG. Anders als spezielle Gleichheitssätze, insbesondere anders als die speziellen Diskriminierungsverbote, ist der allgemeine Gleichheitssatz weder durch einen sachlichen Anwendungsbereich noch durch Anknüpfungskriterien begrenzt. Dieser Umstand ist eine Herausforderung für die Dogmatik. Damit kann potentiell jeder Privatrechtskonflikt als verfassungsrechtlicher Konflikt re-formuliert werden. Damit steht in jedem privatrechtlichen Streitfall potentiell die Verfassungsbeschwerde offen. Ein ähnliches Problem kennen wir bereits von Art. 2 Abs. 1 GG verstanden als allgemeine Handlungsfreiheit: Die weite Tatbestandslösung in Kombination mit der *Elfes*-Rechtsprechung (Subjektivierung objektiver Verfassungssätze)[2077] sowie ein faktischer Ungleichbehandlungsbegriff in Kombination mit einer stufenlosen Rechtfertigung sind potentiell umfassende Kontrollinstrumente des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Legislative.[2078] Für die Privatrechtswirkung der Grundrechte gilt damit: Je weiter die Schutzbereiche bzw. die Gewährleistungsgehalte gefasst werden, desto mehr Privatrechtskonflikte lassen sich konstitutionalisieren, also als verfassungsrechtliches Problem re-formulieren.

Mir geht es an dieser Stelle nicht um eine allgemeine Kritik an einer weitergehenden Konstitutionalisierung des Privatrechts.[2079] Begreift man – wie oben ausgeführt – die Grundrechte (auch) als Rechtfertigungsgebote für das Privatrecht, kann eine weitgehende Konstitutionalisierung positiv dazu führen, dass sich das Privatrecht mehr und mehr seiner Multilateralität bewusst wird. Das Sachproblem einer weitgehenden oder umfassenden Konstitutionalisierung des Privatrechts besteht darin, dass potentiell jede Wertung des Privatrechts (also Institute, Normen, Dogmatiken, Rechtsprechung) anders ausfallen könnte/ sollte – mit anderen Worten: verfassungs-

2076 Das sieht auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 827, für den das aber konsequenterweise auf der heuristischen Ebene unproblematisch ist.
2077 *Lang*, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 10.
2078 Vgl. *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 103 – 105.
2079 Dazu *Barczak*, in: Linien des BVerfG, Bd. 4, 2017, S. 91 (107 – 121).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widrig ist. Das kann kein sinnvolles institutionelles Setting sein. Die Stoßrichtung von Grundrechten als Rechtfertigungsgebote ist es, Impulse für das Privatrecht zu geben. Disruptionen irritieren das Privatrecht dahingehend, dass einseitig wirtschaftliche Rekonstruktionen eines multilateralen Konflikts unzulässig sind. Das gleiche gilt für Art. 2 Abs. 1 GG, der dem Privatrecht aufträgt, auch materielle Selbstbestimmung als Prinzip zu integrieren. Die produktive Irritation ist also nur in speziellen Fällen wirksam. Dies sind insbesondere Fälle, in denen ein Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts berührt ist, da in diesem subjektiven Recht auch die Systemrationalität gespeichert ist.[2080] Das Problem des Grundrechtsteils des Grundgesetzes ist seine Kürze. Nicht jeder Systemrationalität kann ein Grundrecht zugeordnet werden. Das zeigt auch der Stadionverbotsbeschluss: Ein Grundrecht für „den Sport" gibt es nicht. Eine Re-Formulierung des Konfliktes ist auf verfassungsrechtlicher Ebene also nur über die „Auffanggrundrechte" Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG möglich.

Da es diese Auffanggrundrechte jedoch erlauben, prinzipiell jeden Privatrechtsstreit als Konflikt materialer Selbstbestimmung oder einer Ungleichbehandlung zu re-formulieren, müssen deren „Anwendungsbereiche" im Horizontalverhältnis beschränkt werden. Andernfalls kommt es zu einer Lähmung des Rechtssystems, das auch nicht durch einen größereren institutionellen Apparat (mehr Richter*innen, mehr Gerichte) aufgefangen werden kann. Beschränkt man die Anwendungsbereiche nicht, steht jede Privatrechtsnorm und jedes Privatrechtsurteil unter dem Schleier einer Verfassungswidrigkeit. Das trifft zwar auf alle Normen und Urteile zu. Es macht allerdings einen qualitativen Unterschied, ob sich Akteur*innen im Rechtssystem auf weite Begriffe wie materiale Selbstbestimmung und Ungleichbehandlung berufen können und mit diesem bloßen Verweis die Richtigkeit des Rechts anzweifeln können. Das zeigt das Rechtfertigungsmodell: Eine Privatrechtsakteur*in kann sich auf eine Ungleichbehandlung stützen und damit die Geltung einer privaten Handlung (z.B. Vertragsverweigerung) oder eines Gerichtsurteils anzweifeln; sie kann die Angabe von Gründen fordern. Betrachtet man die gesamte Arbeit *Grünbergers*, so überzeugt diese prinzipielle Rechtfertigungspflicht: Er hat primär das Nichtdiskriminierungsrecht vor Augen, nicht den allgemeinen Gleichheitssatz. Im Nichtdiskriminierungsrecht überzeugt ein flächendeckendes Rechtferti-

2080 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (139).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gungsmodell, weil bereits eine Vorauswahl der Fälle getroffen worden ist, in denen sich Privatrechtsakteure rechtfertigen müssen: Es sind zunächst nur die Fälle, in denen an eines der verpönten Kriterien angeknüpft worden ist. Über den sachlichen Anwendungsbereich werden die Fälle sogar noch weiter eingeschränkt.[2081] Das zeigt, dass das Rechtfertigungsmodell auf eine vorherige (grobe) Eingrenzung der relevanten Fälle angewiesen ist. Möchte man das Rechtfertigungsmodell für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG fruchtbar machen, muss ein grober Tatbestand gefunden werden, ab dem dann gestufte Rechtfertigungsanforderungen gelten.[2082]

d. Problem 3: Fehlende Abstufungskriterien

Ein letztes Problem des Rechtfertigungsmodells besteht darin, dass – zumindest bisher – keine klaren Kriterien dafür formuliert werden konnten, nach denen die unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen abgestuft werden können.[2083] Auch hier kann sich *Grünberger* in ein gemachtes Nest setzen: Das positive Nichtdiskriminierungsrecht – sowie mit erheblichen Einschränkungen auch die übrigen privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten – kennt bezüglich unterschiedlicher Merkmale und in unterschiedlichen sozialen Kontexten verschiedene abgestufte Rechtfertigungsanforderungen für eine Ungleichbehandlung. Unterschiedliche Abstufungen in unterschiedlichen an das Recht herangetragenen Fällen der Gesellschaft aus bereits bestehenden Abstufungen zu entwickeln, ist dabei eine im Vergleich zur Formulierung abstrakter Kriterien ein deutlich leichteres Unterfangen. Allerdings können auch hier unterschiedliche Vorschläge bezüglich eines Tatbestandmodells ansetzen: Unterschiedliche Tatbestände und deren zugrunde liegenden Wertungen können als Anknüpfungspunkt für abgestufte Rechtfertigungsanforderungen herangezogen werden.

2081 Siehe zu den Grenzen des Nichtdiskriminierungsrecht oben § 4 IV 2 d.

2082 Im Ergebnis ähnlich, jedoch aus einer gerechtigkeitstheoretischen Perspektive *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (86 f.).

2083 Ähnliche Kritik bei *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (86).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Weitgehende Annäherung der beiden Modelle

Dadurch unterscheiden sich die beiden Modelle gar nicht so stark voneinander wie *Grünberger* dies skizziert. Er unterstellt, dass die Tatbestandsmodelle blind für viele Umweltveränderungen des Rechts sein könnten. Er ignoriert dabei aber, dass es nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der Rechtspraxis Diskurse gibt, in denen über bestehende Tatbestände verhandelt wird. Und auch andersherum: Nur weil die Gerichte auch dogmatisch innerhalb der Rechtfertigungsanforderungen die sozialen Kontexte berücksichtigen müssen, heißt das nicht, dass der Fall der Gesellschaft zutreffend rekonstruiert wird. Das kann dazu führen, dass in einem Fall niedrige oder keine Rechtfertigungsanforderungen gestellt werden, obwohl dies vielleicht wünschenswert gewesen wäre. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum legislativ-staatsgerichteten Art. 3 Abs. 1 GG zeigt, – und dies soll hier nicht kritisch gemeint sein – dass jeweils andere Kriterien und Begriffe von Fall zu Fall gewählt werden.[2084] So wie ein Tatbestandsmodell tendenziell einen vorläufig erreichten *status quo* verteidigt, ist ein Rechtfertigungsmodell offen für jede beliebige Re-Konstruktion des sozialen Konflikts. Während damit das Tatbestandsmodell bei der Formulierung eines Tatbestandes „fehleranfällig" ist, ist es das Rechtfertigungsmodell bei der konkreten Einordnung eines Falls in unterschiedliche Rechtfertigungskategorien.

Das Rechtfertigungsmodell *Grünbergers* entfaltet deshalb eine gewisse Überzeugungskraft, weil sein Autor primär Fälle des Nichtdiskriminierungsrechts vor Augen hatte, also Fälle, in denen immer spezifische Anknüpfungskriterien – die verpönten Kriterien – als Anwendungsbereich vorgegeben sind.[2085] Geht es damit immer (!) um Fälle, in denen Personen aufgrund ihnen zugeschriebenen Merkmalen ungleich behandelt werden, werden zum einen eine Vielzahl von Fällen der Gesellschaft bereits heraus-

2084 Aufbereitung der einzelnen Kriterien bei *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 104 – 112.

2085 Zugegeben: *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell „basiert auf einem systematischen bzw. ‚begründungslogischen' Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten im einfachen Recht (Einheitsmodell)." – so *Grünberger*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (11). Das heißt, dass er auch die privatrechtlichen Gleichbehandlungskonstellationen vor Augen hatte – diese sind aber ebenfalls sachlich begrenzt wie er selbst erkennt (S. 9 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefiltert, die nicht unter das Rechtfertigungsmodell fallen.[2086] Zum anderen passt das Rechtfertigungsmodell, welches sich als Recht auf Rechtfertigung versteht,[2087] zum stark individualbezogenen Nichtdiskriminierungsrecht. Leitet man wie hier die Privatrechtswirkung jedoch aus der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes ab, werden die Gleichbehandlungspflichten tendenziell eher kollektiv ausgerichtet. Es geht dann nicht mehr darum, jeder diskriminierten Person ein rechtlich zu verwirklichendes moralisches Recht auf Rechtfertigung – der Rechtfertigung willens – zu geben, sondern Kriterien festzulegen, in denen das Recht gesellschaftliche Strukturen identifiziert, an denen eine Teilhabe geboten erscheint.

Wenn beide Modelle ohnehin wissenschaftliche Idealtypen sind, kann und sollte die Dogmatik die jeweiligen Stärken der Modelle herausnehmen, um die jeweiligen Schwächen ausgleichen zu können. Im Grundsatz kann so das Rechtfertigungsmodell überzeugen: Es liefert ein flexibles dogmatisches Gerüst, um innerhalb des Gleichheitssatzes als Methodennorm auch im Privatrecht Gleichheit und Freiheit auszugleichen. Seine Schwächen bezüglich eines fehlenden Tatbestandes, der die Grenze zum rechtfertigungsfreien Raum markiert, fehlender Abstufungskritierien hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen sowie die Gefahr einer Überkonstitutionalisierung kann jedoch hervorragend das Tatbestandsmodell ausgleichen: Zum einen kann ein erster „grober" bzw. weiter Tatbestand für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung formuliert werden und zum anderen können die aus der Analyse des Stadionverbotsfall gewonnenen Kriterien als Quasitatbestände formuliert werden, in denen ein bloßer Sachgrund nicht mehr ausreicht. Zugleich kann an die bestehende Struktur der Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht angeknüpft werden, welche (bislang) alle einen begrenzten persönlichen und/ oder sachlichen Anwendungsbereich aufweisen.[2088]

2086 Siehe allgemein zur Anknüpfungs(un)abhängigkeit und der sachlichen (Un-)Begrenztheit von Gleichheitssätzen *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 97 f.

2087 Grundlegend *Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007.

2088 *Grünberger*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (9 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Soziale Inklusion als der die Rechtfertigung auslösende Tatbestand

Damit ist ein solcher Tatbestand zu formulieren, der die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer Ungleichbehandlung im Privatrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG auslöst. Der Leser oder die Leserin dieser Arbeit sollte keine feststehende, alle Zeit überdauernde Formulierung eines dogmatischen Tatbestandes erwarten. Dies ist Aufgabe der Rechtspraxis und nicht einer responsiven Rechtswissenschaft. Allerdings können hier verschiedene, in dieser Untersuchung angestellten Überlegungen zusammengeführt werden, die das Recht irritieren können. Dadurch können Kriterien auf mittlerer Abstraktionshöhe formuliert werden, die zur Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG führen. Diese Kriterien der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG erheben dabei keinen Anspruch, jede Gleichbehandlungspflicht im Privatrecht begrifflich und dogmatisch zu erfassen. Diese Untersuchung ist sich bewusst, dass es über den hier betrachteten allgemeinen Kontrahierungszwang hinaus noch weitere Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht gibt, in denen teilweise auch über eine Herleitung aus Art. 3 Abs. 1 GG gestritten wird.[2089] Allerdings sind die damit jeweils zu bewältigenden sozialen Konflikte so unterschiedlich, dass ein gemeinsamer Grund für die Gleichbehandlung kaum zu finden sein wird.[2090] Der hier zu formulierende Tatbestand versteht sich als genuin grundrechtliches Gleichheitsprinzip für das Privatrecht, was bedeutet, dass daneben auch Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht denkbar bleiben, die nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurückgehen, sondern aus anderen Prinzipien abgeleitet werden.[2091]

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der „spezifischen Konstellation" bereits einen – meiner Ansicht nach – sinnvollen ersten Vorschlag zur Formulierung eines Tatbestandes zur Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes gemacht. Daran soll hier angeknüpft werden.[2092] Das Bundesverfassungsgericht wählte im Stadionverbotsbeschluss drei kumula-

2089 Siehe ausführlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 315 – 515.

2090 Vgl. *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz, 1961, S. 42; *Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (602); *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (158 f.); a.A. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 524 f., der alle privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebote mit seinem Prinzip der personalen Gleichheit erklärt, welche durch die normative Erwartung privater Akteure ausgelöst werde, bei vergleichbaren Umständen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt zu werden.

2091 Ähnlich *Pöschl*, RW 2016, 51 (56 Fn. 3) in Auseinandersetzung mit *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 978 f.

2092 Für einen Überblick anderer Konkretisierungsansätze siehe *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (544 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

tive Merkmale der spezifischen Konstellation, welche die Privatrechtswirkung auslöst: Es muss (1.) eine Veranstaltung vorliegen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet worden ist, (2.) muss diese Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheiden und (3.) ist entscheidend, dass der Ausschluss auf dem Hausrecht beruht, wodurch der Betreiber eine – dem Monopol bzw. der strukturellen Überlegenheit vergleichbare – einseitige Entscheidungsmacht erhalte.[2093]

a. Gesellschaftliche Teilhabe als soziale Inklusion

Das Merkmal, das nach hier vertretener These zentral für die Privatrechtwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, umschreibt das Bundesverfassungsgericht damit, dass eine Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheiden müsse. Dieses Merkmal halte ich im Grundsatz für überzeugend. Allerdings ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, wann genau eine Veranstaltung oder eine andere Dienstleistung zentral für die gesellschaftliche Teilhabe sein soll.[2094] Ebenfalls zutreffend wurde im Grundsatz darauf hingewiesen, dass es nicht gänzlich auf die subjektive Sicht einer einzelnen Grundrechtsträger*in ankommen kann, weil dadurch die Rechtssicherheit gefährdet ist.[2095] Zu suchen ist demnach nach objektiven oder objektivierbaren Kriterien.

Wie diese Untersuchung bereits zeigen konnte, ist es die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG, die seine Wirkung im Privatrecht begründen kann. Die Untersuchung der Teilhabedimension konnte zeigen, dass es bei gesellschaftlicher Teilhabe um Abhängigkeitskonstellationen geht. Solche wechselseitigen Abhängigkeiten bestehen jedoch immer und jederzeit in jeder sozialen Beziehung. Die Frage für das Recht muss daher sein, welche Konstellationen aus welchen (Wertungs-)Gründen relevant sind. Das drückt auch das Bundesverfassungsgericht aus, wenn es den allgemeinen Gleichheitssatz nur für solche Veranstaltungen oder Leistungen aktivieren möchte, die in *erheblichem Umfang* über gesellschaftliche Teilhabe entscheiden. Nach hier vertretener These sind dies zumindest Konstellationen

2093 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.
2094 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (909).
2095 Vielleicht sogar zu restriktiv *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93b; einen subjektiven Maßstab ziehen jetzt jedoch *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549) in Betracht.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sozialer Inklusion. In der modernen funktional differenzierten Gesellschaft bedeutet gesellschaftliche Teilhabe primär Inklusion in die einzelnen Funktionssysteme der Gesellschaft. Dies war der Wertungsgesichtspunkt, der zu einer Re-Spezifizierung der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht geführt hat.[2096] Um diese Inklusionsdimension eines sozialen Konfliktes für das Recht sichtbar zu machen, wurde hier für das Institut des Vertrages die rechtstheoretische Inklusionsfunktion entwickelt.[2097] Zwar können damit Inklusionsdimensionen nur für solche Fälle sichtbar gemacht werden, in denen ein Vertrag die Form sozialer Inklusion in ein soziales System bildet. Denkbar sind auch weitere Formen sozialer Inklusion. Allerdings geht es dem Rechtssystem primär um Inklusionsverhältnisse, an denen das Recht selbst beteiligt ist; hier bildet der Vertrag die dominante Form sozialer Inklusion. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch auf andere Formen der sozialen Inklusion angewendet werden kann.

Damit kann der Grundtatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG wie folgt formuliert werden: Der allgemeine Gleichheitssatz findet im Privatrecht Anwendung auf soziale Konflikte, in denen es um die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht. Dies sind *zumindest* Situationen, in denen Grundrechtsträger*innen Inklusion[2098] in ein soziales System verlangen bzw. sich gegen die Exklusion aus einem sozialen System wehren. Die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG knüpft damit nach hier vorgestellter Konzeption an gesellschaftlichen Meso- und Makrostrukturen an: Inklusion bedeutet die Partizipation an sozialen Funktionssystemen wie im Stadionverbotsfall dem Sportsystem auf der gesellschaftlichen Makroebene, aber auch Partizipation an gesellschaftlichen Mesostrukturen wie Organisationen,[2099] wenn diese die Inklusion in die Funktionssysteme regeln.

Damit kann das Tatbestandsmerkmal der gesellschaftlichen Teilhabe des Bundesverfassungsgerichts beibehalten werden: Es ist hinreichend responsiv für die hier beschriebenen Inklusionskonflikte und bietet die Möglichkeit, bereits auf dieser Ebene Fälle auszuschließen, in denen es in einem weiten Sinne lediglich um Zugang zu einem Raum bzw. einer Dienstleistung geht, aber nicht um Inklusion in soziale Funktionssysteme. Dies sind

2096 Siehe dazu oben § 9 IV 3.
2097 Siehe dazu oben § 4 V.
2098 Zumindest der Begriff „Inklusion" findet sich im Kontext der Privatrechtswirkung bei *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 75.
2099 Siehe zum verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch oben § 8 III 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

zwar soziale Konflikte, die ggf. auch über das Rechtssystem ausgetragen werden, die jedoch keine gleichheitsrechtliche Mediatisierung erforderlich machen. Zum Ende der Untersuchung wird sich diesem Tatbestand mit dem Thermenfall jedoch ein Grenzfall präsentieren, anhand dessen eine Ausweitung diskutiert wird.[2100]

b. Problematisch: Öffnung für den Publikumsverkehr

Als zweites Tatbestandsmerkmal müsse laut Bundesverfassungsgericht eine Veranstaltung vorliegen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet ist. Dabei schließt es nicht nur terminologisch, sondern auch inhaltlich an zwei bekannte dogmatische Bausteine an: Zum einen wird hier an die in der Privatrechtsrechtsprechung eingeführte Beschränkung des Hausrechts bei allgemein dem Publikum zugänglichen Leistungen angeknüpft.[2101] Dieser Begriff wurde teilweise auch für die Diskussion um einen Kontrahierungszwang aufgegriffen.[2102] Zum anderen knüpft der Senat hier an das Tatbestandsmerkmal des Massengeschäfts für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereiches vom allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG an. Beide Anleihen für den Tatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG sind problematisch, weshalb – so die hier vertretene These – auf dieses Kriterium verzichtet werden sollte.[2103]

Bereits oben konnte gezeigt werden, dass die bloße Öffnung eines Leistungsangebotes für den allgemeinen Publikumsverkehr nicht ausreicht, um den allgemeinen Kontrahierungszwang zu begründen. Im Sinne der freiheitsrechtlichen Konzeption signalisiert dies lediglich die Vertragsgeneigtheit.[2104] Es können nur Vermutungen angestellt werden, warum das Gericht dennoch an dieses Kriterium anknüpfen wollte: Der Topos der Öffnung für den Publikumsverkehr existierte zwar schon länger in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, jedoch wurde die darüber erfolgende Einschränkung des

2100 Siehe dazu unten § 10 III.

2101 BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt*; BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*; BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*; BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*.

2102 Siehe dazu oben § 8 II 5 b.

2103 Im Ergebnis auch *Grünberger*, VerfBlog, 2018/5/01: „das problematische Merkmal ‚ohne Ansehen einer Person' hätte der Senat besser vermieden".

2104 Siehe dazu oben § 8 II 5 b.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hausrechts erst in der Stadionverbotsentscheidung über eine Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG normativ begründet.[2105] Da der Bundesgerichtshof hier explizit auf den allgemeinen Gleichheitssatz verweist, wollte das Bundesverfassungsgericht wohl dieses Kriterium aufgreifen. Allerdings passt es nicht für die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft: Die Öffnung des Leistungsangebots für den allgemeinen Publikumsverkehr wurde ursprünglich für Fälle der modernen, standardisierten und sich zentralisierenden Wirtschaft entwickelt: U.a. für den Zugang zu Supermärkten oder Warenhäuser, die sich dadurch auszeichnen, dass der Publikumsverkehr hier stetig wechselt und ohnehin eine individuelle Kontrolle und Überwachung einzelner Kund*innen selten möglich ist.[2106] Darüber hinaus waren die ersten Fälle in einen wettbewerbsrechtlichen Kontext, nämlich die Frage nach der Zulässigkeit von Testkäufen[2107] bzw. der Anfertigung von Fotos zum Beweis von UWG-Verstößen,[2108] eingebettet. In solchen Fällen, in denen der Verkehr geöffnet wird, um erst Vertragsverhältnisse zu begründen, sich also das Geschehen im vorvertraglichen Raum bewegt, scheint eine Einschränkung des Hausrechts – und nur des Hausrechts – in den Fällen sinnvoll, in denen eine Person die allgemeinen Zutrittsvoraussetzungen erfüllt, der Hausrechtsinhaber grundsätzlich auf eine individuelle Kontrolle verzichtet und jetzt diese eine individuelle Person herausgegriffen wird.[2109] Hier ist eine Willkürkontrolle angebracht – ungeachtet dessen, woraus sie hergeleitet werden kann.[2110] Die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass zunächst ein Vertrag als Zugangsvoraussetung für die begehrte Dienstleistung geschlossen werden muss und gleichzeitig dieser Vertrag nicht nur eine wirtschaftliche Konsumkomponente aufweist, sondern – in *Teubners* Worten – ein produktives Element aufweist, also in der hier verwendeten Terminologie eine Inklusionsfunktion bezüglich eines weiteres Funktionssystem der Gesellschaft. Die allgemeine Öffnung für den Publikumsverkehr spielt hier keine eigenständige

2105 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 13; anschließend BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.

2106 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (145).

2107 BGH, Urt. v. 18.05.1966, Ib ZR 60/64; BGH, Urt. v. 13.07.1979, I ZR 138/77.

2108 BGH, Urt. v. 25.04.1991, I ZR 283/89.

2109 Ähnlich auch *Hofmann*, JURA 2014, 141 (145 f.): Ausweitung auf den vertragsrechtlich geregelten Bereich ist abzulehnen.

2110 Beschränkt man die Einschränkungen nur auf die Ausübung des Hausrechts, kann eine Ableitung aus § 242 BGB (*venire contra factum proprium*) überzeugen, so *Christensen*, JuS 1996, 873 (874); *Schule*, JZ 2015, 381 (388).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Rolle, sondern signalisiert höchstens, dass eine bestimmte Leistung für eine Vielzahl von Personen offensteht. Es geht also darum – und nur darum – wie *Grünberger* für das Merkmal des Massengeschäfts im AGG zutreffend ausführt, dass dadurch der Bereich des Öffentlichen vom Privaten abgegrenzt werden soll.[2111] Folgt man aber der hier vertretenen These, dass es bei der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG um soziale Inklusion geht, dann wird dieses Merkmal zur Abgrenzung des rein Privaten überflüssig. Denn die soziale Inklusion impliziert, dass sich ein Leistungsangebot aus dem rein privat genutzten Raum in die Öffentlichkeit verschoben hat. Und dies sogar in einer besonderen Form: Es geht nicht mehr nur darum, dass hier wirtschaftliche Leistungen an eine Vielzahl von Personen dargeboten werden, sondern darum, dass diese wirtschaftlichen Leistungen *zugleich* andere soziale Strukturen wie soziale Systeme (Fußballsport) und soziale Institutionen (Fußballstadion) aufbauen. Eine mögliche Partizipation an diesen kollektiven Strukturen setzt notwendigerweise voraus, dass eine Mehrzahl von Personen darauf zugreifen kann, die Veranstaltung oder Dienstleistung also öffentlich zugänglich ist.

c. Zu begrenzend: Soziale Macht

Als weiteres Tatbestandsmerkmal hat das Bundesverfassungsgericht auf eine, aus dem Hausrecht resultierende, einseitige Entscheidungs- bzw. Bestimmungsmacht abgestellt. Dieses Merkmal muss kritisiert werden: Die grundlegenden Überlegungen zu Macht im (Privat-)Recht haben dabei gezeigt, dass das Abstellen auf die Einseitigkeit zu kurz greift. Zum einen kommen einseitige Entscheidungen im Privatrecht regelmäßig vor; zum anderen kann an der Einseitigkeit bereits gezweifelt werden, weil Stadionbesucher*innen vorher einen Vertrag abschließen.[2112] Zudem konnte gezeigt werden, dass im Rechtsdiskurs, insbesondere das Vertragsrecht betreffend, zwar regelmäßig auf bipolare Machtsituationen abgestellt wird, diese bipolare Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes jedoch regelmäßig die strukturelle Machtdimension des Konfliktes und damit gleichzeitig die Wertentscheidung verdeckt, warum gerade eine bestimmte Machtsituation rechtlich stabilisiert werden soll, eine andere hingegen rechtlich einzugren-

2111 *Grünberger*, Personale Gleichheit 2013, S. 613.
2112 Siehe dazu oben § 2 I 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zen ist.[2113] So liegt es auch hier: Der Topos der einseitigen Entscheidungsmacht verdeckt die strukturellen Machtaspekte des sozialen Konfliktes.[2114] Um diese aufzudecken wurde ebenfalls die Inklusionsfunktion des Vertrages genutzt, um die Akteure, ihre Konstellationen und die Strukturen im hier betroffenen Sportsystem zu analysieren. Als wesentliche Topoi, die den Konflikt beschreiben können, stellten sich dabei Exklusion, soziale Sanktionierung, private Ordnung sowie eine mangelnde Einflussnahme auf Entscheidungsstrukturen heraus.[2115]

Aber diese herausgearbeiteten Aspekte von modal-strukturbezogener Macht im Stadionverbotsfall sollten nicht bereits auf der Tatbestandsebene der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen werden. Dass man im Fall der Stadionverbote auf eine soziale Mächtigkeit im Maßstäbeteil sowie eine mit einem Monopol vergleichbare modal-strukturbezogene Machtsituation abgestellt hat, ist ja der Sache nach richtig. Jedoch sollten diese Kriterien erst auf der Rechtfertigungsebene herangezogen werden, um – wie noch zu zeigen sein wird – die soziale Inklusion im konkreten Fall abzusichern.

In der verfassungsrechtlichen Literatur findet die Idee von sozialer Macht als Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes größeren Anklang.[2116] Teilweise wird vertreten, dass ohne das Vorliegen einer dem Bürger-Staat-Verhältnis vergleichbare soziale Machtstellung die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht denkbar sei.[2117] Möglicherweise hat sich das Bundesverfassungsgericht von diesem Diskurs inspirieren lassen. Problematisch an einem Abstellen auf soziale Machtkonstellationen, die mit dem Begriff der modal-strukturbezogenen Macht beschrieben werden können, ist, dass Grundrechte zwar häufig in Machtkonstellationen rele-

2113 Siehe dazu oben § 5 III, IV.

2114 Ganz deutlich auch in der Rezeption von *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (545 – 547), die den Topos der „einseitigen Entscheidungsmacht" in der Tradition der strukturellen Unterlegenheit bzw. der ungleichen Verhandlungsmacht (siehe dazu oben § 3 II 2 c) verorten und dadurch die Machtfrage auf eine rein bilaterale (kausal-interaktionsbezogene Macht-)Beziehung herunterbrechen.

2115 Siehe dazu oben § 6 und § 7.

2116 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 71; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 Rn. 17; *Rüfner*, in: BK-GG [2017], Art. 3 Abs. 1 Rn. 193c; *Wollenschläger*, in: vMKS-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 62; das Kritierium der sozialen Macht wurde auch aufgegriffen von BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 27: „soziales Machtverhältnis".

2117 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93 und 93b („besondere faktische Machtstellung").

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vant werden.[2118] Aber Macht ist kein generalisierbarer Topos der Grundrechtstheorie oder der Grundrechtsdogmatik.[2119] Er findet sich in Horizontalwirkungskonstellationen insbesondere als Abwägungstopos zwischen zwei Freiheitsgrundrechten.[2120] Nach hier vertretenem Grundrechtsvorverständnis hängt die Privatrechtswirkung von Grundrechten jedoch nicht zentral von Machtfragen ab, sondern entscheidet sich entlang der jeweiligen grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte. Das Privatrecht muss sich auch vor anderen sozialen Rationalitäten rechtfertigen, die nicht oder nicht zentral durch Machtstrukturen überprägt sind. Der Fall *Parabolantenne*[2121] ist ein Paradebeispiel dafür, dass sich das Privatrecht vor der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG rechtlich gespiegelten Rationalität von massenmedialer Öffentlichkeit auch dann rechtfertigen muss, wenn im Privatrechtsverhältnis keine dem Stadionverbotsfall vergleichbare Machtsituation vorliegt.[2122]

Überträgt man diese Überlegungen auf die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG und auf die Konkretisierung, dass eine gesellschaftliche Teilhabe zumindest in Konstellationen sozialer Inklusion vorliegt, müssen auch Machtüberlegungen darauf übertragen werden. Mich überzeugt es nicht, bereits den groben Anwendungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht nur in Situationen heranzuziehen, in denen eine die Inklusion behindernde Machtposition vorliegt. Denn dadurch würde der Anwendungsbereich zu stark eingeschränkt. Liegen die Inklusion behindernde Machtstrukturen vor, werden jedoch die Rechtfertigungsanforderungen angehoben, was – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die Organisations- und Verfahrensdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht aktiviert.

2118 Vgl. oben § 5 IV 1.

2119 Anders aber – auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz – *Pöschl*, RW 2016, 51 (56).

2120 Prägnant in BVerfGE 25, 256 – *Blinkfüer* [1969], Rn. 23 f., 27, 29.

2121 BVerfGE 90, 27 – *Parabolantenne* I [1994], Rn. 10 – 19.

2122 Zugegeben: Auch das Verhältnis zwischen Vermieter*in und Mieter*in kann als modal-interaktionsbezogenes Machtverhältnis beschrieben werden, weil die Vermieter*in grundsätzlich darüber bestimmen kann, wie eine Mieter*in eine Wohnung nutzen darf. Dies ändert jedoch nichts daran, dass *Anknüpfungspunkt* der Privatrechtswirkung der Streit um die Parabolantenne war – und nicht das Machtverhältnis an sich.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VI. Organisations- und Verfahrensdimension von Art. 3 Abs. 1 GG

Mit der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes, die die Grundlage für das dogmatische Tatbestandsmodell im Privatrecht bildet, konnte die Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG begründet werden. Als Rechtsfolge tritt damit – aufgrund der allgemeinen Struktur von Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung – eine Rechtfertigungspflicht für Privatrechtsakteure ein, deren Dienstleistungen über soziale Inklusion entscheiden. Eine Privatrechtsakteur*in muss im Falle einer sozialen Exklusion – beispielsweise indem die Leistung verweigert oder ein Vertrag gekündigt wird – einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung vorbringen. Damit kann das Recht die eigenrational gesetzte Exklusionsregel überprüfen; der allgemeine Gleichheitssatz wird damit zur Zugangsregel. Das Bundesverfassungsgericht ist jedoch in seinem Stadionverbotsbeschluss bezüglich der Rechtsfolgen darüber hinaus gegangen. Als weitere Pflichten trafen den Betreiber des Fußballstadions spezifische Verfahrenspflichten, die vor der Aussprache eines (bundesweiten) Stadionverbots eingehalten werden mussten bzw. zukünftig müssen: Die betroffene Person muss vorher angehört werden, ihr muss eine Begründung für das Stadionverbot gegeben werden und den Betreiber trifft eine Aufklärungspflicht für den zugrunde liegenden Sachverhalt.[2123] Damit geht es um „die Art und Weise – das Verfahren –, mit dem Private (unternehmensinterne) Entscheidungsprozesse durchführen, begründen und nach außen an den Betroffenen und an die Öffentlichkeit kommunizieren."[2124] In der Literatur wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um Verfahrensschritte handelt, die dem Verwaltungsverfahren stark ähneln bzw. terminologisch diesem entnommen sind.[2125] Der Konnex zwischen Grundrechtswirkung im Privatrecht und Verfahrenspflichten in privaten Rechtsverhältnissen sei ein Novum der Grundrechtsdogmatik.[2126] Damit stellt sich die Frage, ob und wie diese Verfahrensanforderungen im Privatrecht rechtsdogmatisch begründet und konstruiert werden können. Nach hier zu entwickelnder These ist es die Verfahrens- und Organisationsdimension von Art. 3 Abs. 1 GG, die auch im Privatrecht Wirkung entfaltet.

2123 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 46.

2124 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379).

2125 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379 f.); ebenso *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (35 – 37), der kritisiert, dass das Gericht zur Begründung der Verfahrenspflichten spezifischer hätte argumentieren müssen.

2126 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Kein Rekurs auf das Verwaltungsprivatrecht

Einen anderen Begründungsansatz wählt hingegen *Wiater*: Zur Begründung und inhaltlichen Beschränkung der Verfahrenspflichten im Privatrecht greift sie auf Verfahrenspflichten im Verwaltungsprivatrecht zurück. Dabei geht sie von der – zwar staatszentrierten, aber grundsätzlich zuzustimmenden Prämisse – aus, dass privates Handeln, das eine staatsähnliche Reichweite oder Organisationsstruktur aufweist, an der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht operiert; auch die Verwaltung, die sich privatrechtlicher Formen bedient, operiert an dieser Schnittstelle.[2127] Ihr Argument lautet dabei im Kern, dass so wie der Staat, der sich in den Bereich des Privatrechts begibt, sich nicht seinen rechtsstaatlichen Bindungen entziehen darf, auch ein Privater sich rechtsstaatlichen Bindungen nicht entziehen kann, wenn er sich auf verfassungsrechtliches Terrain begibt.[2128]

Der Begründungsansatz *Wiaters* kann nicht überzeugen. Zuzustimmen ist ihr zwar grundsätzlich dahingehend, dass Private u.a. Verfahrenspflichten einhalten müssen, weil sie eine ähnliche Position wie der Staat einnehmen.[2129] Unklar bleibt jedoch, warum die genuin an staatlichen Akteuren ausgerichteten rechtsstaatlichen Bindungen auch gegenüber Privaten gelten sollen. Zwar hat sich das Bundesverfassungsgericht mit den Verfahrensanforderungen Anhörung, Begründungspflicht und Sachverhaltsaufklärung inhaltlich an klassischen rechtsstaatlichen Ausprägungen orientiert. Meines Erachtens nach bildet aber die Verfahrens- und Organisationsdimension der Grundrechte eine überzeugendere dogmatische Grundlage auch für Etablierung von solchen Pflichten im Privatrecht. Speziell die Anhörung lässt sich neben der Beschreibung als verwaltungsrechtliches Institut als „ein allgemein grundrechtsgebotener Verfahrensstandard" rekonstruieren.[2130] Grundrechtliche Verfahrens- und Organisationspflichten sind dem Privatrecht zunächst nicht fremd: „Die Entwicklung ist nicht auf öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse beschränkt geblieben. Wo Grundrechte in das Privatrecht hineinwirken, können auch ihre prozedural-organisatorischen Komponenten eine Rolle spielen."[2131] So nimmt das Bundesverfassungs-

2127 *Wiater*, JZ 2020, 379 (384).
2128 *Wiater*, JZ 2020, 379 (384).
2129 Siehe aber unten § 9 VI 3 b zur Kritik am Topos der Staatsähnlichkeit.
2130 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 38.
2131 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gericht zur Begründung von privatrechtlichen Verfahrenspflichten im Stadionverbotsbeschluss[2132] ausdrücklich Bezug zu Vereinsausschlüssen und zu Verdachtskündigungen im Arbeitsrecht. Selbst hatte es zuvor zu Darlegungs- und Beweislastfragen im Kündigungsschutz entschieden.[2133] Verfahrenspflichten seien dem Privatrecht „nicht fremd".[2134] Weiteres aktuelles Beispiel für Verfahrenspflichten Privater und damit für die Prozeduralisierung im Privatrecht sind die §§ 9 ff. sowie 13 ff. UrhDaG, wonach Nutzerrechte prozedural abgesichert werden und Diensteanbieter ein nach diesen Vorschriften auszugestaltendes Beschwerdeverfahren etablieren müssen.[2135]

Dies ist jedoch methodisch nur eine Seite der Begründung. Damit hat das Bundesverfassungsgericht lediglich festgestellt, dass es grundsätzlich mit der Eigenrationalität des Privatrechts vereinbar ist, Verfahrenspflichten an Private aufzustellen. Wenn Verfahrenspflichten aus der Verfassung – und nicht aus dem (genuinen) Privatrecht – abgeleitet werden, so bedarf es einer eigenständigen verfassungsdogmatischen Fundierung und Begründung.[2136] Richtiger Anknüpfungspunkt dafür ist die Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte in ihrer Privatrechtswirkung, nicht der Vergleich zum Verwaltungsprivatrecht oder das Rechtsstaatsprinzip.

2. Organisations- und Verfahrensdimension im Vertikalverhältnis

Mit der Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte ist der Topos der Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren angesprochen.[2137] Dabei geht es um eine Effektivierung der materiellen Gewährleistungsgehalte eines Grundrechts. Prozedurale und organisatorische Sicherungen können alle Grundrechtsdimensionen (Abwehr-, Schutz-, Leistungs- und Teilhabedimension) erfassen.[2138] Daraus erklärt sich, dass diese Dimension zu den Hauptdimensionen querliegend ist.[2139] Dies trifft insbesondere für die hier relevante Teilhabedimension zu:

2132 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 47.
2133 BVerfGE 97, 169 (179) – *Kleinbetriebsklausel* [1998].
2134 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 47.
2135 Siehe dazu *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1908 – 1910).
2136 Zutreffend *Wiater*, JZ 2020, 379 (379, 382).
2137 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 276; *Bethge*, NJW 1982, 1 (2).
2138 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 9.
2139 Siehe oben § 9 I 2; anders *Häberle*, VVdStRL 30 (1972), 43 (86 f.), der von der selbstständigen Grundrechtsdimension „*status activus processualis*" spricht und hervorhebt, dass Verfahren selbstständig betrachtet werden sollten.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Die Komplementarität zwischen substantiellem und organisatorisch-prozeduralem Schutz ist aber auch für die anderen [nicht abwehrrechtlichen] grundrechtlichen Wirkungsebenen zu beachten – mehr noch: Gerade für die schutz- und leistungsrechtlichen Bedeutungsschichten erscheint die verfahrensrechtliche Komponente wichtig, weil es sich regelmäßig um besonders schwierige Verteilungsentscheidungen handelt, die einen Ausgleich zwischen den Positionen mehrerer Grundrechtsträger verlangen".[2140] Dies gilt im Besonderen für den allgemeinen Gleichheitssatz. Denn die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG hängt untrennbar mit seiner Verfahrens- und Organisationsfunktion zusammen. Die Verfahrens- und organisatorische Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes sichert prozedural die materiell gleichheitskonforme Differenzierung ab.[2141] „Denn Teilhabe beginnt bei der Frage, wer nach welcher Prozedur, nach welchen Kriterien Auswahlentscheidungen trifft und wie diese verwaltungsintern und -extern überprüft werden können."[2142] Problematisch an der dogmatischen Arbeit mit der Verfahrens- und Organisationsdimension ist hingegen, dass die konkreten Ableitungen von Verfahrens- und Organisationspflichten aus den Grundrechten kaum mit den herkömmlichen juristischen Auslegungsregeln zu greifen sind. Besser können Verfahrens- und Organisationspflichten mit steuerungstheoretischen Zugängen begriffen werden.[2143]

3. Privatrechtswirkung der Organisations- und Verfahrensdimension

Die Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts primär für das Zivilprozessrecht, insbesondere für das Zwangsvollstreckunsgrecht, zu beobachten.[2144] Jedoch sind im wissenschaftlichen Diskurs Ansätze vorhanden, die organisatorische und prozedurale Gewährleistungen vom Prozessrecht loslösen wollen und auch auf privatautonome Handlungen übertragen wollen; Anknüpfungspunkte sind dabei u.a. der Vertrag als Verfahren oder die

2140 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 11, 13.
2141 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 183 f.
2142 *Kingreen*, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 304.
2143 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 12.
2144 Überblick bei *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 280 – 283.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Organisiertheit privater Personenmehrheiten.[2145] *Bethge* erwägt zumindest, dass die Begriffe Organisation und Verfahren als Mittel der Grundrechtseffektuierung auch auf private organisationsrechtliche Strukturen passen könnten.[2146] Die Frage lautet damit: „Erstrecken sich also die grundrechtlichen Organisations- und Verfahrensgewährleistungen auch auf Organisation und Verfahren im materiellen Privatrecht?"[2147] Wenn die Begründung von Organisations- und Verfahrenspflichten primär eine Steuerungsfrage ist, dann geht es also auch im Privatrecht darum, das konkrete Sachproblem zu analysieren und sich zu fragen, warum es sinnvoll wäre, die hier relevante Teilhabedimension über weitere Verfahrensschritte abzusichern. Dabei kann sich gleichzeitig mit der in der Literatur geäußerten Kritik an der Etablierung von Verfahrenspflichten durch das Bundesverfassungsgericht im Stadionverbotsbeschluss auseinandergesetzt werden. Zugleich können Kriterien offengelegt werden, die im Rechtfertigungsmodell dazu führen, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung durch Verfahrensvorgaben erhöht werden.

a. Prozeduralisierung und gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Vereinzelt wurde der Stadionverbotsbeschluss deshalb kritisiert, weil er Ausdruck der allgemeinen Tendenz der Prozeduralisierung des Rechts ist. Dabei sei diese Prozeduralisierung, also die Entwicklung, dass Entscheidungen über Grundrechtsverstöße vermehrt auf der Verfahrensebene gelöst werden, schlecht, weil dadurch keine inhaltlichen Maßstäbe festgelegt werden.[2148] Prozeduralisierung ist dabei ein schillernder Begriff.[2149] Er beschreibt strukturelle Veränderungen im Recht, die typologisch die „Verschiebung des Regelungsschwerpunktes vom materiellen in das formelle Recht"[2150] behandeln. Richtig ist dabei, dass im Recht materielle Entscheidungskriterien durch Verfahren ausgefüllt, verstärkt oder ersetzt werden:

2145 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 283; *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (541); angedeutet bei *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 332 f.; *Bethge*, NJW 1982, 1 (2); *Denninger*, HStR, Bd. IX, 2011, § 193 Rn. 24, 40.

2146 *Bethge*, NJW 1982, 1 (2).

2147 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 283 f., der dies auf. S. 284 f. sehr restriktiv sieht.

2148 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.

2149 Zu verschiedenen Zugängen *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1.

2150 *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„Prozedurales Recht tritt insoweit an die Seite oder gar an die Stelle materiellen Rechts."[2151] Unklar bleibt mir, warum dies problematisch sein sollte. Denn die stärkere Mediatisierung sozialer Konflikte im Recht über prozedurale Elemente greift auf die Komplexität moderner Gesellschaften zurück: Es wird immer schwieriger, verbindliche rechtliche Maßstäbe und Anforderungen für jeden einzelnen sozialen Kontext zu formulieren. Über prozedurale Elemente im Recht entstehen mehr Möglichkeiten, „den immer komplexer werdenden gesellschaftlichen Herausforderungen und damit verbunden Regelungs- und Entscheidungsproblemen durch Verfahren und nicht (jedenfalls nicht primär) durch Zunahme an vorweggenommenen materiellen Determinierungen Rechnung zu tragen."[2152] Die Anerkennung prozeduraler Elemente im Privatrecht bedeutet damit, dass das Recht nicht vor der modernen Komplexität kapituliert. Aus systemtheoretischer Perspektive der Grundrechte wurden prozedurale Lösungen für eine gelungene Konstitutionalisierung – beispielsweise des Rundfunks – hervorgehoben.[2153]

Darüber hinaus besteht ein enger Zusammenhang zwischen Verfahrensanforderungen und privaten Ordnungen:[2154] Ein wesentliches Problem im gesellschaftlichen Konstitutionalismus sowie bezüglich der Legitimation privater Ordnungen sind Verfahrensanforderungen zur Beteiligung aller betroffener Personen an der Regelsetzung oder zumindest zur Absicherung einseitiger Interessendurchsetzung. Prozeduralisierung trägt dazu bei, dass verschiedene Akteure Zugang zu den Prozessen der Entscheidungsfindung und der Rechtserzeugung erhalten.[2155] Werden über grundrechtliche Gewährleistungsgehalte mehr Verfahrensanforderungen im Privatrecht, und damit auch gerade in privaten Ordnungen, etabliert, sichert dies ihre Legitimation. Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensvorschriften sichern Richtigkeit – Rationalität, Gerechtigkeit, Legitimation – der durch sie ermöglichten Entscheidungen.[2156] Im Kontext des gesellschaftlichen Konstitutionalismus sind prozedurale Vorgaben zudem aus einem weiteren Grund materiell-rechtlichen Vorgaben überlegen: Materiell-rechtliche Vorgaben haben ein hohes Gefahrenpotential, den jeweiligen sozialen Sys-

2151 *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 27.
2152 *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (2).
2153 *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (525 – 528).
2154 Siehe dazu oben § 7 III 2, 3.
2155 *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (6).
2156 *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

temen eine fremde Rationalität aufzuerlegen.[2157] In dem Moment, in dem ein Gericht anderen sozialen Systemen materielle Vorgaben macht, besteht die Gefahr, dass sie die Anforderungen des Systems verkennt. Insbesondere die Abwägung von Freiheitsgrundrechten führt immer dazu, dass das Recht eine letztverbindliche und heteronome Entscheidung über die punktuelle Ausgestaltung der Systemstrukturen trifft. Prozedurale Vorgaben wahren jedoch – solange nicht blind rechtlich oder politisch etablierte und bekannte Verfahren ohne Reflektion auf andere Systemkontexte übertragen werden – in hohem Maße die Autonomie gesellschaftlicher Strukturen. Die entscheidungstragenden Akteure und Akteurinnen der jeweiligen sozialen Systeme werden nicht oder nur geringfügig hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung des Systems beeinträchtigt. Um dies am Stadionverbotsfall zu verdeutlichen: Zwar kontrollierte das Bundesverfassungsgericht hier über das Sachgrunderfordernis die Exklusionsregel, dass gefährliche Fußballfans vom Stadion ausgeschlossen werden sollen. An diesen Sachgrund werden jedoch keine hohen Anforderungen gestellt; das Sportsystem behält die Möglichkeit, die Exklusionsregeln weitgehend frei und autonom zu bestimmen. Das Recht hält über die Verfahrensanforderungen jetzt „nur" die relevanten Akteure an der einmal getroffenen Entscheidung fest: Es dürfen nur tatsächlich gefährliche Fußballfans exkludiert werden.[2158] Die Exklusionsregel muss quasi folgerichtig angewendet werden;[2159] sie darf nicht für andere Zwecke genutzt werden, wenn dies dazu führen würde, dass die Teilhabedimension des Gleichheitssatzes beeinträchtigt wird. Der Stadionverbotsbeschluss mit seinen prozeduralen Anforderungen kann damit als Vorbild für guten gesellschaftlichen Konstitutionalismus gesehen werden.

2157 Das ist die im Kern richtige Kritik von *Ladeur* an Abwägungslösungen in Horizontalverhältnissen, *Ladeur*, in: *Vesting/Korioth/I. Augsberg* (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 17 (36 – 38), der stattdessen für eine Prozeduralisierung plädiert.

2158 Dieses Argument findet sich ausdrücklich in der BGH-Entscheidung zum Facebookfall wieder, siehe BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 84: „Denn nur eine in einem verbindlichen Verfahren erfolgende Aufklärung des Sachverhalts gewährleistet, dass die Entscheidung der an das Gleichbehandlungsgebot gebundenen Partei auf einem sachlichen Grund beruht, der in den maßgeblichen tatsächlichen Verhältnissen hinreichend verankert ist."

2159 In eine ähnliche Richtung argumentiert *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (26 – 29), der dies „Konzeptbindung als Mittel des Grundrechtsausgleichs" bezeichnet und auf S. 29 ebenfalls betont, dass ein solcher Ansatz in hohem Maße die „Bildung sozialer Normativität" wahrt; allerdings auf S. 35 – 37 leicht kritisch gegenüber Verfahrensvorgaben.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Verfahrens- und Organisationsdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wird so zu einem Partizipationsrecht. Wird die soziale Inklusion durch institutionalisierte Machtverhältnisse reguliert, die zu einer Normalisierung der Exklusionsentscheidungen führt, gewährt Art. 3 Abs. 1 GG – vermittelt über die Anrufung staatlicher Gerichte – die Teilhabe an der Setzung dieser privaten Regeln.[2160] Welche konkreten Verfahrensvorgaben für eine private Ordnung durch die Anrufung staatlicher Gerichte „erzwungen" werden können, lässt sich dabei nur schwer abstrakt beantworten, weil (1.) jede private Ordnung in einen jeweils ganz unterschiedlichen sozialen Kontext eingebettet ist und (2.) sich der für den konkreten Fall aus der Verfahrens- und Organisationsdimension des Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gewährleistungsgehalt erst durch eine Abwägung mit den konkret entgegenstehenden Grundrechten ergibt. Maßgeblich ist hier die Steuerungsperspektive: Auf welche Probleme einer privaten Ordnung kann und soll aus Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus reagiert werden? Geht es um eine Exklusionsregel wie beispielsweise im *Stadionverbotsfall*, die (tatsächlich) gefährliche Personen von Fußballevents ausschließen soll, liegen die vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen – und aus der klassischen staatlichen Gefahrenabwehr bekannten[2161] – Instrumente der Sachverhaltsaufklärung, der Begründungspflicht sowie der Möglichkeit einer Stellungnahme nahe. Der Gewährleistungsgehalt kann jedoch auch ganz andere Organisations- und Verfahrensanforderungen umfassen: So sind z.B. Anforderungen an die Öffentlichkeit[2162] von Entscheidungen oder die paritätische Besetzung von Entscheidungsgremien[2163] denkbar.

2160 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (157).

2161 Dabei ist jedoch nochmals zu betonen, dass diese Gewährleistungen aus der Verfahrens- und Organisationsdimension des Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtswirkung und nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip o.ä. folgen. „Passen" jedoch aus Steuerungsperspektive bereits im Recht bekannte Instrumente auch auf die soziale Konfliktlage in einer Privatrechtskonstellation, spricht nichts dagegen, diese in angepasster Weise heranzuziehen.

2162 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 42 – 51 (hier jedoch aus dem Gewährleistungsgehalt des Justizgewährleistungsanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet).

2163 Auch dies war ein Problem im Fall *Pechstein* und wurde von der Beschwerdeführerin auch gerügt (BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 25), in den Entscheidungsgründen jedoch nicht weiter aufgegriffen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Aufwertung privater Akteur*innen und Staatsähnlichkeit

Des Weiteren wurde als Argument vorgebracht, dass durch die Verfahrenspflichten private Akteur*innen – insbesondere Unternehmen – in „inakzeptabler Weise" aufgewertet würden: Der Bürger werde hier nicht nur durch mehr Rechte gestärkt, sondern sieht sich nun Unternehmen gegenüber, denen er sich so verhalten muss, als wäre es der Staat; er müsse Begründungen einfordern, sich einer Anhörung aussetzen usw.[2164] Zurecht wurde darauf hingewiesen, dass nicht jede Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auch zu Verfahrensanforderungen führt bzw. führen sollte.[2165] Die Verfahrens- und Organisationsdimension der Grundrechte kann diese Aussage nur bestätigen: Die Verfahrens- und Organisationspflichten sollen der im Fokus stehenden Teilhabedimension zu einer besseren Wirksamkeit verhelfen. Wann die Aktivierung dieser querliegenden Grundrechtsfunktion steuerungstheoretisch sinnvoll erscheint, muss von Fall zu Fall entschieden werden. Aus dem Argument, dass mit Verfahrenspflichten Privatrechtsakteur*innen „aufgewertet" würden, lässt sich jedoch ein typologischer Anknüpfungspunkt finden: Im Fall des Stadionverbots waren bereits vor der Entscheidung hierarchische Entscheidungsstrukturen und vorgegebene Verfahrensschritte vorgesehen. Der zweite Teil dieser Untersuchung hat darauf aufbauend die These aufgestellt, dass es sich im konkreten Fall sogar um soziale Herrschaftsstrukturen handelt, gerade weil die wesentlichen Entscheidungsprozesse institutionalisiert sind.[2166] Damit lässt sich aus diesem Gegenargument ein Anhaltspunkt für die Verfahrensdimension formulieren: Sie kommt im Privatrecht dann unterstützend zum Einsatz, wenn die fraglichen Privatrechtsakteure bereits institutionalisierte Verfahrens- und Organisationsprozesse etabliert haben, die sich negativ zulasten des sozialen Inklusionsinteresses der Grundrechtsträger*in auswirken bzw. auswirken können. Die Verfahrens- und Organisationsdimension sichert den allgemeinen Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht ab. Dadurch kommt es zu einer „Ausbildung eines letztlich das Teilhaberecht an der Veranstaltung sichernden Verfahrensregime"[2167]. Um es deutlich zu sagen: Grundrechtliche Verfahrensanforderungen im Privarecht werten Unternehmen bzw. Organisationen nicht auf; sie reagieren vielmehr auf die soziale Realität, dass bestimmte Privatrechtsakteure bereits privatautonom, ohne

2164 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.
2165 *Wiater*, JZ 2020, 379 (381).
2166 Siehe oben § 7 II 4.
2167 *Droege*, npoR 2018, 241 (244).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Zutun grundrechtlicher Anforderungen, bestimmte Verfahren etabliert haben, welche sich häufig zulasten anderer Grundrechtsträger*innen auswirken.

Einen ähnlichen typologischen Anknüpfungspunkt wählt *Wiater* mit den Begriffen „staatsähnliche Reichweise oder Organisationsstruktur": „Weise privates Handeln in spezifischen Lebensbereichen eine staatsähnliche Reichweise oder Organisationsstruktur auf, so begibt sich der Private aus eigener Entscheidung in eine Staatsnähe, die in gewissem Umfang eine verfassungsrechtliche ‚Überlagerung und Bindung des Privatrechts' zur Folge haben muss."[2168] Dem ist inhaltlich zuzustimmen. Jedoch sollte der Topos der Staatsnähe vermieden werden, weil er lediglich als Proxy für eine adäquate Beschreibung der Problemlage steht. Diese Untersuchung hat in § 7 den Stadionverbotsfall aus der Perspektive der privaten Ordnungen beschrieben und damit eine präzisiere Beschreibung vorgelegt. „Entscheidend ist nicht die Zuordnung eines Privaten zur öffentlichen Hand, sondern seine Stellung in der Gesellschaft. Wer in ‚spezifischen Konstellationen' eine besondere Machtposition ausübt, ist unmittelbar an die Grundrechte gebunden und muss seine Entscheidungen wie der Staat unter Würdigung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG treffen."[2169] Man kann mit dem Topos nicht alle für das Recht relevanten Fälle einfangen, weil sich private Ordnungsstrukturen in der komplexen Realität sowohl hinsichtlich staatlicher Organisationsstrukturen als auch untereinander stark unterscheiden (können).[2170] Problematisch am Topos der Staatsähnlichkeit ist, dass private Ordnungen Strukturen ausbilden können, die sich stark von klassischen Staatsstrukturen unterscheiden, aber dennoch rechtlich bedenklich sein können. Es geht um eine modal-strukturbezogene Machtstellung innerhalb der einzelnen sozialen Systeme, die sowohl ermöglichende als auch begrenzende Auswirkungen auf die Gewährleistungsgehalte der Grundrechte haben: hier also die soziale Inklusion, die Art. 3 Abs. 1 GG auch im Privatrecht gewährleistet.

2168 *Wiater*, JZ 2020, 379 (382); auch *Wienbracke*, EWiR 2018, 495 (496) stellt auf die Staatsähnlichkeit der Privaten ab.

2169 *Jobst*, NJW 2020, 11 (16).

2170 *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 202 – 204, 216 spricht deshalb abstrakter von einer „entpersonalisierten Struktur" eines Privaten, womit er zutreffend einfängt, dass regelmäßig – aber nicht immer – Organisationen an Grundrechtseinschränkungen beteiligt sind.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c. Verfahren als Grenze der Privatrechtswirkung und Einschränkung legislativer Spielräume

Damit verbunden ist das Argument, dass Verfahrensanforderungen den Schritt von der mittelbaren Drittwirkung zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung verdeutlichen, wobei letztere prinzipiell abgelehnt werde.[2171] Dabei handelt es sich jedoch um ein schwaches Argument. Ausgehend von den hier gesetzten Prämissen der Horizontalwirkung von Grundrechten, ist ohnehin nicht an der Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtswirkung festzuhalten.

Eng damit zusammen hängt jedoch ein anderes Argument: Indem das Bundesverfassungsgericht hier ohne Gesetzesmediation Verfahrenspflichten etabliert, überschreite es seine Kompetenzen gegenüber der Legislative. Denn diese werde nun an diesen vorgegebenen Verfahrensanforderungen festgehalten.[2172] Der Grund, warum von einigen Autor*innen eine zu starke Begrenzung legislativer Spielräume hervorgehoben wird, überzeugt nicht. Zum einen verkennen sie die Ausgangssituation: Die Legislative hat im Stadionverbotsfall gerade nicht gehandelt. Die Gründe dafür können im Detail offenbleiben, wobei der Stadionverbotsfall jedoch symptomatisch für den Rückgang der Prägung des Rechts durch das politische System angesehen werden kann.[2173] Das Sportsystem hat sich historisch immer schon selbst reguliert. Bestimmte Konflikte werden damit entweder gänzlich ohne gesetzliche Regelung oder wie im Stadionverbotsfall über private Ordnungen und Privatrechtsinstitute ausgetragen. Die Legislative hätte jederzeit Gesetze erlassen können, um den sozialen Konflikt um die Stadionverbote abzuschwächen. Sie hat es aber nicht getan.

Wenn aber darauf abgestellt wird, dass jetzt zukünftig die gesetzgeberischen Spielräume eingeschränkt sein sollten, falls die Legislative doch regulierend einschreiten möchte, so legt sie andere Prämissen bezüglich der Horizontalwirkung der Grundrechte zugrunde. Die Argumentation beruht auf der Prämisse, dass jetzt durch die aus der Abwägung zwischen Art. 14 und Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitete Etablierung von Sachgrunderfordernis und Verfahrensanforderungen der Gesetzgeber an diesen Instrumenten der Konfliktlösung festgehalten werden müsste, weil dies die verfassungsrechtlichen Anforderungen seien. Dabei übersehen sie, dass jede Horizontalwir-

2171 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.
2172 *Michl*, JZ 2018, 910 (917 f.).
2173 Siehe dazu *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (306 – 309).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kungskonstruktion – selbst die Anwendungskonstruktion – zwischen der Ebene des unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses (Grundrecht A gegen Grundrecht B) und ihrer möglichen Mediatisierung über das einfache Gesetzesrecht unterscheidet. Woran zukünftige Legislativentscheidungen in Bezug auf Stadionverbote gebunden sein mögen, ist die Auflösung der Grundrechtskollision zugunsten des allgemeinen Gleichheitssatzes und möglicherweise daran, dass es dazu *irgendeine* Art von prozeduraler Absicherung bedarf. Die hier etablierten Verfahrensanforderungen folgen aber daraus, dass es gerade kein hinreichendes einfaches Gesetzesrecht gab, das auch nur ansatzweise eine adäquate Konfliktmediatisierung ermöglichte. Erlässt die Legislative im Anschluss an den Stadionverbotsbeschluss ein Gesetz, welches Stadionverbote einem gesetzlichen Verfahrensregime unterwirft, welches von dem in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung entwickelten abweicht, so muss sich diese gesetzliche Konfliktmediation innerhalb eines *Spektrums* von grundrechtlich zulässigen Regelungen halten. Durch den Stadionverbotsbeschluss und die dort getroffenen Aussagen zu Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtsverhältnissen ist für die Zukunft lediglich dieses Spektrum festgelegt.

d. Verfahrensvorgaben auch im allgemeinen Privatrecht

Zwar zieht das Bundesverfassungsgericht bezüglich Verfahrenspflichten Parallelen zu Vereinsausschlüssen sowie arbeitsrechtlichen Verdachtskündigungen, aber dies seien Sonderfälle, die dadurch gerechtfertigt seien, weil es sich hier um bestehende Sonderrechtsverhältnisse und nicht um Jedermannsverhältnisse handele.[2174] Dieses Argument beruht damit auf der Prämisse, dass wenn es schon zu Verfahrensanforderungen im Privatrecht kommen soll, diese dann auf bestehende Rechtsverhältnisse beschränkt werden sollten, weil es auch bisher keine Verfahrensanforderungen im allgemeinen Privatrecht gebe. Dagegen sprechen jedoch zwei Argumente: Zum einen ist bereits die Prämisse falsch, dass das allgemeine Vertragsrecht frei von prozeduralen Elementen sei. Denn die Verfahrensanforderungen beim Ausschluss von Mitgliedern sozial mächtiger Vereine finden ebenfalls Anwendung, wenn es um die Begründung der Mitgliedschaft geht.[2175] Zu-

2174 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c; *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (902); *Wiater*, JZ 2020, 379 (381).

2175 Siehe dazu oben § 8 IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem operiert das Verbraucherrecht schon länger mit Informationspflichten im vorvertraglichen Bereich,[2176] die als prozedurale Elemente im allgemeinen Vertragsrecht gedeutet werden können.[2177] Ebenfalls finden sich jüngst Ansätze, die Verfahrensrechte – zumindest im digitalen Kontext – genuin aus dem vertraglichen Äquivalenzverhältnis und dem relativen Interessenausgleich herleiten.[2178] Das Privatrecht ist demnach offen für die grundrechtliche Verfahrensdimension.

Zum anderen verkennt dieses Argument die Notwendigkeit, auch bestimmte weitere Phänomene im allgemeinen Vertragsrecht über prozedurale Elemente abzusichern. Indem an der Unterscheidung Sonderrechtsverhältnis gegen Jedermannsverhältnis, an Spezialrechtsgebiet und allgemeinem Vertragsrecht festgehalten wird, werden soziale Probleme und gesellschaftliche Entwicklungen übersehen.[2179] Geht es beispielsweise um die Etablierung privater Ordnungen, so ist der Stadionverbotsfall ein ideales Beispiel dafür, wie sich private Ordnungen von relativ festen Strukturen in Form von vereinsrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnissen hin zu amorpheren Strukturen im allgemeinen Vertragsrecht gewandelt haben.[2180] Richtig und wichtig hervorzuheben ist jedoch, dass nicht jede Situation sozialer Inklusion und Teilhabe über einen Sachgrund hinaus durch prozedurale Elemente geregelt werden sollte. Damit wären nicht nur für eine Vielzahl von Privatrechtsakteuren erhebliche Kosten verbunden; sie sind auch nicht notwendig, um einen angemessenen Ausgleich der Interessen herzustellen: Verweigert der Betreiber einer Therme den erneuten Vertragsschluss mit einer Person, die mehrfach Personen in der Sauna belästigte (Sachgrund), dann muss der Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG hier nicht speziell gesichert werden. Nach hier vertretener These werden die Recht-

2176 Siehe dazu *Weiler*, in: Tamm/Tonner/Brönneke (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2020, § 13.

2177 Vgl. *G.-P. Calliess*, in: Micklitz (Hrsg.), Verbraucherrecht in Deutschland, 2005, S. 65.

2178 Siehe den Ansatz bei *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (991); *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 15 (23 f.).

2179 Vgl. *Lepsius*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 82 (87): „Das Privatrecht reagierte eher durch Ausdifferenzierung neuer Rechtsgebiete, in denen politische Interessen und soziale Bedürfnislagen rechtlich isoliert werden konnten (z.B. Arbeitsrecht, ‚grüner Bereich', dogmatische Ausgliederung des Familienrechts), so dass ‚Privatrecht' im Verhältnis zu seinen ausdifferenzierten Teilrechtsgebieten weiterhin als ein Rechtsgebiet empfunden werden konnte, in dem das Gleichheitsversprechen des 19. Jahrhunderts fortlebt und auf das Schuldrecht reduziert wird."

2180 Vgl. dazu oben § 8 IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fertigungsanforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur in solchen Konstellationen sozialer Inklusion durch Verfahrensanforderungen erhöht, in denen eine Institutionalisierung oder Normalisierung der Inklusions- bzw. Exklusionsentscheidung vorliegt. Das Vorliegen einer privaten Ordnung kann als einer dieser Fälle angesehen werden. Darauf sollte sich jedoch insbesondere die weitere Diskussion nicht verengen: Es ist denkbar, dass das Recht (zukünftig) gesellschaftliche Strukturen vorfinden wird, die sich nicht oder nur schwer aus der Perspektive privater Ordnungen beschreiben lassen.

VII. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurde die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes begründet. Ausgehend von verschiedenen grundrechtlichen Vorverständnissen, wurden die unterschiedlichen Dimensionen des Gewährleistungsgehaltes von Art. 3 Abs. 1 GG darauf hin untersucht, inwieweit sie auch im Privatrecht Wirkung entfalten können. Dabei wurde insbesondere eine Schutzdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes insgesamt, also sowohl gegen den Staat als auch im Horizontalverhältnis, verneint. Die modale Struktur des Gleichheitssatzes beinhaltet kein für eine Schutzpflicht notwendiges Schutzgut. Art. 3 Abs. 1 GG kommt jedoch eine Teilhabedimension in Form von derivativen Teilhabeansprüchen zu. In dieser Teilhabedimension wird nach hier vertretener These der überzeugende Anknüpfungspunkt für seine Privatrechtswirkung gesehen. Ursprünglich gegen den Staat gerichtete derivative Teilhabeansprüche lassen sich generalisieren: Dabei geht es um die Inklusion in soziale Funktionssysteme. Die funktional differenzierte Gesellschaft hat jedoch dazu geführt, dass der Zugang zu immer mehr sozialen Bereichen nicht vom Staat geregelt wird. Dennoch sind Menschen zur Auslebung von Sozialität auf andere Menschen angewiesen. Sozialität spielt sich in der modernen Gesellschaft primär innerhalb von Funktionssystemen ab, sodass Personen Zugang – Inklusion – zu den einzelnen Funktionssystemen benötigen, möchten sie in der Gesellschaft sozial agieren. Die Erstreckung der Teilhabedimension in das Privatrecht hinein ist damit geboten.

Damit ist jedoch nicht geklärt wie genau, also in welcher dogmatischen Form, der allgemeine Gleichheitssatz im Privatrecht wirkt. Das bekannte Abwägungsmodell bei Freiheitsgrundrechten versagt aufgrund der modalen Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG: Seine Form von Ungleichbehandlung und

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtfertigung ist selbst die Struktur, in der die Abwägung mit Freiheitsrechten erfolgt. Die Frage lautet dann aber, ob diese Struktur nur in bestimmten Fällen (Tatbestandsmodell) oder grundsätzlich immer, aber mit stark abgestuften Rechtfertigungsanforderungen (Rechtfertigungsmodell), zur Lösung privatrechtlicher Konflikte herangezogen werden soll. Plädiert wurde für eine Kombination: Eine Situation von sozialer Inklusion löst die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG, also die Anwendung des Schemas Ungleichbehandlung und Rechtfertigung, aus. Daraus folgt immer, dass sich ein Privatrechtsakteur, der über soziale Inklusion entscheidet, für eine Ungleichbehandlung immer rechtfertigen muss – seine Inklusionsregeln werden zumindest an einem Sachgrund gemessen. Werden diese Inklusionsregeln durch Machtstrukturen, beispielsweise durch die Etablierung einer privaten Ordnung, überlagert, tritt also eine Institutionalisierung bzw. Normalisierung der Exklusionsentscheidungen ein, so steigen die Rechtfertigungsanforderungen. Gleichzeitig löst dies die Verfahrens- und Organisationsdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes aus, die ebenfalls Privatrechtswirkung entfaltet. Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel für soziale Inklusion wird damit über Verfahrensanforderungen abgesichert und verstärkt.

§ 10 Anwendungs- und Abgrenzungsfälle

Das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung ist primär darauf gerichtet, ein generalisierbares Analysemodell für bestimmte Vertragskonstellationen in der modernen Gesellschaft zu entwerfen. Bei der hier entwickelten Inklusionsfunktion des Vertrages geht es darum, auf einer zunächst rechtstheoretischen Ebenen verschiedene Fälle der Gesellschaft mit gemeinsamen Begriffen – wie beispielsweise Inklusion, Exklusion oder private Ordnung – zu beschreiben, um daran anknüpfend differenzierte rechtliche Lösungsvorschläge zu entwickeln. Das Aufzeigen von möglichen responsiven Reaktionen des Rechts muss jedoch immer der zweite Schritt bleiben. Zunächst geht es darum, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Fällen der Gesellschaft aufzuzeigen. Dies ist Aufgabe des letzten Kapi-

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tels dieser Untersuchung. Die Inklusionsfunktion des Vertrages und der hier entwickelte Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes in Horizontalwirkung hat sich neben dem Stadionverbotsfall auch vor weiteren aktuellen Fällen der Gesellschaft zu behaupten.

I. Kommunikation im analogen Raum

Mit dem Stadionverbotsfall werden in der Literatur insbesondere zwei Fälle der Gesellschaft in Verbindung gebracht, die jedoch nur teilweise Gemeinsamkeiten aufweisen: der Fall *Fraport*[2181] und der Bierdosenflashmobfall[2182].[2183] In beiden Fällen ging es rechtlich – wie vordergründig im Stadionverbotsfall auch – um die Ausübung des Hausrechts und dessen mögliche Einschränkungen. Im Fall *Fraport* ging es um die Zulässigkeit einer politischen Demonstration gegen die Abschiebungen von geflüchteten Menschen, die vor einem Terminal abgehalten worden ist.[2184] Der Bierdosenflashmobfall sollte die in der Fraport-Entscheidung lediglich als *obiter dictum* entwickelten Grundsätze für gänzlich bzw. überwiegend privatisierte öffentliche Räume austesten: Ein Passauer Student rief zu einer Flashmobaktion auf dem Passauer Nibelungenplatz auf, bei dem alle beteiligten Personen innerhalb von 30 Sekunden eine Dose Bier leeren sollten, um ein Zeichen für die Freiheitsausübung zu setzen und auf die zunehmende Privatisierung öffentlicher Räume aufmerksam zu machen.[2185] Über diese Sachverhaltsähnlichkeiten hinaus waren diese beiden Entscheidungen die Grundlage für die Ausführungen im Maßstäbeteil der Stadionverbotsentscheidung, dass eine Horizontalwirkung der Grundrechte – in ihren tatsächlichen Auswirkungen bzw. Ausprägungen (!) – dem Gewährleistungsgehalt der gegen den Staat gerichteten Abwehrdimension entsprechen kann.[2186] Bei genauerem Hinsehen unterscheiden sich jedoch diese Fälle

2181 BGH, Urt. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*; BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*.

2182 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*.

2183 Beispielsweise *Heldt*, NVwZ 2018, 818 (818); *Jobst*, NJW 2020, 11 (11 f.); *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 69 – 94.

2184 Vgl. zum Sachverhalt BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 2 – 10.

2185 Vgl. zum Sachverhalt BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 1 f.

2186 Zunächst BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 56 – 59 und BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6; dann BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09, *Stadionverbot*, Rn. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vom Stadionverbotsfall sowohl bezüglich des zugrunde liegenden Konfliktes als auch bezüglich der rechtsdogmatischen Antwort darauf teilweise erheblich.

1. Öffentlicher Raum ohne Vertragsdimension

Das hier mithilfe der Inklusionsfunktion des Vertrages entwickelte rechtstheoretische Analysemodell lässt sich nur bedingt auf diese zwei Fälle der Gesellschaft übertragen. Denn weder der Fall *Fraport* noch der Bierdosenflashmobfall weisen eine vertragliche Dimension auf. Hier werden die Grundinstitute Besitz bzw. Eigentum nicht durch eine vertragliche Komponente überlagert. Dadurch wird der erste wesentliche Unterschied zum Stadionverbotsfall offengelegt: Während der physische Zugang zum Stadion und die damit verbundene Dienstleistung nur durch einen Vertrag gewährt wird, hängt der Zugang zum physischen Raum des Frankfurter Flughafens oder des Passauer Niebelungenplatzes nicht von einem vorherigen Vertragsschluss ab. Dadurch kann in den Fällen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* von einem öffentlichen Raum[2187] gesprochen werden, der sich insbesondere durch die beiden Kriterien der unbedingten Zugänglichkeit, also der Tatsache, dass der Zugang grundsätzlich keinen Zulassungs- bzw. Zutrittsbedingungen unterliegt, sowie durch potentiell verschiedene (gleichberechtigte) Nutzungsmöglichkeiten auszeichnet.[2188] Bei öffentlichen Räumen handelt es sich demnach um „Orte, denen vergleichbar dem öffentlichen Straßenraum eine Kommunikationsfunktion zukommt, die allgemein zugänglich sind und an denen durch die Vielzahl der auf ihnen verfolgten Tätigkeiten und Anliegen ein ‚vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht' und ein öffentliches Forum entstehen."[2189] Die private Eigentümerstellung bezüglich dieses öffentlichen Raums ist dann auch der Anknüpfungspunkt für die stärkere Einwirkung der Kommunikationsgrundrechte in das Privatrecht:[2190] Hier kann man tatsächlich von einer „staatsgleichen Grundrechtsbindung" aufgrund einer „Funktionsnachfol-

2187 Zu verschiedenen Begriffsbestimmungen *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 29 – 60.
2188 *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 51 f.
2189 *Payandeh*, JR 2011, 421 (424).
2190 Ähnlich auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 182 – 197.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ge“[2191] sprechen: Unter der Prämisse, dass öffentlicher Raum konstitutiv für die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte[2192] ist, muss sich eine Privatrechtsakteur*in, die funktional öffentlichen Raum – unabhängig einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Eigentümerstellung[2193] – bereitstellt, in Bezug auf die Kommunikationsgrundrechte unter Umständen so wie Staat bezüglich der Kommunikationsfreiheiten im öffentlichen Raum verhalten. „In dem Maße, in dem Öffentlichkeit bewusst durch Betreiber privatwirtschaftlich organisierter Infrastrukturen erzeugt wird, müssen auch das Hausrecht und die entsprechenden Duldungspflichten zu einem *Recht des öffentlichen Raums in privater Trägerschaft* ausdifferenziert werden.“[2194]

Nach hier vertretener These liegt darin ein erheblicher Unterschied zum Stadionverbotsfall und auch zu den anderen hier diskutierten Fällen der Gesellschaft. In der Rezeption des Stadionverbotsbeschlusses wurde zwar das Fußballstadion ebenfalls als öffentlicher Raum oder kommunikatives Forum beschrieben.[2195] Das halte ich nicht für überzeugend. Öffentlicher Raum zeichnet sich insbesondere durch seine prinzipiell vielseitigen Nutzungsmöglichkeiten aus. Damit einher geht auch, dass im öffentlichen Raum von vornherein ganz unterschiedliche Lebensvorstellungen, Arten von Sozialität, Nutzungsarten dieses Raums etc. aufeinandertreffen können. Um es systemtheoretisch auszudrücken: Der öffentliche Raum ist keinem

2191 Erstmals BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59: „Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die – wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen – früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.“; dann BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6; *Smets*, NVwZ 2016, 35 (36); grundsätzlich zustimmend *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 198 f., der aber zutreffend auf das Problem der staatlichen Funktionsbestimmung hinweist.

2192 Zumindest bisher wurden nur die Kommunikationsfreiheiten in den Fällen der Gesellschaft relevant; *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 207 f., 241 f., 478 – 480, 621 weist jedoch zutreffend darauf hin, dass auch andere Grundrechte auf öffentlichen Raum angewiesen sein können.

2193 A.A. *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 588 – 638, die sowohl in der Beschreibung als auch in den normativen Folgerungen strikt zwischem (staatlichem) öffentlichen Raum und (privaten) semi-öffentlichen Räumen (im engeren Sinne) unterscheidet.

2194 *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1395).

2195 *Jobst*, NJW 2020, 11 (15).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bestimmten Funktionssystem zugeordnet, sondern lässt jede Art von gesellschaftlicher Kommunikation zu. Das Fußballstadion oder die weiter unten zu behandelnde Therme oder das Wellnesshotel weisen nicht diese unbedingte Zugänglichkeit sowie prinzipiell verschiedene Nutzungsmöglichkeiten auf. Zwar ist auch das Fußballstadion eine multilaterale Institution, in der unterschiedliche sportbezogene Nutzungsansprüche auf die wirtschaftliche Rationalität treffen. Damit wird das Stadion aber nicht zu einem Raum, in dem prinzipiell jede Nutzung und jeder Kommunikationsvorgang ohne weiteres möglich ist. Denn im Unterschied zu öffentlichen Räumen ist das Fußballstadion ein spezifischer, primär sportbezogener Raum, der insbesondere konstitutive Bedeutung für die Ultrakultur hat. Zudem müssen Personen, die Zugang zum Stadion verlangen, einen Vertrag abschließen, sodass das Stadion als Raum Zulassungs- und Zutrittsbedingungen unterliegt. Beide Aspekte bilden qualitative Unterschiede, sodass das Stadion nicht als öffentlicher Raum beschrieben werden sollte.[2196]

2. Intersystemkonflikt in Form eines Raumnutzungskonfliktes

Dieser Unterschied wird auch deutlich bei der konkreten Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes. Denn in den beiden Fällen im öffentlichen Raum steht die vorgenannte Möglichkeit in Frage, ihn für verschiedene gleichberechtigte Handlungs- und Kommunikationszusammenhänge zu nutzen. Insofern kann zumindest auch der soziologische Begriff der Inklusion verwendet werden, aber in diesen Fällen mit ausdrücklichem Bezug zum Eigentum: Den demonstrierenden Personen im Frankfurter Flughafen und auf dem Passauer Nibelungenplatz geht es um eine (Teil-)Inklusion in das gesellschaftliche Funktionssystem Politik. Hier nicht in Form einer Leistungsrolle (Politiker*innen), aber auch nicht in einer gänzlich passiven Publikumsrolle in Form der (politischen) Öffentlichkeit[2197]. Vielmehr nehmen sie eine aktive Publikumsrolle dadurch ein, indem sie demonstrieren und damit versuchen, den Fokus der institutionalisierten politischen Prozesse auf ihre Anliegen zu lenken. Der soziale Konflikt besteht darin, dass aufgrund der wirtschaftlichen Rationalität der privaten Eigentümer dieser Räume diese konkrete Form der politischen Inklusion versagt wird. Damit handelt es sich aber – anders als im Stadionverbotsfall – primär um einen Intersystemkonflikt zwischen Wirtschaft und Politik, der sich auf

2196 Ebenso im Ergebnis *Michl*, JZ 2018, 910 (913).
2197 Siehe zum Begriff der Öffentlichkeit sogleich.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der gesellschaftlichen Meso- und Mikroebene als Raumnutzungskonflikt darstellt. Denn die Konflikte werfen zugleich die Frage auf, ob die in Frage stehenden Räume wirklich öffentliche Räume sind, also eine Vielzahl von verschiedenen – also auch politischen – Nutzungsmöglichkeiten zulassen, oder ob die jeweiligen Eigentümer die Funktion der in ihrem Eigentum stehenden Räume auf spezifische Funktionen und Nutzungen festlegen dürfen.

Der soziale Kontext dieser Konflikte, die als Fälle der Gesellschaft an das Recht herangetragen werden, ist in der Hybridisierung privater und öffentlicher Räume bzw. in der Privatisierung öffentlicher Räume zu sehen, wodurch auch die kategoriale Trennung von privaten und öffentlichen Räumen ihre Schärfe verliert:[2198] Der neue öffentliche Raum ist durch die Entstehung von semi-privaten und semi-öffentlichen Räumen geprägt. Auf der einen Seite öffnen sich zunächst private Räume wie z.B. Shopping Malls dem allgemeinen Publikumsverkehr und übernehmen u.a. auch Funktionen, die vormals ausschließlich Innenstädte erfüllt haben. Auf der anderen Seite werden vormals genuin öffentliche Räume, also öffentliche Räume in öffentlich-rechtlicher Eigentumszuordnung, privatisiert, was auch der Fall *Fraport* zeigt. Dadurch lösen sich traditionelle Stadt- und Öffentlichkeitsstrukturen auf, wodurch die Abgrenzung von öffentlichen und privaten Räumen fluide wird und hybride Räume, die keine eindeutige Zuordnung erlauben, dazwischentreten.[2199] Menschen treffen nicht mehr auf dem Marktplatz oder im öffentlichen Straßenraum aufeinander, sondern die analoge Kommunikation verlagert sich auf andere allgemein zugängliche, aber in privatem Eigentum stehende Orte, wie z.B. Bahnhöfe, Flughäfen oder große Einkaufszentren.[2200]

3. Öffentlicher Raum als Grundrechtsvoraussetzung der Versammlungsfreiheit

Wenn der in den Fällen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* in Frage stehende Konflikt wie hier differenzierungstheoretisch als Intersystemkonflikt beschrieben wird, der sich in einem Raumnutzungskonflikt ausdrückt, stellt sich die Frage, wie das Recht darauf reagieren soll. Dabei geht es

2198 Siehe dazu und zum Folgenden *Kersten/Meinel*, JZ 2007, 1127 (1127), die auch stadtsoziologische Erkenntnisse rezipieren.
2199 *Frau*, RW 2016, 625, (642), der sich ebenfalls auf die Stadtsoziologie bezieht.
2200 *Payandeh*, JR 2011, 421 (424).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

um die Wertungsfrage, ob die in Frage stehenden Grundstücke nur für die vom Eigentümer gewollten – meist ökonomischen – Zwecke benutzt werden dürfen, oder ob auch andere soziale Kommunikationszusammenhänge auf diesen Grundstücken einen Ort finden sollten – auch wenn diese die wirtschaftliche Zweckrichtung beeinträchtigen. Konkret: Soll der Frankfurter Flughafen nur wirtschaftlich genutzt werden oder sollen auch andere soziale Handlungs- und Kommunikationszusammenhänge dort stattfinden dürfen?[2201] Privatrechtstheoretisch formuliert: Soll das Privatrecht die ausschließlich wirtschaftliche Zwecksetzung des Flughafens durch den Eigentümer stabilisieren, indem es an die Rechtszuweisung automatisch die Exklusionsbefugnis durch das Hausrecht o.ä. knüpft, oder müssen im Privatrecht Zugangsregeln für diese anderen sozialen Handlungs- und Kommunikationsmuster etabliert werden? Der BGH hat im Fall *Fraport* darauf eine eindeutige Antwort gefunden: Der Eigentümer legt privatautonom die Zwecksetzung seines Grundstücks fest und andere potentielle Tätigkeiten haben sich daran zu messen, ob sie diese primäre Zwecksetzung beeinträchtigen.[2202] Damit ignoriert der BGH die intersystemische Natur dieses Konfliktes und übersieht, dass es hier um die Kompatibilisierung von wirtschaftlicher Rationalität und anderen Rationalitäten geht, die durch die Kommunikationsgrundrechte ausgedrückt werden. Wenn der BGH einseitig auf die Betriebsstörung abstellt, so stellt er die wirtschaftliche Rationalität des Flughafenbetriebs in den Vordergrund und blendet die Öffentlichkeitsfunktion des Fraport-Flughafens aus. Die kommunikative Funktion der „Verkehrs- und Erlebniswelt" des Frankfurter Flughafens wird gänzlich ignoriert.[2203] In diesem Fall stehen sich jedoch unterschiedliche Freiheitsgrundrechte in ihrer Horizontalwirkung zunächst gleichberechtigt gegenüber. Der BGH erhebt durch die Betonung der privatautonomen Funktionsbestimmung durch den Eigentümer das u.a. aus Art. 14 GG abzuleitende Hausrecht zu einem „alles zermalmenden Metagrundrecht, das alle Grundrechte im öffentlichen Raum verschluckt"[2204].

Völlig zurecht hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Fraport-Entscheidung – unter der Annahme einer unmittelbaren Grundrechtsbin-

2201 Den Konflikt zwischen wirtschaftlicher Zweckrichtung von Investoren und der tatsächlich multidimensionalen Nutzung des Öffentlichen Forums betont auch *Steinbeis*, VerfBlog v. 22.02.2011.

2202 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 15 – 17.

2203 So auch *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1395).

2204 *Fischer-Lescano*, in: Grundrechte-Report 2007, S. 149 (151).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung[2205] – hingegen die Bedeutung der Versammlungsfreiheit betont.[2206] Gleichzeitig hat es aber nicht verkannt, dass Art. 8 Abs. 1 GG der Demonstrant*innen und die Interessen der Flughafenbetreiberin über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz miteinander in Ausgleich zu bringen sind.[2207] In der Bierdosenflashmob-Entscheidung, also im rein privatrechtlichen Kontext, wird dann deutlich, dass die Grundrechtspositionen der Versammlungs- und Eigentumsfreiheit abstrakt gleichranging sind und erst in einer konkreten Abwägung ein Vorrang ermittelt werden kann.[2208]

Ausschlaggebend zugunsten der Versammlungsfreiheit war im Fall *Fraport*, dass ihr Gewährleistungsgehalt die Durchführung von Versammlungen überall dort umfasst, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr, also ein öffentliches (Kommunikations-)Forum – eröffnet worden ist.[2209] Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auch Räume in Privateigentum tatsächlich als öffentlicher Raum genutzt werden. Der öffentliche Raum ist dabei nicht nur als räumliche Struktur, als geographischer, physischer Container, zu verstehen, sondern auch als kommunikative Beziehung, die von verschiedenen Akteuren durch Kommunikationsbeziehungen erst konstitutiert, belebt und ausgefüllt wird.[2210] Diese funktionale Perspektive – ein im Privateigentum stehender Raum wird faktisch auch für andere kommunikative Beziehungen geöffnet – ist der Grund für eine intensive Einwirkung der Kommunikationsgrundrechte im Privatrecht.[2211]

Daher geht auch das Argument fehl, dass eine „staatsgleiche Grundrechtswirkung" nicht bereits bei einer Ergänzung des öffentlichen Raums durch privaten öffentlichen Raum, sondern erst bei einer Verdrängung öffentlichen Raums durch privaten öffentlichen Raum angemessen er-

2205 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 45 – 60, daher wird konsequenterweise in der Entscheidung auf Seiten Fraports nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG abgestellt.

2206 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 61 – 95.

2207 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 91.

2208 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 5 – 7.

2209 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 66 – 72.

2210 *Kersten/Meinel*, JZ 2007, 1127 (1132).

2211 Ähnlich *Payandeh*, JR 2011, 421 (424): „Der Einfluss und dir Wirkweise der Kommunikationsgrundrechte hängen damit nicht formal an der Grundrechtsverpflichtung des Betreibers, sondern an der tatsächlichen Funktion des Grundstücks."; kritisch gegenüber einer grundrechtlichen Lösung bezüglich semi-öffentlicher Räume *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 588 – 638, die eine legislative Lösung präferiert.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheint.[2212] Denn wie es auch das Bundesverfassungsgericht selbst ausführt, geht es bei der Versammlungsfreiheit auch um die Wirksamkeit der Versammlung, die teilweise auch vom Ort der Kundgabe abhängt.[2213] Die Funktions- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Versammlungsfreiheit ist nach dieser normativen Setzung somit nicht, dass nur irgendein öffentlicher Raum zur Verfügung stehen bleibt, sondern dass auch in privater Hand gehaltene öffentliche Räume effektiv für die politische Funktion der Versammlungsfreiheit genutzt werden sollen. Diese konsequente Verknüpfung von öffentlichem Raum in privatem Eigentum und den Grundrechtsvoraussetzungen der Versammlungsfreiheit zeigen der Fall *Fraport* und ein jüngerer Fall des OVG Lüneburgs auf: Durch die privaten öffentlichen Räume entstehen neue, anders gelagerte soziale Konfliktsituationen. Der private – insbesondere wirtschaftlich genutzte – Flughafen Fraport wird auch für die Abschiebung von Flüchtlingen, also einem genuin politischen Kommunikationszusammenhang, genutzt. Politischer Protest dagegen kann nun entweder traditionell „auf der Straße" oder im unmittelbaren Zusammenhang mit der Abschiebung erfolgen. Dabei entfaltet der Protest unmittelbar auf dem Flughafengelände eine andere – möglicherweise stärkere – Wirkung als der Protest auf der Straße: Es werden unmittelbar die Personen angesprochen, die den Flughafen nutzen, sich also in einer ähnlichen sozialen Rolle befinden. Vergleichbar damit ist ein Argument des OVG Lüneburgs: Die dort streitgegenständliche Versammlung richtete sich gegen einen Betrieb, weshalb der Protestzug entlang des Betriebsgebäudes laufen sollte. Dabei sollten jedoch öffentliche Straßen in privater Hand passiert werden. Abwägungsargument war hier, dass der Protestmarsch dann eine effektive politische Wirkung entfalten kann, wenn die Versammlung unmittelbar entlang des Betriebsgebäudes verläuft.[2214] In beiden Fällen geht es also darum, die normative Funktion der Versammlungsfreiheit – effektiven politischen Protest zu ermöglichen – auch bei tatsächlichen sozialen Veränderungen zu gewährleisten. Dafür muss sich die Dogmatik auf geänderte Wirkungsvoraussetzungen einstellen.

2212 *Smets*, NVwZ 2016, 35 (37).

2213 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 64: „Die Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo ihr Anliegen – gegebenfalls auch in Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen – am wirksamsten zur Geltung bringen können."

2214 OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.08.2020 – 11 LC 251/19, Rn. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ein ähnliches Ergebnis ließe sich nach hier vertrener Konzeption der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG[2215] dogmatisch auch über den allgemeinen Gleichheitssatz erzielen: Die durch die durchzuführende Versammlung vermittelte Inklusion in das Funktionssystem Politik löst den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht aus. Dadurch müssten sich die Eigentümer der Grundstücke mit einem sachlichen Grund für die Hausverbote rechtfertigen. Dabei bliebe jedoch unbestimmt, welche Maßstäbe an diesen Sachgrund anzulegen wären. Einerseits könnte der Verweis auf die Betriebsstörung ausreichen, andererseits könnten die Rechtfertigungsanforderungen durch die Betroffenheit von Art. 8 Abs. 1 GG angehoben werden. Mich überzeugt die bisherige dogmatische Lösung über die Präzisierung des Gewährleistungsgehalts der Kommunikationsgrundrechte, der auch ihre Wirkungsvoraussetzungen umfasst. Für die hier vorgestellte Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes besteht in diesen Raumnutzungskonflikten im öffentlichen Raum kein Bedarf.[2216]

II. Kommunikation im digitalen Raum

Eine soziale Konstellation, auf welche die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Stadionverbotsbeschluss übertragen werden könnte, sind Fälle, in denen digitale Plattformen agieren. Schnell wurde im Anschluss an die Entscheidung von der Literatur in Erwägung gezogen, dass mit der Entscheidung eigentlich digitale Plattformen, insbesondere soziale Medien wie Facebook adressiert werden sollten.[2217] Auch das Bundesverfassungsgericht selbst hat in einer der ersten Folgeentscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erwogen, die Grundsätze des Stadionverbotsbeschlusses auf die Sperrung des *III. Wegs* auf Facebook zu übertragen.[2218] Damit ist die Problemkonstellation angesprochen, die mit

2215 Nicht unmittelbar übertragbar sind hier die Überlegungen von *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 638 – 645 zum *Recht auf öffentlichen Raum*, das sie primär als gleichheitsrechtlichen Teilhabeanspruch an diesem Raum konzipiert. Dieser Teilhabeanspruch sichert zwar das konstitutive Merkmal des öffentlichen Raums – die vielfältigen, teilweise gleichzeitigen Nutzungsmöglichkeiten – ab. In ihrer Konzeption sei dies jedoch nur auf staatlichen öffentlichen Raum anwendbar.

2216 Im Ergebnis verneint auch – auf Basis der bisherigen Rechtsprechung – *Kadler*, NJW 2021, 23 (24 f.) die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG für Betreiber*innen öffentlicher Räume.

2217 *Weinzierl*, JuWissBlog Nr. 48/2018, v. 24.05.2018.

2218 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – *III. Weg*.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dem hier entwickelten Modell analysiert werden soll: die Sperrung von Nutzerkonten bzw. deren Einschränkung in Bezug auf spezifische Nutzerhandlungen von digitalen Plattformen. Im Jahr 2021 hat dazu der BGH zwei Grundsatzentscheidungen[2219] getroffen und dabei ausdrücklich die Stadionverbotsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf digitale Plattformen übertragen.[2220] In diesem Facebookfall wurde ein (nicht strafbarer) xenophober Post einer Nutzerin von Facebook auf Grundlage der *community standards* gelöscht und die aktiven Funktionen ihres Accounts für 30 Tage gesperrt.[2221]

Diese Problematik ist in das große inter- und intradisziplinär angelegten Forschungsfeld der Plattformregulierung[2222] eingebettet. Daher gibt es unterschiedliche (wissenschaftliche) Perspektiven auf Plattformen, was sich auch in unterschiedlichen Plattformdefinitionen mit unterschiedlichen Erkenntnisinteressen niederschlägt.[2223] Für die rechtlichen Dimensionen der Plattformregulierung sind dabei besonders drei Definitionsansätze relevant: Im Medienrecht werden Medienplattformen[2224] nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 1 MStV definiert als „jedes Telemedium, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst." Diese werden ergänzt durch Medienintermediäre,[2225] welche § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV definiert als „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese jedoch zu einem Gesamzangebot zusammenzufassen". Damit sollten primär Social-Media-Plattformen erfasst werden, worunter auch Facebook fällt. Die Definition ist dabei auf das Ziel der Medienregulierung zugeschnitten, die negative Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt durch algorithmusbasierte Content-Kuratierung verhindern soll, was sich in den Anforderungen nach Transparenz und Diskriminierungsfreiheit von Inhalten, §§ 92 f.

2219 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20.
2220 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 55, 64, 83 f.
2221 Siehe zum Sachverhalt BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 1 – 7; siehe dazu auch oben § 1 I 2 b.
2222 Statt aller *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138; die strafrechtliche Perspektive ergänzend *Ceffinato*, ZSTW 2020, 544.
2223 *Dolata*, Berlin J Soziol 2019, 179 (185 – 187) schlägt fünf unterschiedliche Perspektiven auf Plattformen vor.
2224 Siehe zum Begriff *Martini*, in: BeckOK, MStV, § 2 Rn. 102 – 108.
2225 Zum Begriff *Siara*, MMR 2020, 523 (525 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

MStV, niederschlägt.[2226] Eng damit verbunden ist die Regulierung von Meinungsmacht digitaler Plattformen.[2227]

Aus der Perspektive der (Industrie-)Ökonomik werden Plattformen meistens als zweiseitige Märkte[2228] bzw. Plattformmärkte re-konstruiert.[2229] Daran orientiert sich auch das Wettbewerbsrecht, insbesondere seit den letzten beiden GWB-Novellen mit den Klarstellungen in § 18 Abs. 2a, Abs. 3 Nr. 3, Abs. 3a sowie mit dem Begriff der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung" im neuen § 19a GWB. Parallel – aber mit erheblichen Verschränkungen – zu diesen genuin ökonomischen Problemen wird im Wettbewerbsrecht intensiv der Diskurs geführt, inwieweit das Wettbewerbsrecht für die Durchsetzung anderer Rechtsinstitute, z.B. der AGB-Kontrolle oder des Datenschutzrechts, mit Blick auf die Plattformregulierung „instrumentalisiert" werden sollte.[2230] Auch der Regulierungszugriff der Europäischen Union möchte mit dem *Digital Markets Act* primär die potentiellen ökonomischen Probleme adressieren, die mit digitalen Plattformen, insbesondere mit Transaktionsplattformen, assoziiert werden.

Die Gleichsetzung von Plattformen mit zweiseitigen Märkten weist eine erhebliche Leerstelle auf: Diese Perspektive akzentuiert lediglich die ökonomische Dimension, die digitale Plattformen in der modernen Gesellschaft einnehmen. Was auch häufig in der juristischen Diskussion übersehen wird, ist, dass Plattformen – neben ihren strukturellen Kopplungen zum Wirtschaftssystem – auch ganz andere strukturelle Kopplungen zu weiteren Funktionssystemen der Gesellschaft aufweisen.[2231] Um diese einzufangen und die damit verbundenen spezifischen – nicht primär ökonomischen – Probleme adressieren zu können, wird hier eine soziologische, tendenziell weite Definition von Plattformen gewählt. „Plattformen lassen sich als algorithmisch gesteuerte Digital-Infrastrukturen beschreiben, über die Daten ausgetauscht, private wie öffentliche Kommunikation struktu-

2226 *Martini*, in: BeckOK, MStV, § 2 Rn. 122 f.

2227 Dazu aus medienwissenschaftlicher Sicht *Neuberger*, UFITA 2018, 53.

2228 Grundlegend *Rochet/Tirole*, 1 J. Eur. Econ. Association 990 (2003); *Armstrong*, 37 RAND J. Econ 668 (2006); *Evans/Schmalensee*, 3 Competition Policy International 151 (2007).

2229 Zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen von zweiseitigen Märkten aus der Perspektive der Industrieökonomik *Auer/Petit*, The Antitrust Bulletin 2015, 426 (428 – 439).

2230 Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 697.

2231 Ähnlich auch *Vesting*, JZ 2020, 975 (979): Durch digitale Plattformen werden Wissensgenerierungsprozesse im Wirtschaftssystem durch die datengetriebene Netzwerkökonomie mit den Prozessen öffentlicher Meinungsbildung verbunden.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

riert, Arbeit und Märkte organisiert, ein sich fortlaufend ausdifferenzierendes Spektrum an Dienstleistungen angeboten und digitale wie nichtdigitale Produkte vertrieben werden."[2232] Wichtig ist dabei – insbesondere aus einer regulativen Perspektive –, dass Plattformen nicht auf singuläre Websites oder einzelne Plattforminstanzen reduziert werden sollten bzw. müssen.[2233] Erfasst werden damit sowohl große Plattformen wie Meta (u.a. Facebook), Alphabet (u.a. Google) oder Amazon, die einen Anspruch auf größtmögliche Ausdehnung auf eine Vielzahl von Lebensbereichen haben („Ökosysteme"), aber auch „kleinere" Transaktionsplattformen wie eBay sowie struktur-funktional sehr unterschiedliche Kommunikations- bzw. Social-Media-Plattformen wie Twitter, Twitch (seit 2014 Teil von Amazon) oder Reddit. Bezüglich konkreter rechtlicher Fragen kann aber auf einen engeren Plattformbegriff zurückgegriffen werden, der lediglich eine konkrete Website bzw. App erfasst. Ein solch enger Plattformbegriff kommt dem Begriff der „Online-Plattform" des DSA (*Digital Services Act*) nahe, der einzelne Online-Marktplätze und soziale Netzwerke adressiert.[2234] Zwar kann der weite Plattformbegriff die gesellschaftliche Bedeutung von Plattformen verdeutlichen. Geht es jedoch um die Löschung von Inhalten und die Sperrung von Accounts auf einzelnen Plattformen, sollte analytisch auf einzelne Plattformen als Websites bzw. Apps abgestellt werden, weil sich diese stark durch ihre jeweiligen Moderationstools und ihren Moderationsmodus unterscheiden.[2235]

1. Inklusionsfunktion des Plattformnutzungsvertrages

Anknüpfend an diese Definition und der angedeuteten Definitionsvielfalt kann der Vertrag zwischen den Nutzern und Nutzerin mit der Plattform Facebook nach dem in dieser Untersuchung entwickelten Modell analysiert werden. Bei diesem Vertrag handelt es sich typologisch um einen Platt-

2232 *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (20).

2233 Näher dazu *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (21 f.).

2234 Näher dazu *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (634 f.).

2235 Vgl. *Caplan*, Data & Society 2018; siehe speziell zum einzigartigen Moderationszugriffs Reddit *Jhaver et al.*, ACM Trans. Comput.-Hum. Interact. 26, 5, Art. 31 (2019); *Singh*, Everything in Moderation, New America 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

formnutzungsvertrag,[2236] der durch die Bereitstellung der Plattform, unterstützende Dienste, die Zurverfügungsstellung des Nutzerkontos (Account) und die Gewährung der Plattformnutzungsmöglichkeit, also Zugang zur Plattform und Inanspruchnahme ihrer Infrastruktur, gekennzeichnet ist.[2237] Teilweise wird die Nutzungsmöglichkeit der Plattform ausdrücklich dahingehend konkretisiert, dass insbesondere zulässige Inhalte verbreitet werden können.[2238] Die Einordnung in die klassische Vertragstypologie des BGB erscheint hingegen schwierig, aber auch praktisch wenig(er) relevant:[2239] Man kann im Plattformnutzungsvertrag einen Vertrag *sui generis*[2240] sehen oder qualifiziert ihn als gemischttypischen Vertrag mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen.[2241] Da Facebook seinen Nutzer*innen ermöglicht, Daten auf Facebook hochzuladen (Posts, Bilder, etc.) sowie mit diesen (Likes) oder anderen Nutzer*innen (Kommunikation) zu interagieren, ist der Plattformnutzungsvertrag auch ein Vertrag über eine digitale Dienstleistung nach § 327 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB.[2242]

Der Plattformnutzungsvertrag ist sozial multilateral; er weist eine Inklusionsfunktion bezüglich unterschiedlicher sozialer Systeme auf. Auf generalisierter rechtstheoretischer Ebene wird eine Nutzer*in in unterschiedliche gesellschaftliche Funktionssysteme inkludiert bzw. in grundlegende gesellschaftliche Strukturen eingebunden: das Rechtssystem, das Wirtschaftssystem und die Öffentlichkeit. Zunächst ist sie – weil der Plattformnutzungsvertrag ein privatrechtliches Institut ist – in das Rechtssystem inkludiert.

2236 *Holznagel*, CR 2019, 518 (519); *Specht-Riemenschneider* in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17; *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (983); leicht andere Begriffe bei Friehe, NJW 2020, 1697 (1697): Nutzungsvertrag; *Heereman/Selzer*, CR 2019, 271 (273): Forennutzungsvertrag; vgl. auch ausführlich zur dogmatischen Einordnung des Plattformnutzungsvertrages, der die „Schwarmmitgliedschaft" begründet *Bauermeister*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 51 (53 – 56).

2237 So überzeugend *Specht-Riemenschneider* in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17.

2238 *Holznagel*, CR 2019, 518 (519).

2239 Zur Ausnahme bezüglich eines potentiellen vertraglichen Leitbildes im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB siehe sogleich.

2240 *Specht-Riemenschneider* in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 23: Nutzungsvertrag sui generis, der miet- und dienstvertragliche Elemente beinhaltet; BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 28 spricht nur von einem Nutzungsvertrag ohne ihn weiter zu spezifizieren.

2241 *Spindler*, CR 2019, 238 (239); *Heereman/Selzer*, CR 2019, 271 (273).

2242 So auch *Fries*, in: BeckOGK, BGB, § 327 Rn. 11, der Social-Media-Plattformen als Beispiele nennt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zudem werden Nutzer*innen aber auch als Publikumsrollenträger in das Wirtschaftssystem inkludiert. Dafür ist die Unentgeltlichkeit der Plattformnutzung unerheblich. Ökonomisch relevant sind – je nach Perspektive – die Nutzerdaten als Gegenleistung,[2243] also eine nicht-monetäre Transaktion, und/ oder die Nutzergruppe als die Seite eines zweiseitigen Marktes, welche den relativ stärkeren Netzwerkeffekt verursacht.[2244] Zudem werden Nutzer*innen in eine weitere grundlegende Struktur der modernen Gesellschaft eingebunden: in die Öffentlichkeit. Die Öffentlichkeit soll hier differenzierungstheoretisch verstanden werden und knüpft an die Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrollen an; der Begriff der Öffentlichkeit in der modernen Gesellschaft hängt eng mit dem Begriff des Publikums zusammen. „Ein Publikum ist dasjenige, was die Sozialstruktur der Öffentlichkeit beschreibbar macht."[2245] Die Öffentlichkeit bildet damit eine grundlegende Struktur moderner Gesellschaft, in der alle Publikumsrollen außerhalb ihrer jeweiligen Funktionssysteme zusammenkommen. Daher ist die Öffentlichkeit auch kein soziales System mit einer autonomen operativen Basis.[2246] Vielmehr beobachtet „die Öffentlichkeit" als generalisiertes Publikum die Prozesse eines Systems, zu dem sie sich selbst als seine Öffentlichkeit verhält.[2247] Man kann daher analytisch präziser „die Öffentlichkeit" relational in viele verschiedene, systembezogene Öffentlichkeiten auflösen.[2248] In soziologischer Terminologie wäre es unpräzise, bei der Einbindung des Einzelnen in die Öffentlichkeit von Inklusion zu sprechen. Das hindert jedoch die Rechtstheorie nicht daran, auch diese Einbindung mit der Inklusionsfunktion des Vertrages zu beschreiben.

Das Problem der hier behandelten Facebook-Fälle ist in der Einbindung der Nutzer*innen in die Öffentlichkeit durch Plattformverträge zu sehen. Die Rechts- und Inklusionsbeziehungen sind vertraglich und vertragsrecht-

2243 Siehe dazu statt aller *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84; *Hacker*, ZfPW 2019, 148.

2244 Das sog. „*chicken-and-egg*"-Problem, vgl. dazu *Armstrong*, 37 RAND J. Econ. 668, 668 f. (2006).

2245 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 119.

2246 Anders aber die systemtheoretische Strömung in der Kommunikationswissenschaft, siehe dazu *Görke*, in: Winter/Hepp/Krotz (Hrsg.), Theorien der Kommunikations- und Medienwissenschaft, 2008, S. 173 (179 – 188); *Hoffjann/Arlt*, Die nächste Öffentlichkeit, 2015, S. 7 – 34; *Waldherr*, M&K 2017, 534.

2247 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 120 f.

2248 Siehe zu solchen „Funktionssystemöffentlichkeiten" *Hoffjann/Arlt*, Die nächste Öffentlichkeit, 2015, S. 30 – 33.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich ausgestaltet[2249] – die Frage nach einem „virtuellen Hausrecht“[2250] stellt sich damit nicht (mehr) bzw. bietet weder einen analytischen noch normativen Mehrwert.[2251] Der soziale Konflikt im Fall *Facebook* ist damit in die beschriebene Struktur der Öffentlichkeit eingebettet. Digitale Plattformen nehmen die zentrale Intermediärstellung der heutigen Öffentlichkeit ein.[2252] Besonders soziale Netzwerke wie Facebook „bilden einen so wesentlichen Aspekt des Alltags vieler Menschen, die sich hier in zahlreichen Teilöffentlichkeiten austauschen, dass der Ausschluss aus ihnen weitgehend mit einem Ausschluss aus einem wichtigen Element der ‚Teilhabe am sozialen Leben‘ gleichzusetzen ist.“[2253]

2. Private Ordnung auf der Plattform

Mit dem Aufkommen und der Institutionalisierung von Massenmedien im 20. Jahrhundert differenziert sich ein Funktionssystem aus, welches die Öffentlichkeit weitgehend monopolisiert.[2254] Gleichzeitig bilden sich spezielle Leistungsrollen aus, mit denen der Publikumsstatus in der Öffentlichkeit – zumindest teilweise – professionalisiert wird: Journalist*innen, Rundfunkveranstalter.[2255] In der Medien- und Kommunikationswissenschaft wird jedoch ein (dritter) digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit identifiziert. Dieser wird nicht durch Prozesse der Digitalisierung als solcher ausgelöst, sondern durch einen spezifischen Aspekt davon: der Plattformisierung.[2256] Mit dem Begriff der Plattformisierung wird der gesellschaftliche Bedeutungsanstieg digitaler Plattformen seit etwa den 2010er Jahren sowie der da-

2249 Zumindest bezüglich der Rechtsbeziehungen akzentuieren das *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (983).

2250 Grundlegend LG Bonn, MMR 2000, 109 (110); *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, 2016.

2251 Ebenso *König*, AcP 219 (2019), 611 (617); *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (983).

2252 Treffend *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (135): „Intermediäre diskriminieren den Zugang zu Öffentlichkeit nach eigenen Regeln […].“ Leicht andere theoretische Re-Konstruktion des Konflikes bei *Bauermeister*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 51 (52): „Ausschluss vom Schwarm“.

2253 *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (108).

2254 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 123.

2255 Vgl. *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 123.

2256 *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (17); diesen Strukturwandel identifizieren aus juristischer Sicht auch *Vesting*, JZ 2020, 975 (978 f.) sowie *Ladeur*, in: Ladeur/Ingold/Graber/Wielsch (Hrsg.), Die Zukunft der Medienverfassung, 2021, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mit verbundene Prozess des fortschreitenden Eindringens infrastruktureller und regelsetzender Plattformelemente beschrieben.[2257] Angesprochen ist damit der modal-strukturbezogene Machtanstieg von Plattformen für die Öffentlichkeit. Plattformisierung beschreibt den Prozess, in dessen Verlauf digitale Plattformen „an gesellschaftlicher Macht gewinnen und gesamtgesellschaftlich zunehmend *steuerungswirksam* werden. Sie kontrollieren die zentralen Zugänge zum Internet, strukturieren und überwachen die Bewegungsmöglichkeiten der Nutzerinnen und Nutzer, sie kuratieren, kontrollieren und selektionieren im großen Stil Inhalt, Informationsflüsse und Diskussionen."[2258] Aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht werden Social-Media-Plattformen als „sozial-kommunikative Daseinsvorsorger" mit gesamtgesellschaftlicher Infrastrukturfunktion beschrieben.[2259] Zwar findet gesellschaftliche Meinungsbildung nicht ausschließlich auf digitalen Plattformen statt, Plattformen als Intermediäre nehmen jedoch erheblichen Einfluss auf individuelle und gruppenbezogene Meinungsbildung.[2260] Damit lösen sie klassische Intermediäre in der Öffentlichkeit, wie z.B. die Presse oder den Rundfunk, zwar nicht komplett ab, sie bilden jedoch heute die zentralen Intermediäre, unter deren Mitwirkung das Publikum wieder verstärkt aktiv die Öffentlichkeit beeinflussen kann.[2261] „Die Nutzer verlassen ihre Rolle als passive Rezipienten von massenmedialer Kommunikation und generieren stattdessen selbst die Inhalte öffentlicher Kommunikation."[2262] Werden Nutzer*innen durch Vertragsverweigerung oder durch (zeitweise) Sperrung des Accounts von Plattformen ausgeschlossen, werden ihnen erhebliche Aktionspotentiale in der Öffentlichkeit genommen, was auch der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich anerkennt.[2263] Zwar ist es auch hier problematisch von „Exklusion" zu sprechen, die sozialen Wirkungen des Ausschlusses aus dem heute wesentlichen aktiven Teil der Öffentlichkeit sind jedoch mit der Exklusion aus sozialen Funktionssystemen

2257 *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (18 f.).
2258 *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (22 f.).
2259 *Jarren*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. (56).
2260 Siehe die differenzierenden, empirischen Ergebnisse bei *Schmidt et al.*, Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, 2017.
2261 So auch *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (982).
2262 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (61).
2263 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vergleichbar. Ein Ausschluss von der digitalen Infrastruktur der Plattformen führt zu einem weitgehenden Ausschluss von der modernen Öffentlichkeit.

Mit dem DFB vergleichbar, werden diese modal-strukturbezogenen Machtpositionen durch Governance Strukturen abgesichert, die ebenfalls als private Ordnungen beschrieben werden können.[2264] Das Internet allgemein[2265] und digitale Plattformen im Besonderen[2266] sind durch privat gesetzte normative Ordnungen geprägt. Dabei wird hervorgehoben, dass sich „digitale Macht" primär dadurch auszeichne, dass Plattformen über ihre privaten Ordnungen ihren jeweiligen Wirkbereich gestalten, regeln und regulieren.[2267] Die Zugänge zur Plattform sowie die Interaktionsmöglichkeiten auf der Plattform werden zentral durch die Plattform als Intermediär selbst geregelt: „Damit werden die Bedingungen der Plattformen für die Teilnahme am Sozialen in doppelter Weise entscheidend. Nicht nur bestimmen sie den Zugang zu (faktisch alternativlosen) kommunikativen Funktionen, vielmehr besitzen sie auch eine Schlüsselstellung für die Ausgestaltung der sozialen Praxis, die mit den medialen Funktionen ko-evoliert."[2268] Dazu errichten Betreiber sozialer Netzwerke eigene normative Ordnungen, deren Regeln sie auch selbstständig durchsetzen können.[2269] Die Besonderheit dieser privaten Ordnung durch digitale Plattformen besteht darin, dass sie durch eine Verknüpfung von technischen Lösungen („*code*") und privatrechtlichen Instituten („*law*"), insbesondere durch AGB, erzeugt werden.[2270] Mit dieser privaten Ordnung nehmen Plattformen entscheidenden Einfluss auf die digitale Kommunikation.[2271] Auch vergleich mit dem DFB werden „quasi-staatliche" Strukturen in Form von funktional und strukturellen Äquivalenten von Legislative, Exekutive und – bei Streitschlichtungs-

2264 Ausdrücklich die Regeln von Plattformbetreibern als private Ordnung bezeichnend *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (280, 283), der darauf hinweist, dass dies im Rahmen der Grundrechtsabwägung speziell berücksichtigt werden sollte.
2265 Siehe dazu *Kettemann*, The Normative Order of the Internet, 2020.
2266 *Spindler*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 193 (210 – 217).
2267 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 – 860).
2268 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (62).
2269 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (63).
2270 Allgemein *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; speziell zu Facebook *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (64 – 71); ausführlich zur Ordnungsbildung durch AGB im digitalen Kontext *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 15 (22 – 30).
2271 *Kettemann/Tiedeke*, Internet Policy Review 2020, 1 (1).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verfahren – Judikative identifiziert.[2272] „Sowohl hinsichtlich ihrer strukturellen Macht als auch hinsichtlich der Techniken zur Absicherung dieser Macht ähneln digitale Plattformen demnach den staatlichen Infrastrukturen."[2273] Auch wenn diese Beschreibung mithilfe des Topos der „Staatsähnlichkeit" Kernaspekte privater Ordnung auf digitalen Plattformen erfasst, überzeugt er mich auch an dieser Stelle nicht.[2274] Eine präzisiere Beschreibung ermöglichen die Begriffe private Ordnung, modal-sturkturbezogene Machtkonstellation, Herrschaft, Inklusion/ Exklusion o.ä. In diese private Ordnung ist der einzelne Plattformvertrag eingebunden und erzeugt bzw. stabilisiert selbst diese Ordnung mit. Ein letztes wiederkehrendes Element des Topos der privaten Ordnung ist der Ausschluss als Sanktion: Der BGH erkannte völlig zutreffend, dass die Kontosperrung nicht unmittelbar der Beseitigung eines aktuellen Verstoßes der Nutzer*in gegen die *community standards* dient, sondern darin primär eine Sanktionsmaßnahme zu sehen ist.[2275] Anders als bei den Stadionverboten wurde hier die sanktionierende Exklusionswirkung des Ausschlusses von der Plattform erkannt.

3. Prozeduralisierung als Konstitutionalisierung

Damit stellt sich aus der Perspektive einer responsiven Rechtswissenschaft die Frage, ob und wie das Recht auf diese Strukturen reagieren kann und soll. „Das Recht muss die gesellschaftliche Dimension der Regulierung durch Plattformbetreiber erkennen und eine Einlösung der Rechtfertigungslast durch angemessene Prüfungsmaßstäbe und Verfahren ermöglichen. Das gilt gerade für das Privatrecht, da wichtige Bausteine der entworfenen normativen Ordnungen gerade Institute des Privatrechts sind – insbesondere Nutzungsverträge mit vorformulierten Bedingungen"[2276].

Bezüglich der Problematik im Facebook-Fall, nämlich Content-Moderation auf Social-Media-Plattformen ist zwischen rechtswidrigen, insbesondere strafrechtlich verbotenen, und rechtmäßigen Inhalten zu unterschei-

2272 *Belli/Sappa*, JIPITEC 8 (2017), 183; *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (63); *Kettemann/Tiedeke*, Internet Policy Review, 2020, 1 (2).
2273 *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (102 f.).
2274 Vgl. oben § 7 II 4; § 9 V 3 b.
2275 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20, *Facebook*, Rn. 87; ebenso *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (103): Ausschluss als schärfste Sanktion.
2276 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (63).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den.[2277] Bezüglich strafrechtlicher Inhalte gelten die Grundsätze der Provider-Haftung[2278] sowie das NetzDG, welches die Durchsetzung solcher Löschungsansprüche[2279] verstärken soll. Allerdings geht es – soweit ersichtlich – in allen Gerichtsentscheidungen nicht um strafrechtliche relevante Äußerungen, sondern um – nicht die Schwelle der Strafbarkeit überschreitende – Hassrede (*hate speech*), die aufgrund der Facebook Gemeinschaftsstandards (*community standards*) gelöscht wird.[2280] Das überrascht nicht: Nach dem Selbstverständnis von Facebook – aber auch anderer Plattformen – wird auf Plattformen primär ihr eigenes „*private law*", also ihr privat gesetztes Recht, angewendet und nur sekundär die verschiedenen staatlichen Rechtsregeln. Demnach prüft Facebook vor einer Löschung nach dem NetzDG zuerst, ob ein Beitrag gegen die eigenen *community standards* verstößt und – falls dies so ist – löscht diesen weltweit.[2281] Dieser Bereich wird nur ansatzweise durch die letzte Novelle des NetzDG[2282] oder durch Art. 14 DSA[2283] adressiert. Damit stellt sich für das Recht die zentrale Frage, inwieweit digitale Plattformen Inhalte unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit löschen und Accounts sperren können.

Ein möglicher dogmatischer Anknüpfungspunkt ist der neue § 327i Nr. 1 BGB, wonach eine Nutzer*in Nacherfüllung (Freigabe eines gelöschten Textes, Entsperrung des Accounts) verlangen kann, wenn das digitale Produkt mangelhaft ist. Ein Mangel liegt nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB auch

2277 So auch das Modell des DSA, worauf *Janal*, ZEuP 2021, 227 (231 f.) hinweist; unklar jedoch bei *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184 (188).

2278 Zu den Modifikationen durch den DSA siehe *Janal*, ZEuP 2021, 227 (231 – 266).

2279 Siehe zum Problem der geographischen Reichweite der Löschpflicht für einen (national) rechtswidrigen Beitrag *Kettemann/Kraml/Rachinger*, CR 2021, 154.

2280 So zutreffend *Holznagel*, CR 2019, 518 (519); ebenso *Tschorr*, MMR 2021, 204 (205) bezüglich des rechtswissenschaftlichen Diskurses.

2281 Siehe zu dieser zweistufigen Prüfung *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71 (71); siehe auch *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht, 2021, S. 4.

2282 Neu hinzugekommen ist § 3b Abs. 3 NetzDG, nach dem das Gegenvorstellungsverfahren auch bei der Löschung aufgrund von Gemeinschaftsstandards Anwendung findet; siehe dazu *Cornils*, NJW 2021, 2465 (2468). Damit wird aber keine (ausdrückliche) Aussage über die Zulässigkeit einer Löschung nach community standards getroffen, sondern lediglich festgehalten, dass in einem solchen Falle das Verfahrensregime des NetzDG Anwendung finet.

2283 Zwar ist Art. 14 DSA gegenüber Art. 12 DSA-E deutlich ausführlicher geworden; hinzugekommen sind jedoch primär prozedurale Elemente wie Informations- und Erläuterungspflichten – hinsichtlich der inhaltlichen Vorgaben an die Löschung von Inhalten bleibt es bei generalklauselartigen Anforderungen. Kritisch dazu und mit weiteren nicht adressierten Problemen der Content-Moderation *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (635).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann vor, wenn es bezüglich der Funktionalität nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist oder die Verbraucher*in diese erwarten kann.[2284] Die Löschung von Kommunikationsinhalten auf digitalen Plattformen ist allgegenwärtig, sodass dies der üblichen Beschaffenheit eines Plattformnutzungsvertrages entspricht. Die Mangelhaftigkeit könnte dann nur dadurch begründet werden, wenn Nutzer*innen erwarten (dürfen), dass eine digitale Plattform keine rechtmäßigen Inhalte löscht bzw. die aktiven Nutzungsfunktionen (zeitweise) sperrt. Hier stellen sich bezüglich der Konkretisierung der (normativen) Erwartungen ähnliche Probleme wie bezüglich der AGB-Kontrolle.[2285] Zudem ist unsicher, ob sich bei § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nicht eine bezüglich § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB vertretene Auslegung durchsetzen wird, wonach die Norm einen einheitlichen Tatbestand bilde, der lediglich auf Marktstandards verweist.[2286] Insgesamt scheint der Mangelbegriff nicht der geeignete Ort zu sein, um dogmatisch über die Rechteverteilung bei Plattformnutzungsverträgen zu entscheiden.

Da es sich bei den *community standards* Facebooks, auf deren Grundlage verschiedene Beiträge als *hate speech* gelöscht und Nutzeraccounts gesperrt werden, um AGB handelt,[2287] liegt ein responsiver Zugriff über das Institut der AGB-Inhaltskontrolle nahe. Hier zeigt sich das bereits oben identifizierte Problem der AGB-Kontrolle:[2288] Ihr fehlt ein konkreter Kontrollmaßstab für die hier relevanten Phänomene. Im Anschluss an die BGH-Urteile wurde daher schnell der Ruf nach der Legislative laut, ein vertragliches Leitbild zu schaffen,[2289] damit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB operabel gemacht werden kann. Neben den §§ 327 ff. BGB, die hier als nicht überzeugender Anknüpfungspunkt identifiziert wurden, kann auch im *Digital Services Act* ein vertragliches Leitbild gesehen werden. Da nunmehr der DSA in Kraft getre-

2284 Für eine Aufspaltung des Tatbestandes beispielsweise *Metzger*, in: MüKo-BGB, § 327e Rn. 31 sowie *Fries*, in: BeckOGK-BGB, § 327e Rn. 24, der jedoch darauf hinweist, dass sich in technischen Kontexten die Nachfrageerwartungen schnell wandeln können.

2285 Siehe dazu oben § 2 I 3. Kritisch auch *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 15 (21 f.), da bei sich erst herausbildenden Leitbildern die Unternehmen selbst die Leistungserwartung mitprägen.

2286 So beispielsweise *Westermann*, in: MüKo-BGB, § 434 Rn. 24.

2287 *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (279); *Tschorr*, MMR 2021, 204 (205); im Ergebnis auch *Spindler*, CR 2019, 238 (240), der jedoch zu Leistungsbeschreibungen abgrenzen möchte.

2288 Siehe oben § 2 I 3.

2289 *Lutzi*, VerfBlog, 2021/7/30.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten ist, können allen voran Art. 14 und 16 ff. DSA als gesetzliche Leitbilder von Plattformnutzungsverträgen angesehen werden.[2290] Dennoch soll der Schwerpunkt dieser Untersuchung nicht auf den Kontrollmaßstäben liegen, die sich aus diesen gesetzlichen Leitbildern für die Inhaltskontrolle ergeben. Denn zum einen enthält der *Digital Services Act* – außer in Art. 14 Abs. 4 DSA – keine bzw. nur eingeschränkte inhaltliche Maßstäbe für die Content Moderation. Zum anderen ist der in dieser Untersuchung primär betrachtete Konflikt – der Ausschluss von Nutzer*innen – in Art. 17 Abs. 1 lit. c und d sowie Art. 20 Abs. 1 lit. b und c DSA ebenfall nur rudimentär geregelt. Enthält der DSA für bestimmte Probleme keine ausdrückliche Regelung oder sind die Normen auslegungs- und konretisierungsbedürftig, kann wiederum auf andere Maßstäbe, insbesondere die Grundrechte oder das hier vorgestellte Analysemodell der Inklusionsfunktion des Vertrages zurückgegriffen werden. Wenn im Folgenden rechtliche Antworten primär aus grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten entwickelt werden, werden jedoch Parallelen zum DSA aufgezeigt. Geht es lediglich um die Löschung oder den Zugang einzelner Inhalte, kann der am 03.06.2021 eingeführte § 3b Abs. 3 S. 1 NetzDG[2291] als vertragliches Leitbild qualifiziert werden.

Innerhalb der AGB-Kontrolle ist daher auf andere Wertungsmaßstäbe zurückzugreifen. Solche finden sich insbesondere in den Grundrechten:[2292] Über die Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht wird die AGB-Kontrolle mit den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten überlagert. So werden ursprünglich „öffentliche" Wertungen in ein „privates" Verhältnis überführt.[2293] Das Vorgehen der Gerichte beim Löschen und Sperren bezüglich *hate speech* zeigt dabei mustergültig zum einen die Verschränkungen der AGB-Kontrolle mit der Privatrechtswirkung der Grundrechte, zum anderen aber auch die Maßstabsverschiebung auf die Grundrechte.[2294] Bezüglich der für diesen Konflikt relevanten Grundrechte auf der Seite der

2290 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (860); insbesondere die prozeduralen Pflichten von Art. 15 DSA als gesetzliches Leitbild qualifizierend *Spindler*, GRUR 2021, 545 (553); zur Einordnung des Art. 14 DSA in den Diskurs um die Plattformregulierung siehe *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 15 (31 – 34).

2291 Siehe dazu – auch im Vergleich zum DSA – *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283 (284, 285); *Cornils*, NJW 2021, 2465 (2468).

2292 Im Kontext der Content Moderation ausdrücklich *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (279 f.).

2293 So für Plattformen *Kettemann/Tiedeke*, Internet Policy Review 2020, 1.

2294 Siehe nur BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, der in Rn. 52 – 54 zunächst privatrechtlich mit der AGB-Inhaltskontrolle beginnt, dann aber in Rn. 54 – 74, 78 – 89 maßgeblich die Grundrechtspositionen abwägt.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nutzer*innen sollte analytisch zwischen zwei Problemkreisen unterschieden werden: zwischen dem Löschen einerseits und der darauf bezogenen Sanktion in Form des (vorübergehenden) Sperrens des Accounts. Während es beim Löschen von *hate speech* insbesondere auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 1 GG ankommt, steht bezüglich der Accountsperrung Art. 3 Abs. 1 GG im Vordergrund. Auch wenn sich beide Probleme analytisch voneinander trennen lassen, hängen sie eng miteinander zusammen, weil die Sperrung eines Accounts regelmäßig die Sanktion für vorhergehende Verstöße gegen die *community standards* bildet.[2295] Daher soll an dieser Stelle, auch wenn im Fokus dieser Untersuchung Art. 3 Abs. 1 GG steht, zumindest eine Positionierung bezüglich des Löschens einzelner Inhalte erfolgen:

Stark vereinfacht kann die Frage nach der Abwägung von Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 12, 14 GG[2296] bezüglich der Löschungsregelungen in AGB auf zwei Grundpositionen heruntergebrochen werden.[2297] Nach einer Position ist der Gewährleistungshehalt der Meinungsfreiheit so zu verstehen, dass jede Meinung, die nicht unter einen Straftatbestand fällt, von den Plattformen veröffentlicht werden muss bzw. nicht gelöscht werden darf.[2298] Die überzeugendsten Argumente dafür sind zum einen eine intensive Privatrechtswirkung von Art. 5 Abs. 1 GG aufgrund der Eröffnung eines kommunikativen Forums[2299] in Form der digitalen Plattform sowie die

2295 Zutreffend daher die Feststellung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 87: „Die Kontosperrung dient zudem nicht unmittelbar der Beseitigung eines aktuellen Verstoßes des Nutzers gegen die Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards der Beklagten, sondern der Sanktionierung eines Verstoßes und der Prävention im Hinblick auf künftige Verstöße."

2296 Siehe zur Frage einer mediengrundrechtlichen Einordnung sozialer Netzwerke *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, 2021, S. 68 – 120; *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (106 f.).

2297 Siehe dazu auch die Aufbereitung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 57 – 59; ausführlich zur Diskussion auch *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023, S. 193 – 247.

2298 OLG Karlsruhe, NJW-RR 2019, 1006, Rn. 29; OLG Oldenburg, MMR 2020, 41 (Rn. 9); zumindest für die Ebene der Gemeinschaftsstandards *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (103), die diese Ebene auf problematische Weise von einer Löschentscheidung im Einzelfall trennen.

2299 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71 (75); *Spindler*, CR 2019, 238 (243); *Jobst*, NJW 2020, 11 (15); *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater 2021, S. 300 – 304, der hier konsequent sein Konzept einer „Grundrechtsbindung Privater" anwendet, also den Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit im Vertikalverhältnis auch im Horizontalverhältnis heranzieht.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

modal-strukturbezogene Machtposition, den Zugang zu und die Kommunikation auf der Plattform zu regeln[2300], sodass bei einer Abwägung – die immer in Privatrechtsverhältnissen zu erfolgen hat (!)[2301] – die Meinungsfreiheit überwiege. Zum anderen eine strukturelle Benachteiligung der Meinungsfreiheit aufgrund der Löschung durch die Plattformen:[2302] Nutzer*innen könnten sich nicht bzw. nur eingeschränkt dagegen wehren[2303] und Nutzer*innen könnten sich aufgrund weitreichender Löschungsbefugnisse davon abgehalten fühlen, überhaupt oder nur stark eingeschränkt ihre Meinung auf der Plattform zu äußern („*chilling effect*").[2304] Daher müssten soziale Netzwerke wie Facebook staatsgleich bzw. staatsähnlich an die Grundrechte gebunden werden, was bedeutet, dass Einschränkungen der Meinungsfreiheit nur durch die allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) erfolgen können. Da Facebook als Privatrechtsakteur aber keine demokratisch legitimierten Gesetze im Sinne dieses Gesetzesvorbehalts erlassen kann, dürfen im Ergebnis nicht-strafbare Äußerungen durch private *community standards* nicht verboten werden.[2305]

Die zweite Position, welche auch in dieser Untersuchung vertreten wird, lässt im Zuge der Grundrechtsabwägung die Löschung von Beiträgen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle aufgrund der *community standards* grundsätzlich zu.[2306] Gegen eine – im Ergebnis – staatsgleiche Grundrechtsbindung der Plattformbetreiber an Art. 5 Abs. 1 GG spricht insbesondere der gewandelte soziale Kontext – die strukturell andere Öffentlichkeit –, in der die Meinungsfreiheit ausgeübt wird: Die Prämisse der staatsge-

2300 *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (102 f.) sprechen hier von „struktureller Macht".

2301 Gegen eine „staatsgleiche Grundrechtsbindung" spricht auch, dass das BVerfG im äußerungsstrafrechtlichen Kontext mehrfach betont hat, dass die Meinungsfreiheit immer im Einzelfall abzuwägen sei: BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 2459/19 und 1 BvR 2397/19 sowie BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 1094/19 und 1 BvR 362/18; siehe dazu eingehend *Fahl/Schaller/Müller*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2020, S. 265.

2302 So das zentrale Argument bei *Raue*, JZ 2018, 961.

2303 *Raue*, JZ 2018, 961 (961 – 964).

2304 *Müller-Franken*, AfP 2018, 1 (10); *Friehe*, NJW 2020, 1697 (1698); *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (105).

2305 So sehr deutlich *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (103). Hier werden die Grenzen des Topos der „staatsgleichen Grundrechtsbindung" deutlich: Wollen Vertreter*innen dieser Auffassung tatsächlich die staatsgerichteten Gesetzesvorbehalte auch auf Private anwenden, obwohl sie von vornherein keine Gesetze erlassen können?

2306 *Spindler*, CR 2019, 238; *Friehe*, NJW 2020, 1697; *Tschorr*, MMR 2021, 204; so auch jetzt die Grundsatzentscheidung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

richteten Abwehrdimension der Meinungsfreiheit, dass grundsätzlich alle Meinungen zugelassen werden müssten[2307] – wenn die Meinungsfreiheit nicht durch allgemeine Gesetze eingeschränkt wird –, beruht auf der Prämisse, dass die soziale Umwelt des Rechts – hier: die Öffentlichkeit – selbst Institutionen schafft, um den Meinungskampf zu organisieren und moderieren. Mit der oben geschilderten Bedeutungszunahme digitaler Plattformen als zentrale Intermediäre bei gleichzeitigem Bedeutungsverlust der traditionellen Massenmedien hat sich jedoch auch die Organisation des Meinungskampfes gewandelt. Es sind beispielsweise nicht mehr die einzelnen Pressehäuser, die mit eigenen institutionellen Sicherungssettings wie Pressekodizes, Journalismusausbildung o.ä. einem Abdriften des Diskurses hin zu Aggression oder Hetze vorbeugen.[2308] Dies kann neben Pseudonymität, Anonymität sowie fehlendem *face-to-face*-Kontakt als einer der Gründe angesehen werden, warum eine Verrohung der Kommunikations- und Diskurskultur beobachtet wird.[2309] Ein „*chilling effect*" ist damit auch in die andere Richtung möglich: Nutzer*innen können sich nicht nur aufgrund der Löschung von Beiträgen davon abgehalten sehen, sich aus dem Diskurs zurückzunehmen, sondern sie können sich auch deshalb zurückziehen, weil „Hass und Hetze in Quantität und Qualität ein erträgliches Maß" übersteigt.[2310] Wenn der Meinungsaustausch in der Öffentlichkeit über die Plattformen als neue zentrale Intermediäre erfolgt, müssen auch hier geeignete institutionelle Sicherungssettings gefunden werden. Zwar dienen die *community standards*, insbesondere in Bezug auf *hate speech*, auch und vielleicht sogar primär dem Zweck, die wirtschaftlichen Interessen der Plattform für gesteigerte Werbeeinnahmen zu verfolgen[2311] bzw. sind als Wettbewerbsfaktor „Qualität" auf der unentgeltlichen Marktseite relevant.[2312] Sie sind aber auch – multifunktional betrachtet – eine institu-

2307 Grundlegend zur „grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen" BVerfGE, 7, 198 – *Lüth* [1958], Rn. 32; zur heutigen Bedeutung dieser Passage BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 2459/19, Rn. 16.

2308 Vgl. *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (29).

2309 *Spindler*, CR 2019, 238 (240); *Tschorr*, MMR 2021, 204 (205).

2310 *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (282 f.); ebenso *Völzmann*, MMR 2021, 619 (621), der auch darauf hinweist, dass von *hate speech* überwiegend spezifische Personengruppen betroffen sind und damit auch ein diskriminierungsrechtliches Problem bildet; dieses Argument war auch zentral für BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 75, 78: „Interesse anderer Nutzer an einer von gegenseitigem Respekt geprägten Diskussionskultur".

2311 Siehe zu diesem Argument *Raue*, NJW 2022, 209 (211).

2312 *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (281 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionelle Antwort darauf, die gewandelten Diskursverhältnisse in der Öffentlichkeit auf Plattformen zu regeln.[2313] Soziale Netzwerke sind es selbst, die den von ihnen eröffneten Kommunikationsraum kuratieren, und damit die moderne Öffentlichkeit der digitalen Gesellschaft kreieren.[2314] Die Meinungsfreiheit wird hier nicht in einem individuellen Verständnis aus der Sicht eines jeden einzelnen Individuums, sondern in ihrer kollektiven bzw. institutionellen Dimension betont.[2315] Indem das Recht im Rahmen der Grundrechtsabwägung die privatautonome Gestaltung der Kommunikationsräume im Grundsatz den Plattformen überlässt, kann es sich selbst zurückzuziehen und den produktiven Eigendynamiken der Öffentlichkeit die Regelung des Diskurses überlassen.[2316]

Etwas anderes sollte jedoch – so die hier eigenommene Position – gelten, wenn es um den Zugang zur Meinungsbildung, um den Zugang zur Öffentlichkeit, geht. Während die Löschung von Inhalten insbesondere an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen ist, sind die relevanten Grundrechte bei dem Ausschluss von Nutzer*innen bzw. bei der Sperrung ihrer Accounts nicht klar. Wendet man das hier entwickelte Modell an, so kann auf die Zugangsfrage zur Öffentlichkeit, die mit dem Zugang zur Plattform verbunden ist, insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz responsiv reagieren. Mit der Inklusionsfunktion des Plattformnutzungsvertrages sowie der Normalisierung der Exklusion durch eine private Ordnung sind die oben herausgearbeiteten Voraussetzungen der Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG erfüllt: Es geht hier um soziale Inklusion in eine den sozialen Funktionssystemen von ihrer Bedeutung für Sozialität äquivalente Sozialstruktur, die Öffentlichkeit. Der Account einer Plattformnutzer*in darf deshalb nicht sachgrundlos – auch nur vorrübergehend – gesperrt werden.[2317] Die Teil-

2313 Ähnlich *Tschorr*, MMR 2021, 204 (207 f.).

2314 Dies akzentuieren allgemein *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (insb. 991).

2315 Eine solche institutionelle Dimension erkennt BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 74 ausdrücklich an: „Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt indessen auch den Kommunikationsprozess als solchen"; im Ergebnis ebenso aber dogmatisch als Interessen der übrigen Nutzer*innen der Plattformen *Lüdemann*, MMR 2019, 279 (282).

2316 Ähnlich *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (283): „Denn wenn man aus der Meinungsfreiheit tatsächlich ein Generalverbot kommunikationsregelnder Standards ableiten wollte, nähme man der Gesellschaft von Verfassungs wegen die Möglichkeit zu einer privaten Ordnung."; vgl. ebenfalls *Friehe*, NJW 2020, 1697 (1702): Private Kommunikationsregeln ermöglichen Konstitutierung der digitalisierten Öffentlichkeit.

2317 Im Ergebnis ebenfalls BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

habedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wirkt sich auch auf die Frage eines Kontrahierungszwanges aus: Um die Einbindung in die Öffentlichkeit zu gewährleisten, haben Nutzer*innen bereits vor Vertragsschluss einen Anspruch auf Abschluss eines Plattformnutzungsvertrages.[2318]

Im Fall *Facebook* und allgemein in Bezug auf digitale Plattformen wird deutlich, dass ein Rückgriff auf etablierte Begriffe wie die „Daseinsvorsorge" zu unterkomplex ist.[2319] Der Begriff konnte verschiedene Phänomene der Privatisierung staatlicher Aufgaben ordnen und bot Anknüpfungspunkte für spezifische daraus folgende normative Wertungen. Die Stadionverbotsentscheidung und der Facebook-Fall zeigen jedoch deutlich, dass bestimmte soziale Teilhabekonflikte auch jenseits der klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge auftreten – auch in solchen Bereichen wie dem Sport oder der Öffentlichkeit, die entweder überhaupt nicht oder nur mittelbar (öffentlicher Raum in staatlichem Eigentum) unter „Staatsaufgaben" subsumiert werden können.

Geht es damit auf grundrechtlicher Ebene um die Teilhabe an moderner Öffentlichkeit und Kommunikation, so könnte dies auch über eine Teilhabedimension des Art. 5 Abs. 1 GG dogmatisch begründet werden.[2320] Hier zeigen sich Parallelen zum Topos der Grundrechtsvoraussetzungen: Wenn sich die Öffentlichkeit maßgeblich strukturell derart gewandelt hat, dass sie überwiegend auf digitalen Plattformen stattfindet, dann verschieben sich auch die Grundrechtsvoraussetzungen derjenigen Grundrechte, die einen Bezug zur Öffentlichkeit aufweisen – hier insbesondere die Meinungsfreiheit. Der Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 1 GG muss nicht den Zugang zur Meinungsäußerung umfassen, solange es keine wesentlichen Zugangsbarrieren in der Umwelt des Rechts gibt. Ändern sich diese sozialen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit, kann auch über eine Weiterentwicklung des Gewährleistungsgehalts nachgedacht werden. Damit geht es bezüglich Art. 5 Abs. 1 GG im Kontext digitaler Kommunikationsplattformen nicht nur um die Horizontalwirkung eines Grundrechts, sondern zugleich um gewandelte Grundrechtsvoraussetzungen. Ohne einen Zugang zu digitalen Plattformen kann das Recht auf freie Meinungsäußerung kaum

2318 Im Ergebnis ebenfalls *Raue*, NJW 2022, 209 (210).

2319 So aber bezüglich der BGH-Urteile *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

2320 *Buchheim*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2022, S. 3 (40) verortet die Sperrung von Konten auf digitalen Plattformen in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; auch *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023, S. 229 f. spricht innerhalb ihrer Privatrechtswirkungskonzeption des Art. 5 Abs. 1 GG von einem „Schutz des Zugangs".

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

mehr effektiv ausgeübt werden. Dagegen spricht nicht das Argument, dass bei einem Ausschluss von einer Plattform Meinungsäußerungen auch auf anderen digitalen Plattformen, allgemein im Internet oder in analogen Kontexten weiterhin möglich bleiben.[2321] Es ist zwar richtig, dass diese Alternativen auch weiterhin offenbleiben. Es geht jedoch bei den Wirkungsvoraussetzungen – wie auch oben am Beispiel von Art. 8 Abs. 1 GG gezeigt – um die Effektivität der Grundrechtsausübung. Wenn in der modernen Öffentlichkeit Meinungsbildung und Diskurse kontext- und plattformspezifisch (selbst eine thematisch übereinstimmende Diskussion auf Twitter unterscheidet sich von einer Diskussion auf Facebook) ausgetragen werden, ist ein Zugang zu einer einzelnen Plattform notwendig.[2322]

Das Recht hat dabei unterschiedliche Möglichkeiten auf solche gewandelten Grundrechtsvoraussetzungen zu reagieren: Es kann entweder unmittelbar den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechtes anpassen wie es in den Entscheidungen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* bezüglich Art. 8 GG passiert ist.[2323] Geht es insbesondere um den gleichen Zugang zu Orten oder Dienstleistungen, kann jedoch auch der Weg über die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG gegangen werden. Hier zeigt sich auch nochmal der grundrechtsdogmatische Streit, ob die Teilhabedimension der Grundrechte nur Art. 3 Abs. 1 GG aufweist, oder ob jedes Freiheitsgrundrecht eine (potentielle) Teilhabedimension aufweisen kann. Am Ende des Tages scheinen beide Lösungen funktional äquivalent zu sein. Nach hier vertretener Auffassung[2324] kann jedoch für die Teilhabedimension immer auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden, was insbesondere dann relevant wird, wenn es kein spezielles Freiheitsgrundrecht gibt, vor dessen Gewährleistungsgehalt sich das Privatrecht rechtfertigen müsste. Daher soll es nachfolgend nur noch um Art. 3 Abs. 1 GG gehen.

Kann damit die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes ein Sachgrunderfordernis für die Sperrung eines Nutzeraccounts begründen, stellt sich mit der Organisations- und Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG die Steuerungs- und gesellschaftliche Konstitutionalisierungsfrage, inwieweit darüber hinaus prozedurale Elemente vorgesehen werden sollten. Dabei geht es hier weniger um die generalisierte Begründung

2321 So aber *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (283 f.).
2322 Ähnlich auch BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 66 f., der zusätzlich auf *lock-in*-Effekte abstellt.
2323 Siehe dazu oben § 10 I.
2324 Siehe dazu oben § 9 IV 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Verfahrens- und Organisationspflichten (in Horizontalwirkung) für Betreiber digitaler Plattformen, sondern um die Begründung von re-spezifizierten Anforderungen, die auf die Eigenrationalität der Öffentlichkeit abgestimmt sind. Der BGH hat in seinen beiden Urteilen zu Facebook das Sachgrunderfordernis und die es flankierenden prozeduralen Pflichten zwar methodisch unpräzise aus der Grundrechtsabwägung abgeleitet.[2325] Der Sache nach handelt es sich jedoch um die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht im Stadionverbotsbeschluss aus dem Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet hat: Für die Entfernung von Inhalten sowie für die Sperrung von Nutzerkonten muss zunächst ein sachlicher Grund bestehen.[2326] Die Lösch- bzw. Sperrentscheidung muss jedoch auch nachvollziehbar sein, weshalb das Sachgrunderfordernis durch verfahrensrechtliche Anforderungen abgesichert wird: Digitale Plattformen wie Facebook müssen zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen, sie müssen betroffenene Personen über die Löschung bzw. Sperrung benachrichtigen, die Entscheidung muss begründet werden und die betroffenen Personen müssen angehört und ihnen die Gelegenheit zur Gegendarstellung geboten werden.[2327]

Mit diesen prozeduralen Anforderungen wird nicht nur explizit an den Stadionverbotsbeschluss angeknüpft,[2328] sondern mit der Möglichkeit der Gegendarstellung auch an die Novellierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes in § 3b Abs. 3 S. 1 iVm § 3b Abs. 1, 2 NetzDG in Bezug auf strafbare Inhalte.[2329] Der Sache nach findet damit auch implizit[2330] der stark prozedurale Regulierungsansatz des DSA einen Niederschlag in der Entscheidung. Die Besonderheit – insbesondere im Unterschied zum NetzDG – besteht darin, dass einige Normen auch bezüglich Inhalten anwendbar sind, welche unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit liegen: Nach Art. 17 DSA müssen Hosting-Diensteanbieter eine Lösch- bzw. Sperrentscheidung in spezifischer Form begründen. Der ausdrücklich prozedurale Charakter des rechtspolitischen Regulierungsvorgehens zeigt grundsätzlich, dass prozedurale Anforderungen, die aus der Organisations- und Verfahrensdimension

2325 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 80.
2326 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 81.
2327 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 82 – 89; die Entscheidung zutreffend in den Prozeduralisierungsdiskus einordnend *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 891 (890 f.).
2328 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 83 f.
2329 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 85.
2330 *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956) sieht das Urteil sogar als Antizipation des DSA.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet werden, dafür geeignet sind, den Ausschluss von Plattformen rechtlich einzuhegen.

Wie zu erwarten war, werden gegen solch einen „Mehraufwand" der Plattformen wirtschaftliche Einwände entgegengebracht, um sich gegen eine rechtliche Verantwortung für ihre eigene gesellschaftsstrukturelle Stellung zu immunisieren: Facebook trug vor, dass die durchgehende Etablierung und Durchführung der Benachrichtigungs-, Begründungs-, Anhörungs- und Gegendarstellungsverfahren mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden sei, was jedoch der BGH galant mit der Beobachtung abschmetterte, dass zumindest Facebook durch die prozeduralen Anforderungen im Betrieb der Plattform nicht wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert ist.[2331] Hier zeigt sich die Flexibilität der Organisations- und Verfahrensdimension von Art. 3 Abs. 1 GG: Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann auf heuristischer Ebene dadurch dogmatische Schlagkraft verliehen werden, indem kleineren Unternehmen, die nach dem hier vorgestellten Tatbestand der Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zumindest das Sachgrunderfordernis einhalten müssen, nicht so weitgehende oder überhaupt keine Verfahrenspflichten auferlegt werden.

Denga hält neben solchen Kostenfaktoren die Verfahrensanforderungen jedoch aus zwei grundlegenderen Gründen für problematisch:[2332] Zum einen könne das aufwendige Verfahren potentiell den Ausschluss von Dauerstörern auf der Plattform („Trolle") erschwerden. Zum anderen – und das ist ein bemerkenswertes Argument – werde durch das Verfahren ein zentraler Aspekt der Funktionsbereitstellung der Plattform – grundrechtlich gesprochen: der Eigentumsbefugnisse –, nämlich der Funktionsausschluss tendenziell eher der Sphäre der Nutzer*innen zugeordnet.

Dieses Argument verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil es die großen Bedenken gegen einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus bzw. gegen eine umweltsensible Gestaltung von Privatrechtsinstitutionen aufzeigt. Denn im Kern hat *Denga* völlig recht: Die starken prozeduralen Elemente, die die Exklusion einer Person aus sozialen Funktionssystemen oder den Ausschluss aus vergleichbaren Strukturen wie der Öffentlichkeit absichern sollen, verlagern teilweise die Letztentscheidungshoheit darüber in die Hände des Publikums, die im Zweifel die Hilfe des Rechts

2331 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 89.
2332 *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Anspruch nehmen können. Aus einer privatrechtstheoretischen Sicht, die mit subjektiven Rechten unmittelbare Ausschließungsrechte verbindet, irritiert ein solcher „Zuordnungswechsel“[2333]. Aus der Perspektive eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus sind solche Gegenrechte[2334] jedoch zentraler Baustein für die Verfassung – also Stabilisierung, Absicherung, aber auch Begrenzung – von sozialen Makrostrukturen. Werden soziale Funktionssysteme oder Institutionen durch Privatrechtsinstitute aufgebaut bzw. stabilisiert, so wird über eine liberale Konzeption dieser Institute einem Privatrechtsakteur die gesamte Kontrolle über das soziale Ordnungsmuster gewährt, die sich in Ausschließungsbefugnissen und der Möglichkeit von Vertragsverweigerungen manifestiert. Für eine dauerhafte Stabilisierung dieser sozialen Ordnung und der Berücksichtigung aller (!) Akteure können[2335] und sollten jedoch bestimmte Letztentscheidungsoptionen verlagert, Mitgestaltungsmöglichkeiten etabliert oder auch nur Möglichkeiten der Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen sowie die Voraussetzungen für eine gerichtliche – oder außergerichtliche – Nachprüfung geschaffen werden.[2336] Am Ende ist in der modernen Gesellschaft nur das Recht für seine Institutionen und die dadurch bereitgestellten Leistungen und Funktionen verantwortlich. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus und die umweltsensible Ausgestaltung von Privatrechtsinstitutionen bedeuten daher, dass das Recht nicht nur seiner Verantwortung gegenüber einer kleinen Zahl von Akteuren nachkommt, sondern auch seine Verantwortung sowohl gegenüber gesellschaftlichen Meso- und Makrostrukturen als auch gegenüber Personen ernst nimmt, die durch eine liberale Brille womöglich ver-

2333 Gut gewähltes Wort von *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

2334 Grundlegend *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 381 – 388; diese Gegenrechte von ihrem individual-rechtlichen Ursprung um eine kommunikative, kollektive und institutionelle Dimensionen erweiterend *Teubner*, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte, 2018, S. 357. Anders als bei *Menke* sollten m.E. Gegenrechte jedoch in einem deutlich aktiveren Sinne verstanden werden.

2335 Zurecht weist *Holznagel*, CR 2021, 733 (736) im Kontext der Regulierung digitaler Plattformen darauf hin, dass es nicht ausschließlich um „ein Mehr“ an Nutzerrechten geht, sondern um ein adäquates Setting.

2336 Treffend *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 385: „Daher ist die Erklärung des Grundrechts des Passiven darauf, berücksichtigt zu werden, zugleich die Entrechtung des Mächtigen oder Aktiven. […] Berücksichtigung und damit Rechte braucht, wer nicht an der Regierung teilnehmen kann.“

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schwommen erscheinen. „Der Gleichheitssatz erweist sich so als elementarer Bestandteil der *Eigen*verfassung autonomer digitaler Medien."[2337]

III. Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme

Zuletzt ist auf zwei weitere Fälle der Gesellschaft einzugehen, die sich als Grenzfälle für das hier vorgestellte Modell herausstellen werden: der Wellnesshotelfall[2338] sowie der Thermenfall[2339]. In beiden Fällen geht es wie im Stadionverbotsfall vordergründig um das Hausrecht. Beide Fälle weisen jedoch eine vertragliche Dimension auf, die die eigentums- und besitzrechtliche Dimension weitgehend überlagert. Der Konflikt im Wellnesshotel ist dadurch entstanden, dass ein Hotel in Brandenburg *Udo Voigt* – ehemaliger NPD-Politiker – und seiner Frau ein Hausverbot erteilte und dies ausdrücklich auf die Parteizugehörigkeit *Voigts* stützte.[2340] Im Thermenfall wurde einer Frau (Stammgast) ein Hausverbot erteilt, nachdem sie unnachgiebig andere Personen in der Thermen- und Saunalandschaft belästigte und beleidigte, teilweise mit Bezug auf die westdeutsche Herkunft der Gäste.[2341]

Beide Fälle sind demnach wie der Stadionverbotsfall vordergründig dadurch gekennzeichnet, dass Personen der physische Zugang zu einem mit einer Dienstleitung verbundenen Raum, nämlich einem Hotel bzw. einer Therme, verwehrt wurde bzw. sie davon ausgeschlossen wurden. Anders als der Zuschauervertrag im Stadionverbotsfall weisen jedoch sowohl der Beherbergungsvertrag im Wellnesshotelfall als auch der Thermennutzungsvertrag im Thermenfall nur eine eingeschränkte Inklusionsfunktion auf: Durch die beiden Verträge werden die Personen zwar sowohl in das Rechtssystem als auch in das Wirtschaftssystem inkludiert, weil sie sich des Privatrechtsinstituts des Vertrages bedienen, um eine Transaktion in Geld durchzuführen. Darüber hinaus fehlt jedoch – wie *Teubner* es nennen

2337 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (142).

2338 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*.

2339 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*.

2340 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 1.

2341 Dieser Umstand spielt in der BGH-Entscheidung keine Erwähnung mehr; siehe aber die Ausführungen zur Beweisaufnahme der Erstinstanz AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018 – 2 C 117/17, Rn. 24 f.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würde – ein produktives Element der Verträge. Die Verträge inkludieren die Personen nicht in ein drittes Funktionssystem der Gesellschaft. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass *Udo Voigt* ausdrücklich aufgrund seiner Parteizugehörigkeit vom Hotel ausgeschlossen worden ist. Denn es geht hier nicht um die Inklusion in das politische System, beispielweise durch Wahlen, den Zugang zu politischen Institutionen oder anderen politischen Teilhabeformen wie Versammlungen o.ä. In beiden Fällen handelt es sich um Freizeitaktivitäten[2342], die keinem sozialen Funktionssystem auf der gesellschaftlichen Makroebene zugeordnet werden können. In beiden Fällen betrifft der Vertrag „lediglich" die Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme. Es geht bei dem mit der Dienstleitung verbundenen Vertrag nur um den physischen Zugang zu einem Raum, nicht jedoch um eine damit verbundene Inklusion in gesellschaftliche Teilsysteme.

In einem weiteren Aspekt des Konfliktes, nämlich der Normalisierung des Ausschlusses durch private Ordnungen, unterscheiden sich die hier diskutierten Fälle. Der Ausschluss von Politiker*innen, die dem äußersten rechten politischen Spektrum zugeordnet werden können, ist in Bezug auf Hotels und teilweise Gaststätten – zumindest für dem Raum Brandenburg – durch private Ordnung institutionalisiert. Im Wellnesshotelfall ist das Hotel Mitglied im Hotel- und Gaststättenverband Brandenburg, der eine Kooperation mit dem Land Brandenburg eingegangen ist und sich im Zuge dieser Zusammenarbeit gegen Rechtsradikalismus in Deutschland positioniert.[2343] Während dieser Aspekt noch in den instanzgerichtlichen Entscheidungen zumindest thematisiert worden ist, wurde dies in der BGH-Entscheidung im Tatbestand gänzlich invisibilisiert. Eine solche Dimension privater Ordnung, die den Ausschluss vom physischen Raum normalisiert, liegt im Thermenfall nicht vor. Das Hausverbot wurde nicht einmal mit einem Verweis auf eine möglicherweise bestehende Hausordnung erteilt.[2344]

Wie sollte nun das (Vertrags-)Recht auf diese Konfliktsituationen responsiv reagieren? Zunächst verdeutlichen beide Fälle die Grenzen des po-

2342 So auch das ausdrückliche Argument bei BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 27; der Sache nach ähnlich BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 22: „Erholung und Entspannung".

2343 Auch dies spielt in der BGH-Entscheidung keine Rolle mehr; siehe jedoch die Instanzgerichtsentscheidungen LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 22.06.2010, 12 O 17/10; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2011, 1 U 4/10.

2344 Vgl. AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sitiven Nichtdiskriminierungsrechts.[2345] Aufgrund seiner Struktur kann das allgemeine zivilrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht mit § 19 Abs. 1 AGG nicht nur Inklusion in die Funktionssysteme der Gesellschaft ermöglichen, sondern auch wie in diesen Fällen den Zugang zu bloßen Räumen oder Dienstleistungen sicherstellen. Das AGG weist jedoch strukturelle Grenzen auf: Es kann nur Ungleichbehandlungen aufgrund der in §§ 1, 19 Abs. 1 AGG enumerativ gelisteten verpönten Anknüpfungskriterien adressieren. Im Thermenfall ist der Ausschluss auf das pöbelnde Verhalten der Frau zurückzuführen, nicht auf ein vom Nichtdiskriminierungsrecht geschütztes Merkmal. Im Wellnesshotelfall könnte man darüber nachdenken, ob das Hausverbot eine ungleiche Behandlung wegen der Weltanschauung iSd § 1 AGG darstellt, weil *Udo Voigt* ausdrücklich aufgrund seiner politischen Parteizugehörigkeit der Zugang verweigert worden ist. Der BGH hat dies abgelehnt[2346] und schließt sich damit der vorherrschenden dogmatischen Konzeption des Begriffs der Weltanschauung an, der aber ohnehin nicht in § 19 Abs. 1 AGG aufgenommen wurde[2347]: Politische Ansichten oder die politische Parteizugehörigkeit fallen grundsätzlich nicht unter diesen Begriff.[2348] Das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht verzichtete ausdrücklich auf die Einbeziehung von politischen Anschauungen, insbesondere aus der Befürchtung heraus, rechtsradikale Personen und Gruppen könnten sich über das AGG Zugang zu Gebäuden o.ä. verschaffen.[2349]

Der Wellnesshotelfall hinterlässt vielleicht anders als der Thermenfall das eigene Judiz mit einem unguten Bauchgefühl: Soll ein Hotelier oder andere Anbieter von Dienstleistungen wirklich ohne Rechtfertigungszwang aufgrund der politischen Anschauung Personen davon ausschließen dürfen? Das ist eine relevante gesellschaftliche Frage, auf die auch das Recht eine Antwort finden sollte. Dogmatisch sollte diese Frage jedoch – weil sie gerade nicht an gesellschaftlichen Strukturen, sondern an einem persönlichen Kriterium anknüpft – nicht am allgemeinen Gleichheitssatz festgemacht werden. Responsiver Anknüpfungspunkt für diese Frage ist hingegen die Frage nach der Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

2345 Siehe dazu oben § 4 IV 2 d.
2346 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 9.
2347 Siehe dazu *Mörsdorf*, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 18.
2348 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 130; *Thüsing*, in: MüKo-AGG, § 1 Rn. 36 – 39, 60 – 67; a.A. *Däubler*, NJW 2006, 2608 (2608 f.).
2349 BT-Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

allgemein[2350] mit dem Merkmal der politischen Anschauung im Besonderen[2351]. Daher ist es äußerst unbefriedigend, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Wellnesshotel-Entscheidung die Frage nach der Horizontalwirkung des speziellen Gleichheitssatzes der Sache nach offen ließ.[2352] Damit wird die gesellschaftliche Wertungsfrage[2353] invisibilisiert, ob unter den gewandelten Wirtschaftssystemstrukturen, in denen Unternehmen – teilweise aufgrund von Kundenerwartungen – auch politische Positionierungen einnehmen[2354] und Konsument*innen mit ihren Transaktionen politische Stellung beziehen[2355], der politische Meinungskampf auch auf das Wirtschaftssystem ausgedehnt werden soll. Diese Frage ist nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Es zeigt sich hier jedoch, dass nicht nur der allgemeine Gleichheitssatz und das Nichtdiskriminierungsrecht im Privatrecht unterschiedlich konzipiert werden, sondern auch, dass damit

2350 Grundsätzlich eine Horizontalwirkung bejahen *Baer/Markard*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 415; tendenziell auch *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 234; im Gegensatz zum allgemeien Gleichheitssatz ebenfalls *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 177 – 179, der die freiheitsrechtliche Ähnlichkeit der speziellen Diskriminierungskriterien betont; jetzt ebenfalls *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 151 – 153, die sich dem Rechtfertigungsmodell *Grünbergers* anschließt und die Reichweite der Gleichbehandlungsgebote im Privatrechtsverkehr kontextspezifisch bestimmen möchte. Tendenziell verneinend hingegen *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 210; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 – 87.

2351 Nach den unterschiedlichen Kategorien differenziert beispielsweise *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 151 und verneint eine Privatrechtswirkung bezüglich politischer Anschauungen.

2352 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 9 – 11; dies bemängeln zurecht *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104 (1107); weiter offengelassen von BVerfG, Beschl. v. 02.02.2023, 1 BvR 187/21, Rn. 8.

2353 Zurecht weisen daher *Grünberger/Wahsington*, JZ 2019, 1104 (1107) auf die genuin politische Natur dieser Rechtsfrage hin: „Es geht also insgesamt darum, ob und wie das Privatrecht einen genuin politischen Konflikt und seine wirtschaftlichen Auswirkungen bewältigen kann."

2354 Dazu ausführlich *Thams*, in: Kemming/Rommerskirchen (Hrsg.), Marken als politische Akteure, 2019, S. 175; deutlich *Bohnen*, ZPB 2015, 55 (57): „Die politische Dimension der Marke eines Unternehmens wird demnach immer wichtiger. Nur wer als glaubwürdiger, kreativer und schlagkräftiger Akteur wahrgenommen wird, kann nachhaltige politische Beiträge leisten. Diese Positionierung wird Teil des Geschäftsmodells und der Unternehmenskultur – und damit der Markenbildung."

2355 Siehe zu politischer Artikulation durch politischen Konsum *Baringhorst*, Forschungsjournal Soziale Bewegungen, 2015, 17; ein sytematisierendes Modell verschiedener Erscheinungsformen entwickelt *Fischer*, in: Hellmann/Klein/Baule (Hrsg.), Verbraucherpolitik von unten, 2020, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jeweils unterschiedliche soziale Konflikte verbunden sind, die es analytisch wie normativ auseinander zu halten gilt.

Wendet man auf diese beiden Fälle den hier vorgeschlagenen Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes von sozialer Inklusion an, so fallen sie nicht unter den Tatbestand. Weder im Wellnesshotelfall noch im Thermenfall geht es um die soziale Einbindung in gesellschaftliche Makrostrukturen wie soziale Funktionssysteme oder die Öffentlichkeit. Der Tatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG wurde auf der Grundlage einer gesellschaftstheoretischen Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierte Gesellschaft entwickelt. Die Differenzierung – also die Frage, welche Fälle darunterfallen – beim Horizontalwirkungstatsbeand von Art. 3 Abs. 1 GG anhand des Kriteriums, ob es in einer privatrechtlichen Konstellation um soziale Inklusion in gesellschaftliche Funktionssysteme geht, folgt damit einer strikt gesellschaftsstrukturbezogenen Konzeption. Diese sturktur-funktionale Beschreibung betont, dass sich Sozialität in der modernen funktional differenzierten Gesellschaft primär und hauptsächlich in sozialen Funktionssystemen vollzieht bzw. andere soziale Systeme maßgeblich durch die Funktionssysteme auf der Makroebene geprägt werden.[2356] Aus der eigennormativen Perspektive des Rechts wurde auf grundrechtstheoretischer und grundrechtsdogmatischer Ebene begründet, dass die Teilhabedimension der Grundrechte Phänomene adressiert, in denen andere Personen zur Auslebung von Sozialität auf andere Personen oder gesellschaftliche Strukturen angewiesen sind. Wenn also Sozialität (nahezu) ausschließlich innerhalb der sozialen Funktionssysteme möglich ist und die Teilhabedimension auf die Ermöglichung von Sozialität gerichtet ist, kann das Recht eine eigennormative Wertung bilden: Die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes sollte primär nach gesellschaftlichen Strukturen, nicht nach individuellen Bedürfnissen differenzieren. Der Tatbestand der sozialen Inklusion filtert damit die Fälle für das Recht heraus, in denen es um die Berücksichtigung und Einbindung von Personen von und in soziale Funktionssysteme geht. Das ist nach hier vertretener Konzeption die maßgebliche Differenzierungslinie für den Horizontalwirkungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG. Nur in solchen Fällen geht es um den auf Teilhabe gerichteten Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes. Der Sache nach zeigt sich diese Wertung

2356 Vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 813 – 847 zur Beziehung von Interaktions- und Organisationssystemen zu sozialen Funktionssystemen.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch in den Folgeentscheidungen zum Stadionverbotsbeschluss, wenn sie die „Bedeutung für das gesellschaftliche Leben" verneinen.[2357]

Mit einer solchen Konzeption tappt der Privatrechtswirkungstatbestand jedoch in eine Falle: Er läuft Gefahr, bestimmte Konflikte auf der Mikro- oder Mesoebene zu übersehen. Der Thermenfall zeigt dies in aller Deutlichkeit: Hier geht es um eine lokale soziale Gruppe von Frauen und Männern, die regelmäßig in einer Thermen- und Saunalandschaft zusammenkommen, um hier Sozialität – also gesellschaftliches Zusammenleben mit anderen Menschen – auszuleben. Das mag man auf der Sachverhaltsebene als „Provinzposse" abtun.[2358] Eine umweltsensible Rechtswissenschaft kann jedoch tiefer bohren: Der Fall spielt in Ostdeutschland. In der ehemaligen DDR war die Freikörperkultur eine der zentralen Vergnügungsaktivitäten und damit zentraler Bestandteil dieser Gesellschaft.[2359] Unter der Annahme, dass Nacktheit immer noch eine zentrale Rolle für das Selbstverständnis vieler Menschen – auch und gerade in der Gruppe – hat, könnte man davon sprechen, dass hier die Therme konstitutive Bedeutung für die im Thermenfall betroffene soziale Gruppe hat. Es geht also zentral um soziale Gruppenbildung. Um eine solche Gruppenbildung ging es auch im Stadionverbotsfall. Zwar spielte auch die Exklusion aus dem Sportsystem eine Rolle; diese ist jedoch nur untergeordnet. Zentrale Exklusionswirkung der Stadionverbote war die Gefahr des Herausbrechens aus der sozialen Gruppe, die maßgeblich für die Sozialität der einzelnen Ultramitglieder ist. Die soziale Teilhabedimension in der Ultragruppe ist mit derjeniger der Thermengruppe vergleichbar. Der Unterschied – aus differenzierungstheoretischer Perspektive – besteht lediglich darin, dass die Ultragruppen an sozial-historisch gewachsene Gesellschaftsstrukturen, nämlich an das Sportsystem, anknüpfen können, während ein solcher Bezug für die Saunagruppe nicht besteht. Kann dieser Unterschied für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG ausschlaggebend sein?

Um diese Frage zu beantworten, stehen einer responsiven Rechtswissenschaft zwei Optionen offen: Eine erste Reaktion könnte darin bestehen,

2357 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 22: „Soweit die Revision darauf abstellt, dass eine Therme auch ein Ort der Kommunikation und somit des gesellschaftlichen Lebens ist, mag dies zwar eine mögliche Nutzung durch die Gäste darstellen. Die Kommunikation unter den Gästen gibt einer Therme aber nicht ihr Gepräge."; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 8, jedoch ohne konkrete Begründung.

2358 So *K. Schmidt*, JuS 2021, 979 (981).

2359 Vgl. dazu *Thormann*, in: Häußer/Merkel (Hrsg.), Vergnügen in der DDR, S. 385.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Umwelt des Rechts nach weiteren Sozialtheorien abzusuchen und abzuklopfen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die zunächst herangezogene Sozialtheorie nicht genügend Wissen für das Recht bereitgestellt hat, um einen vergleichbaren Konflikt adäquat zu beschreiben. Daher müssen andere Wissensquellen gesucht werden, damit das Recht weiterhin irritiert werden kann. Hier könnte die Rechtswissenschaft auf jüngste Forschungsansätze in den Sozialwissenschaften zurückgreifen, die in den letzten Jahren eine vermehrte Bedeutung von Gruppen als soziale Systeme betonen[2360] – gerade auch im digitalen Kontext.[2361]

Problematisch daran ist, dass hier – anders als bei dem hier in dieser Arbeit herangezogenen differenzierungstheoretischen Begriff der sozialen Inklusion – noch keine gesicherten Erkenntnisse bzw. fest etablierten Beschreibungsmuster auszumachen sind. Und hier hört die Kompetenz soziologischer Jurisprudenz auf: Sie muss, soll und darf keine genuine Sozialwissenschaft betreiben. Sie rezipiert Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften, agiert jedoch nicht innerhalb dieser anderen Teilsysteme der Wissenschaft als Leistungsrollenträger. Für genuine sozialwissenschaftliche Forschung innerhalb dieser anderen Wissensschaftsdisziplinen fehlen ihr Wissen, Erfahrung und Sozialisation.

Aber nach hier vertretener Konzeption soziologischer Jurisprudenz muss sich die Rechtswissenschaft an dieser Stelle auch nicht zwingend nach weiteren Sozialtheorien umschauen. Denn sie hat bereits erfolgreich eine Sozialtheorie rezipiert und in eigennormative Begriffe des Rechts übersetzt. Ist dieser Schritt getan, verselbstständigt sich der durch die Irritation responsiv erzeugte Begriff und kann sich von seinem ursprünglichen sozialwissenschaftlichen Kontext lösen. Das bedeutet, dass mit dem Tatbestand sozialer Inklusion zwar in einem ersten Schritt der Begriff der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG in Rückgriff auf die differenzierungstheoretische Beschreibung von Inklusionsverhältnissen in der modernen Gesellschaft konkretisiert worden ist. Hier stimmen also die Fälle, die die Differenzierungstheorien mit sozialer Inklusion beschreiben mit den Fällen überein, in der juristisch die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch in das Privatrecht hineinwirkt. Aber das Recht agiert nach seinen

2360 Siehe zu modernen Iterationen der Gruppensoziologie im Kontext sozialer Differenzierung *Preyer*, Rolle, Status, Erwartungen und soziale Gruppe, 2012, S. 95 – 145; *Kühl*, KZfSS 2021, 25.

2361 *Donges*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 121.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eigenen normativen Maßstäben; die differenzierungstheoretische Beschreibung ist für die Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG nicht verbindlich. Wenn die Teilhabedimension darauf abstellt, dass in modernen Gesellschaften Menschen voneinander abhängig sind, um ihre Freiheit und ihre Sozialität auszuleben, dann ist das der normative Ankerpunkt, von dem aus die Fälle bestimmt werden, die für Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht relevant sind. Identifiziert das Recht damit Fälle, die vom individuellen Konflikt – und darauf kommt es gerade dem Privatrecht an – mit den Fällen sozialer Inklusion (aus differenzierungstheoretischer Sicht) vergleichbar sind, kann die Teilhabedimension auch auf diese Fälle erstreckt werden. Damit löst sich der grundrechtliche Begriff der Teilhabedimension vom sozialwissenschaftlichen Begriff der sozialen Inklusion ab, auch wenn dieser jenen zuvor produktiv irritieren konnte. Damit schlage ich vor, dass die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes weiterhin durch den Grundtatbestand sozialer Inklusion ausgelöst werden sollte. Soziale Inklusion sollte dabei jedoch weit verstanden werden: Der Begriff umfasst auch solche Teilhabekonstellationen, in denen Sozialität mit stark überwiegendem Gruppenbezug ausgelebt wird.[2362] Damit entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG auch im Thermenfall Horizontalwirkung. Auch hier fungiert der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht.

Damit wird im Ergebnis die in dieser Untersuchung stark betonte kollektive Dimension der Grundrechte wieder an ihren Ausgangspunkt zurückgeführt – zur Freiheitsausübung einzelner Menschen. Beobachtet das Recht in der Zukunft eine weitere Individualisierung von Sozialität, die sich immer weiter von den klassischen Rollenzuschreibungen sozialer Funktionssysteme entfernt, muss das Recht zumindest darüber nachdenken, auch neue, amorphe Formen von Sozialität, sozialer Inklusion und sozialer Teilhabe zu verarbeiten. Eine Beruhigungspille für alle, die bei einer solchen Ausweitung der Gleichbehandlungspflichten erneut die Totenglocke der Privatautonomie läuten[2363] hören: Weitet man Art. 3 Abs. 1 GG auch auf Fälle wie den Thermenfall aus, muss der Thermenbetreiber lediglich einen Sachgrund vorbringen, der möglicherweise auch erst in einem späteren Gerichtsverfahren vorgetragen werden muss. Nach dem hier vorgestellten Modell wird die Verfahrens- und Organisationsdimension erst bei einer

2362 Ansatzweise zu einem gruppenbezogenen Verständnis von Grundrechten *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 376 – 382: korporative Grundrechtsdimension.

2363 So der Titel von *Repgen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Institutionalisierung bzw. Normalisierung der Exklusion relevant, was beispielsweise bei einer einfachen Hausordnung nicht vorliegt. Darüber hinaus lehrt uns der Thermenfall eine weitere Lektion: Es ist ja nicht so, dass bei einem solchen Verständnis plötzlich die Vielzahl solcher Fälle im Ergebnis anders gelöst werden müssten. Den Betreibern von „sozialen Infrastrukturen" sind in der sozialen Realität die Gruppenbedürfnisse regelmäßig egal, was völlig in Ordnung ist. Ihnen geht es primär darum, eine zahlungswillige Stammkundschaft zu haben. In den meisten Fällen, in denen Personen ausgeschlossen werden, liegen doch aber tatsächlich Gründe vor, die im Ergebnis für den Ausschluss sprechen: Im Thermenfall haben sich im Vorfeld des Hausverbots andere Gäste mehrfach über das Verhalten der Frau innerhalb der Therme und speziell in der Sauna beschwert.[2364] Zudem hat die Thermenbetreiberin an dem Tag, an dem das Hausverbot ausgesprochen worden ist, eine Aussprache gesucht.[2365] Damit spricht vieles dafür, dass der Ausschluss als quasi als letztes Mittel herangezogen worden ist.

Dagegen könnte man einwenden, was denn so eine Erweiterung der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG solle, wenn doch ohnehin die Ergebnisse gleich oder zumindest ähnlich ausfallen. Das mag richtig sein. Aber worum es einem responsiven Recht geht, ist, dass wiederkehrende soziale Konflikte im Recht selbst abbildbar, und dadurch erst rechtsintern verhandelbar, gemacht werden. Einer Haus- und Vertragsrechtskonzeption, die immer wieder formale Privatautonomie predigt, entgeht genau dieser Konflikt. Er wird invisibilisiert, weil die Hausrechtsinhaber*in bzw. die Anbieter*in der Dienstleistung ohnehin alle Personen willkürlich ausschließen kann. Der Umstand, dass zumindest im Gerichtsverfahren, also in dem Moment, in dem der Fall der Gesellschaft zu einem Fall des Rechts wird, ein Sachgrund vorliegen muss, erlaubt eine bessere rechtlich Rekonstruktion des sozialen Konfliktes.

2364 AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 12; vgl. auch Rn. 2: „das Maß sei eigentlich bereits seit 2014 voll".

2365 Vgl. AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 5 (allerdings war zu dem Zeitpunkt das Hausverbot bereits schriftlich vorbereitet).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

§ 11 Zusammenfassung

Die Privatrechtstheorie und -dogmatik beobachten in den letzten Jahren vermehrt Fälle, in denen Privatrechtsakteur*innen Zugang zu einem bestimmten Ort oder zu einer bestimmten Dienstleistung begehren, ihnen dies jedoch versagt wird:[2366] Ein Fußballultra ist Inhaber einer Dauerkarte und möchte auch zukünftig in die Stadien, in denen seine Mannschaft spielt, erhält jedoch ein mehrjähriges, bundesweites Stadionverbot, weil er in Verdacht steht, andere Fußballfans zu gefähren. Eine Facebook-Nutzerin kann aufgrund eines Posts, der gegen die *community standards* Facebooks verstößt, für 30 Tage die aktiven Funktionen ihres Accounts nicht mehr nutzen, sodass sie sich nicht mehr aktiv an aktuellen Diskussionen auf der Plattform beteiligen kann. Eine blinde Frau ist Patientin einer Gemeinschaftspraxis, darf sich jedoch nicht mehr mit ihrem Blindenführhund im Wartebereich aufhalten, weil ihr Hund unhygienisch sei. Eine Stammkundin einer Therme erhält ein Hausverbot, weil sie mehrfach andere Gäste belästigt und beleidigt hat.

Alle diese Fälle zeichnen sich nicht nur durch eine – untechnisch gesprochen – Zugangsdimension aus. Die Fälle verbindet zudem eine Vertragsdimension:[2367] Um Zugang zu den einzelnen Dienstleistungen zu erlangen, benötigen die Privatrechtsakteur*innen einen Zuschauervertrag für das Stadion, einen Plattformnutzungsvertrag für die Nutzung von Facebook, einen Behandlungsvertrag für die Arztpraxis oder einen weiteren gemischttypischen Vertrag für den Zugang zur und die Nutzung der Therme.

Der modernen Privatrechtswissenschaft fehlen bislang geeignete Begriffe und dogmatische Figuren, um diese Fälle, die aus jeweils gänzlich unterschiedlichen sozialen Kontexten entspringen, in einem ersten Schritt gemeinsam adäquat beschreiben zu können und für sie in einem zweiten Schritt angemessene rechtliche Lösungen zu entwickeln. Hier kann eine moderne soziologische Jurisprudenz ansetzen, der es in erster Linie darum geht, die an das Recht herangetragenen Fälle der Gesellschaft präzise zu beschreiben, um darauf aufbauend ein Panorama an dogmatischen Antworten des Rechts zu entwickeln. Dazu verknüpft sie methodisch die Ebenen

2366 Vgl. § § 1 I.
2367 Ausführlich zum Zuschauervertrag § 2 I.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtstheorie, Sozialtheorie, Rechtsdogmatik und Kasuistik.[2368] Auf diese Weise können die Grundinstitutionen des Privatrechts – in dieser Untersuchung der Vertrag – auf eine Weise beschrieben werden, die der sozialen Realität ihrer Verwendung gerecht wird. Als Referenzfall hat diese Untersuchung den Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts[2369] gewählt, weil hier nicht nur der Sachverhalt für die Privatrechtstheorie interessant ist, sondern die Lösung des Konflikts über den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, eine Innovation hinsichtlich der Privatrechtswirkung der Grundrechte war.

Die traditionelle Privatrechtstheorie hat große Schwierigkeiten, die Zugangsdimension im Stadionverbotsfall und den anderen hier betrachteten Fällen der Gesellschaft adäquat zu erfassen. Klassischerweise operiert ein großer Teil der Vertragstheorie mit den Topoi Selbstbestimmung und Privatautonomie.[2370] Der Vertrag sei demnach ein Instrument, derer sich die Privatrechtsakteur*innen bedienen können, um sich im Rechtsleben selbst verwirklichen zu können. Auch wenn dabei im Recht selbst über die Voraussetzungen tatsächlicher Selbstbestimmung reflektiert wird (Materialisierung der Vertragsfreiheit), werden vom Recht nur solche Phänomene wahrgenommen, in denen ein bereits abgeschlossener Vertrag als problematisch identifiziert wird, sodass sich die dadurch belastete Partei davon lösen können soll. Zudem bleibt der Topos der Selbstbestimmung vage und unbestimmt: Was heißt in der modernen Gesellschaft Selbstbestimmung? Lassen sich im Zuge immer stärker individualisierter Lebensläufe und -entwürfe überhaupt generalisierbare Aspekte von Selbstbestimmung ausmachen? Warum genau ist beispielsweise der Zuschauervertrag für den Fußballultra so wichtig? Welche Rolle spielt er für seine Selbstbestimmung? Der Selbstbestimmungstopos kann zwar solche Fragen aufwerfen, sie aber aufgrund seiner Abstraktheit nicht selbst beantworten, was ihn für eine privatrechtstheoretische Analyse untauglich macht.

Auch zwei weitere klassische Topoi der Vertragstheorie haben sich in dieser Untersuchung als nicht geeignet herausgestellt, aktuelle Fälle der Gesellschaft zu beschreiben. Neben der Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages operiert die Vertragstheorie mit unterschiedlichen Gerechtigkeitstopoi.[2371] Dabei wurde in jüngerer Zeit zwar versucht, viele unterschiedliche soziale

2368 § 1 III 3.
2369 § 1 I 1.
2370 § 3 II.
2371 § 3 III.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Konflikte im Privatrecht mit dem Begriff der Verteilungsgerechtigkeit – der *iustitia distributiva* – beschreibbar und erklärbar zu machen.[2372] Ähnlich wie der Selbstbestimmungstopos können zwar unter dem Begriff der *iustitia distributiva* vielfältige moderne Erscheinungsformen des Privatrechts verhandelt werden. Er leidet jedoch ebenfalls an einer starken Abstraktheit, sodass mit seiner Hilfe eine Analyse neuer sozialer Konflikte schwierig ist. Was wird im Stadionverbotsfall genau durch das Privatrecht verteilt? Warum ist der verweigerte Zugang zum Stadion aus dieser Perspektive überhaupt problematisch – also „ungerecht"?

Ein anderes Problem weist für diese Untersuchung die Rekonstruktion des Vertrages als wirtschaftliche Transaktion auf.[2373] Auch wenn die ökonomische Analyse des Vertrages und des Vertragsrechts das Privatrecht produktiv informieren und irritieren kann, ist sie auf solche sozialen Konflikte beschränkt, die primär im Wirtschaftssystem ausgetragen werden. Zwar weist auch der Stadionverbotsfall eine ökonomische Dimension auf – der Erwerb eines Tickets zu einem Stadion ist eine ökonomische Transaktion; Geld gegen Zugang zum Stadionerlebnis. Aber in dieser Dimension liegt nicht der relevante soziale Konflikt. Der Fußballultra wurde nicht deshalb ausgeschlossen, weil er kein Geld für die Tickets gehabt hätte.

Um die relevante Konfliktdimension aufzudecken, hat diese Untersuchung den Vertrag auf privatrechtstheoretischer Ebene als multilaterales Rechtsinstitut und gleichzeitig als soziale Institution konzipiert.[2374] In der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft ist der Vertrag nicht nur eine rechtliche Form (Privatrechtsinstitut), sondern erfüllt in unterschiedlichen sozialen Kontexten jeweils unterschiedliche Funktionen. Dabei weist der Vertrag mehrere gleichzeitig bestehende strukturelle Kopplungen zu sozialen Systemen auf. Der Vertrag ist selten nur eine rechtliche Operation oder eine ökonomische Transaktion, sondern weist ein produktives Element für mindestens ein weiteres soziales System auf.

Um dieses produktive Element des Zuschauervertrages für das Sportsystem beschreiben zu können, entwickelte diese Untersuchung die Inklusionsfunktion des Vertrages.[2375] Der Vertrag ist in der modernen Gesellschaft nicht auf irgendeine Weise mit den nicht-rechtlichen Funktionssystemen strukturell gekoppelt. Wir beobachten immer mehr Konstellationen, in de-

2372 § 3 III 3.
2373 § 3 IV; § 2 II 3 c.
2374 § 2 II – V.
2375 § 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen die Inklusion von Menschen in soziale Systeme durch privatrechtliche Verträge erfolgt. Der Vertrag bildet eine wesentliche Form von sozialer Inklusion.[2376] Die Inklusionsfunktion des Vertrages ermöglicht auf mehreren Ebenen eine privatrechtstheoretische Analyse bestimmter sozialer Konflikte – solcher mit einer Inklusionsdimension. Der primäre soziale Konflikt im Stadionverbotsfall besteht auf einer gesellschaftlichen Makroebene darin, dass durch bundesweite Stadionverbote Personen aus dem Fußballsportsystem exkludiert werden.[2377]

Eine genaue Analyse von Phänomenen sozialer Inklusion bzw. Exklusion durch die Privatrechtstheorie ist notwendig, um auf dogmatischer Ebene adäquate Lösungen zu entwickeln. Zwar reagiert das moderne Privatrecht seit einigen Jahren auf Phänomene sozialer Exklusion mit dem Nichtdiskriminierungsrecht. Dieses ist jedoch durch seine Anknüpfungsabhängigkeit strukturell in seinem Anwendungsbereich begrenzt: Es kann potentiell nur solchen sozialen Exklusionen entgegenwirken, die unmittelbar oder mittelbar an ein in § 1 AGG genanntes Kriterium anknüpfen.[2378] Damit werden zwar die historisch wichtigsten Problemkonstellationen sozialer Exklusion adressiert. Es ist jedoch blind für darüberhinausgehende Inklusions- und Exklusionsphänomene in der modernen Gesellschaft.

Für eine präzisere Analyse des Stadionverbotsfalls und der übrigen hier untersuchten Fälle der Gesellschaft wurde über die gesellschaftliche Makroebene hinaus nach Begriffen auf der Mikro- und Mesoebene gesucht, um sie für die privatrechtstheoretische Beschreibung und dogmatische Lösung nutzbar zu machen. Das Erkenntnisinteresse war hier darauf gerichtet, diejenigen Faktoren zu identifizieren und zu beschreiben, die den Konflikt um die Stadionverbote für das Recht problematisch machen.

Einer dieser Topoi, um den Konflikt auf der sozialen Mesoebene besser zu beschreiben, ist der Begriff der Macht. Macht ist ein ständiges Thema im (Privat-)Recht. Macht kann dabei positive, produktive Elemente aufweisen, aber auch negative, beschränkende Effekte erzeugen. Diese Ambivalenz macht es für das Recht nicht leicht, wie es adäquat auf Machtphänomene reagieren soll. Daher ist es essentiell, wenn man auf einer privatrechtstheoretischen Reflexionsebene mit Machtbegriffen operieren möchte, Machtphänomene präzise zu beschreiben. Überzeugend ist hier die als Matrix

2376 § 4 III 2 b.
2377 § 4 V 4.
2378 § 4 IV 2 d.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

angeordnete Gegenüberstellung von kausalen und modalen sowie interaktions- und strukturbezogenen Machtphänomenen.[2379]

Wendet man dieses Analyseraster auf den Vertrag und das Vertragsrecht an, lässt sich eine Perspektivverengung in der aktuellen Privatrechtstheorie identifizieren: Aufgrund der unterkomplexen Rekonstruktion des Vertrages als bilateraler Austausch von Willenserklärungen werden überwiegend kausal-interaktionsbezogene Machtphänomene im Kontext des Vertrages betrachtet.[2380] Diese Untersuchung konnte hingegen zeigen, dass auch modal-strukturbezogene Machtphänomene im Privatrecht und in der Privatrechtstheorie diskutiert werden. Jüngstes Beispiel dafür ist die Macht, welche durch unterschiedliche technische Innovationen in der modernen Gesellschaft ausgeübt wird. Besonders intensiv wird in diesem Kontext die gestaltende und beschränkende Macht von digitalen Plattformen diskutiert.[2381]

Insgesamt sind diese Machtbegriffe auf privatrechtstheoretischer Ebene zwar mögliche Topoi, um unterschiedliche soziale Konfliktlagen zu beschreiben. Doch auch die Einteilung in vier Idealtypen sozialer Macht bleibt begrifflich auf einer höchst abstrakten Ebene. Das macht die Machtbegriffe schwer operationalisierbar. Möchte die Privatrechtstheorie ganz konkrete soziale Phänomene mit Machtbegriffen beschreiben, müssen diese zwingend mit weiteren, kontextbezogenen Beschreibungen angereichert werden.

Dieses Problem kann vermieden werden, wenn von vornherein der Machtbegriff auf der Ebene der Privatrechtstheorie nicht nur für einzelne Rechtsgebiete, sondern auch für einzelne soziale Kontexte re-spezifiziert wird. Diese sozialen Kontexte können durch die jeweiligen Funktionen des Vertrages[2382] abgebildet werden. Re-spezifiert man den modal-strukturbezogenen Machtbegriff auf die Inklusionsfunktion des Vertrages, so geht es um Phänomene sozialer Exklusion, die auch für das Recht problematisch sein könnten. Es geht darum, Situationen zu ermitteln und zu beschreiben, in denen die durch die Vertragsfreiheit *prima facie* ermöglichte Inklusionsfunktion des Vertrages durch modal-strukturbezogene Machtkonstellationen eingeschränkt wird. Der differenzierungstheoretische Begriff der

2379 § 5 II 2.
2380 § 5 III.
2381 § 5 IV 4 b.
2382 § 3 II – VI; § 4.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Exklusion als Gegenspieler zur Inklusion löst dann den Machtbegriff auf der deskriptiven Ebene ab.[2383]

Auch der soziale Konflikt um die (bundesweiten) Stadionverbote lässt sich als Exklusionskonflikt beschreiben. Auch wenn Stadionverbote – auch durch ihre privatrechtliche Konstruktion – eine präventive Funktion erfüllen (sollen),[2384] führen sie gleichzeitig zu sozialer Exklusion der Fußballultras.[2385] Fußballultras sind besonders leidenschaftliche Fans, die eine große emotionale Verbundenheit zu „ihrem" Verein und „ihrer" Mannschaft haben. Zudem weisen Ultragruppen einen starken inneren Zusammenhalt auf. Da Ultras primär eine besondere Form einer Jugendkulur sind, befinden sich regelmäßig Freunde und andere intensive soziale Kontakte eines Ultras in der Ultragruppe. Wesentliche Handlungsverpflichtungen innerhalb der Ultragruppe erfassen die Teilnahme an den Spielen der eigenen Mannschaft sowie das Erlernen von Supportelementen wie Sprechchöre, das Anfertigen von Bannern, das Schwenken von Fahnen etc. Durch bundesweite Stadionverbote, die weitgehend diese Handlungsverplichtungen unterbinden, besteht die Gefahr, dass Ultras aus ihrer sozialen Gruppe herausbrechen können.

Innerhalb des Sportsystems nehmen Ultragruppen eine besondere Stellung ein. Sie verstehen sich zum einen als Gegenspieler zur voranschreitenden Kommerzialisierung des Fußballsports und zum anderen als Opposition gegenüber der konkreten Ausgestaltung des Systems durch den DFB. Ultras können über ihre klassische Rolle als Mannschaftssupport differenzierungstheoretisch als partizipierendes Publikum beschrieben werden.[2386] Zwar nehmen sie keine primäre Leistungsrolle im Fußballsportsystem ein, da sie nicht unmittelbar an dem das System konstituierenden Wettkampf der Sportler*innen mitwirken. Dennoch sind sie kein bloß passives Publikum. Über den aktiven Mannschaftssupport hinaus, wollen Ultragruppen an der Ausgestaltung der Systemstrukturen partizipieren.

Die Exklusion durch (bundesweite) Stadionverbote lässt sich damit zusammenfassend in zwei Dimensionen aufteilen: Zum einen besteht die Gefahr der Exklusion aus der eigenen sozialen Gruppe (gruppenbezogene Exklusionsdimension). Zum anderen werden Stadionverbote – insbesondere durch eine gruppenweite Aussprache ohne eigene Sachverhaltsaufklä-

2383 § 5 V.
2384 § 6 III 2 a.
2385 § 6 III 2 b aa.
2386 § 6 II 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

rung und Möglichkeit der Gegendarstellung – als „Kampfmittel" innerhalb des Hegemonie-Spiels[2387] zwischen dem DFB und den Ultras eingesetzt. Dadurch können Ultras gänzlich aus dem Sportsystem exkludiert werden (funktionssystembezogene Exklusionsdimension) bzw. ihre aktiven Gestaltungsversuche zurückgedrängt werden. Stadionverbote sind damit ein zentraler Faktor bezüglich der Frage, wie das Fußballsportsystem intern gestaltet werden soll und welche Akteure sich mit ihrem Gestaltungsanspruch behaupten. Stadionverbote haben eine signifikante Relevanz für den gesellschaftlichen Konstitutionalismus des Fußballsportsystems.

Dass Stadionverbote eine Exklusionswirkung aufweisen, die die Inklusionsfunktion des Vertrages beeinträchtigt, ist für sich genommen noch kein Problem für das Recht. Die Exklusionen aus dem Sportsystem könnten auch nur unbedenkliche Eigendynamiken des Fußballsportsystems sein, die das Recht hinnehmen sollte. Oder anders ausgedrückt: Nur weil das Recht in seiner sozialen Umwelt Beeinträchtigungen der Inklusionsfunktion des Vertrages beobachtet, heißt das nicht, dass das Recht neue Operationen und Strukturen ausbilden muss, um auf diese Phänomene responsiv zu reagieren. Dies verdeutlicht erneut, wie wichtig es ist, dass die Privatrechtstheorie als Reflexionstheorie des Recht über geeignete Begriffe und Topoi verfügt, um diese Exklusionsphänomene zu beschreiben. Nur auf der Grundlage einer präzisen Analyse der Inklusions- und Exklusionskonstellationen kann eine informierte Entscheidung darüber getroffen werden, ob und wenn ja wie das Recht reagieren soll.

Ein wesentlicher Faktor, der für die Bedenklichkeit von (bundesweiten) Stadionverboten spricht, ist, dass aufgrund privater Ordnung durch den DFB ihre Aussprache institutionalisiert – und damit normalisiert – ist. Damit ist gemeint, dass Stadionverbote nicht nur punktuell auftreten oder vom (sozial isoliert betrachteten) Einzelwillen eines einzelnen Vereins oder den dort zuständigen Stadionverbotsbeauftragten abhängig sind. Auch wenn die Aussprache von Stadionverboten aus rechtsdogmatischer Perspektive unmittelbar auf die Ausübung des Hausrechts zurückzuführen ist, sind vor allem bundesweite Stadionverbote nur durch die vom DFB gesetzte private Ordnung möglich. Aufgrund seiner Stellung als Dachverband, und damit als der wesentliche kollektive Leistungsrollenträger im Fußballsportsystem,[2388] stellt der DFB die Stadionverbotsrichtlinien auf,

2387 § 6 III 2 c.
2388 § 7 I.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

welche über vertragliche Konstruktionen die einzelnen Vereine binden.[2389] Dadurch wird durch privatrechtliche Institute (Verein, Vertrag) eine private Ordnung für die Exklusion im Fußballsportsystem erzeugt. Dabei konnte diese Untersuchung unterschiedliche Durchsetzungsinstrumente identifizieren, die dafür sorgen, dass (bundesweite) Stadionverbote auch tatsächlich und regelmäßig ausgesprochen werden.[2390] Betrachtet man damit zusammenfassend die Stellung des DFB im Fußballsportsystem mit Relevanz für die Inklusionsfunktion des Vertrages kann erneut auf den Topos der modal-strukturbezogenen Macht zurückgegriffen werden: Der DFB regelt einseitig durch Aufstellung privater Regeln und Ordnungen die wesentlichen Inklusions- und Exklusionsbedingungen im Fußballsportsystem. Da diese modal-strukurbezogene Machtposition eine wesentliche institutionelle Verfestigung aufweist, kann sie sogar als soziale Herrschaft beschrieben werden.[2391]

Als wesentliches Problem von privaten Ordnungen allgemein und einer solchen Position sozialer Herrschaft im Besonderen wurde aus privatrechtstheoretischer Perspektive ihre Legitimationsbedürftigkeit identifiziert.[2392] Dabei ist es nicht alleine der Umstand, dass über private Ordnungen private Regeln – quasi als Äquivalent zum staatlichen Recht – aufgestellt werden. Vielmehr sind es daraus resultierende Freiheitseinschränkungen anderer Akteure innerhalb dieser privaten Ordnung, insbesondere solcher, welche nicht an der Aufstellung der Regeln partizipieren können. Damit decken sich diese Legitimationsdiskurse weitgehend mit den Diskurssträngen, die rechtliche Anforderungen an den gesellschaftlichen Konstitutionalimus thematisieren.[2393] Das verwundert nicht: Private Ordnungen sind in der modernen Gesellschaft ein wesentlicher Baustein in den Governance-Regimes einzelner Funktionssysteme.[2394] Die Ausgestaltung der privaten Ordnung hängt damit maßgeblich mit den Gelingensvoraussetzungen gesellschaftlichen Konstitutionalismus zusammen.

Dabei weisen beide Diskursstränge übereinstimmend darauf hin, dass private Ordnungen ein Mindestmaß an prozeduralen Regeln für die Partizipation der Regelunterworfenen oder zumindest für den Schutz bei

2389 § 7 II 2 b.
2390 § 7 II 2 c.
2391 § 7 II 4.
2392 § 7 III 1.
2393 § 7 III 2.
2394 § 7 I 4, 5.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Sanktionierung vorsehen müssen.[2395] Hier überschneidet sich im Stadionverbotsfall die Dimension privater Ordnung mit der Dimension sozialer Exklusion: Stadionverbote werden in der sozialen Welt der Ultras nicht per se als illegitim zurückgewiesen. Die Ultras wehren sich vielmehr gegen die Art und Weise – das Verfahren – wie Stadionverbote ausgesprochen werden; nämlich ohne eigene Sachverhaltsprüfung, ohne die Möglichkeit einer Gegendarstellung und teilweise kollektiv gegenüber einer ganzen Ultragruppe.[2396] Aus privatrechtstheoretischer Sicht kann damit ein wesentliches Problem innerhalb des sozialen Konfliktes um die Stadionverbote dahingehend beschrieben werden, dass die private Ordnung des DFB unzureichende *procedual rules*[2397] bezüglich der Inklusions- und Exklusionsregulierung vorsieht. Das ist ein zentraler Aspekt, worauf das Recht responsiv reagieren sollte.

Ein Instrument mit dem das Privatrecht seit jeher auf bestimmte Zugangskonstellationen im Kontext von Verträgen reagiert hat, ist der Kontrahierungszwang. Da keine besonderen Kontrahierungszwänge in den hier betrachteten Fällen der Gesellschaft relevant werden, wurde der allgemeine Kontrahierungszwang darauf hin befragt, inwieweit er responsiv auf die hier identifizierten Aspekte des Stadionverbotskonfliktes reagieren kann. Dabei dominieren heute zwei moderne Strukturkonzeptionen des Kontrahierungszwanges, die freiheitsrechtlich mit dem Topos der Angewiesenheit oder gleichheitsrechtlich mit dem Schema Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung arbeiten.[2398] Beide Ansätze sind in der Rechtsanwendung in der modernen Gesellschaft durch eine hohe Flexibilität gekennzeichnet; sie können nahezu jeden vertraglichen Zugangskonflikt mediatisieren.[2399] Daher operiert die Rechtsdogmatik verstärkt mit Kontextualisierungen: Zwar verbleibt die Rechtsanwendung bei den Begriffen Angewiesenheit und Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung, re-spezifiziert sie jedoch auf unterschiedliche Kontexte. Damit einher geht eine Verlagerung der Wertungsebene: Falls einer dieser Kontexte den Gegenstand eines Freiheitsgrundrechts berührt, stellt sich die Frage nach einem grundrechtlichen Teilhabeanspruch im Privatrecht, der über den allgemeinen Kontrahierungszwang

2395 § 7 III.
2396 § 6 III 2 b cc.
2397 Vgl. § 7 I 4.
2398 § 8 II 4, 5 a.
2399 § 8 III 1.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

effektuiert wird.[2400] Unter diesen Voraussetzungen ist es grundsätzlich möglich, auch Phänomene sozialer Inklusion mithilfe des Kontrahierungszwanges zu lösen. Dieses Privatrechtsinstitut ist diesbezüglich hinreichend reponsiv für den Stadionverbotskonflikt und die anderen Fälle der Gesellschaft.

Der allgemeine Kontrahierungszwang ist jedoch auf Rechtsfolgenseite nicht hinreichend responsiv. Auf Rechtsfolgenseite wird lediglich eine bipolare Entscheidung getroffen: Entweder wird ein Anspruch auf Vertragsschluss verneint oder ein solcher Anspruch wird gewährt.[2401] Die maßgebliche Stellschraube wird damit ausschließlich auf der Tatbestandsebene – je nach dogmatischer Konstruktion anhand des Merkmals der Angewiesenheit oder der Rechtfertigung – gedreht. Damit kann er nicht auf den Aspekt des Stadionverbotskonfliktes reagieren, dass die Stadionverbote teilweise ohne Sachverhaltsprüfung und gegenüber ganzen Ultragruppen ausgesprochen worden sind. Er kann im Kontext privater Ordnungen keine *procedural rules* generieren.

Dieses Defizit auf der Rechtsfolgenseite wird von einer speziell ausdifferenzierten Form des allgemeinen Kontrahierungszwanges, dem allgemeinen verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch, adressiert.[2402] Geht es um Konstellationen, in denen soziale Inklusion in einer spezifischen Form, nämlich der Mitgliedschaft in Vereinen bzw. Verbänden, geregelt wird, sichert dieses Rechtsinstitut die Entscheidungen sozial mächtiger Verbände über einen Vertragsschluss oder eine Kündigung über prozedurale Elemente, wie z.B. eine Anhörung oder eine Begründungspflicht, ab. Damit werden jedoch gleichzeitig die Grenzen des Aufnahmeanspruchs deutlich: Er erfasst nur bestimmte Verträge, nämlich Mitgliedschaften. Während damit bis vor einigen Jahren soziale Inklusionsstrukturen noch einigermaßen abgedeckt und mediatisiert werden konnten, zeigt die Inklusionsfunktion des Vertrages, dass soziale Inklusion amorphere Formen einnimmt. Verbände entscheiden nicht nur durch Mitgliedschaften über Inklusion und es sind heute teilweise gänzlich andere – nicht vereinsrechtlich organisierte – Akteure, die Inklusion regulieren. Eine responsive Weiterentwicklung dieses speziellen Instituts ist unwahrscheinlich. Damit ist nach einem Rechtsinstitut mit einem deutlich weiteren Anwendungsbereich zu suchen, das auf Rechtsfolgenseite dazu geeignet ist, die im verbandsrechtlichen Aufnahme-

2400 § 8 III 2.
2401 § 8 IV 1.
2402 § 8 III 3, IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

anspruch getroffenen Wertungen und seine prozeduralen Elemente im Recht zu generalisieren.

Nach hier zentral vertretener These ist dazu der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, in seiner Privatrechtswirkung in der Lage. Um diese zu begründen, ging diese Untersuchung von spezifischen grundrechtstheoretischen und grundrechtsdogmatischen Vorannahmen aus, wobei das Denken in Grundrechtsdimensionen[2403] und die Akzentuierung einer auch kollektiven Dimension der Grundrechte[2404] hervorzuheben sind.

Dabei wurde zunächst begründet, warum der allgemeine Gleichheitssatz keine Schutzpflichtendimension aufweist.[2405] Auch wenn viele der grundrechtlichen Konfliktlagen im Privatrecht über die Schutzpflichtendimension erklärt und dogmatisch re-konstruiert werden können, trifft dies nicht auf die Gleichheitsrechte zu. Im Gegensatz zu Freiheitsrechten weisen sie nach hier vertretener These keinen Schutzgegenstand – wie z.B. Meinungen, Versammlungen, Körper und Leben etc. – auf. Nach bislang vorherrschender Dogmatik der Schutzpflichtendimension ist jedoch ein solcher Schutzgegenstand, dem „von außen" eine Beeinträchtigung durch eine Privatrechtsakteur*in entgegengehalten wird, konstitutiv für diese Grundrechtsdimension. Möchte man die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG begründen, muss auf andere Grundrechtsdimensionen zurückgegriffen werden.

Diese Untersuchung sieht hier die Teilhabedimension der Grundrechte als überzeugenden Anknüpfungspunkt an, um die Horizontalwirkung zu begründen.[2406] Die Schwierigkeit bestand diesbezüglich darin, dass selbst im Vertikalverhältnis für diese Grundrechtsdimension im Gegensatz zur Abwehr- und Schutzpflichtendimension nur rudimentäre dogmatische Muster vorhanden sind.[2407] Methodisch wurde daher zunächst eine der Leitrechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zur Teilhabedimension – die *numerus-clausus*-Entscheidungen – generalisiert, um zu überlegen, inwieweit die dort getroffenen Wertungen auf andere soziale Kontexte re-spezifiziert werden können:[2408] Deutlich wurde hier, dass es um Phänomene sozialer Inklusion (hier: in das Bildungs- und Gesundheitssystem) geht, die durch eine zentrale staatliche Stelle reguliert wird.

2403 § 9 I 2.
2404 § 9 I 4.
2405 § 9 III.
2406 § 9 IV 3.
2407 § 9 IV 1, 2.
2408 § 9 IV 3 a.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG kontrolliert die Verteilung dieser Inklusionschancen.

Auf einer Wertungsebene musste daher gezeigt werden, dass sich ähnliche Verteilungsentscheidungen auch in rein privatrechtlichen Kontexten finden lassen, sodass die Teilhabedimension auch in Horizontalwirkung begründet werden kann. Aus differenzierungstheoretischer Perspektive konnte hier ein zentrales Argument gewonnen werden:[2409] In der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft sind Grundrechtsträger*innen nicht nur auf den Staat zur Ausübung ihrer grundrechtlichen Freiheit angewiesen. Vielmehr werden die sozialen Abhängigkeitsverhältnisse multipliziert. Um in der modernen Gesellschaft Teil des Sozialgeschehens zu sein, ist man auf die Inklusion in dasjenige Funktionssystem angewiesen, in welchem man Sozialität ausleben möchte. Wie jedoch der Stadionverbotsfall in aller Deutlichkeit zeigt, werden die Inklusions- und Exklusionsregeln – als soziale Zugangsregeln für die Funktionssysteme – immer häufiger durch private Akteure aufgestellt und durchgesetzt. Der DFB als private Organisation regelt ohne Zutun des Staates weitgehend autonom die Zugangsregeln für das Fußballsportsystem. Das macht eine – rechtstheoretisch gesprochen – rechtliche Zugangsregel auch in privatrechtlichen Kontexten notwendig, die die sozialautonom getroffenene Zugangsregel, welche über Privatrechtsinstitute stabilisiert und durchgesetzt wird, kontrollieren kann. Die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht führt damit zu einer (personalen) Zugangsregel im Vertragsrecht für Phänomene sozialer Inklusion.

Als große Schwierigkeit hat sich jedoch die konkrete dogmatische Ausgestaltung dieser Zugangsregel erwiesen. Denn aufgrund des fehlenden Schutzgegenstandes von Art. 3 Abs. 1 GG ist eine Privatrechtswirkung nach dem für Freiheitsgrundrechte üblichen Abwägungsmodell nicht möglich.[2410] Die dogmatische Struktur der Gleichheitsrechte von Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung ermöglicht zwar auch eine Abwägung bzw. Abstimmung mit gegenläufigen Freiheitsgrundrechten. Eine solche Abstimmung ist jedoch über diese Struktur zu erreichen, also innerhalb von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.[2411] Damit verbleiben grundsätzlich zwei dogmatische Idealmodelle: Auf der einen Seite kann versucht werden, die Konstellationen im Privatrecht zu benennen, in denen Ungleichbehand-

2409 § 9 IV 3 b (1.).
2410 § 9 V 1.
2411 § 9 V 1 c.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

lungen rechtfertigungsbedürftig sind (Tatbestandsmodell).[2412] Auf der anderen Seite können im Grundsatz sämtliche Ungleichbehandlungen im Privatrecht als rechtlich potentiell bedenklich angesehen werden, sodass lediglich auf Rechtfertigungsebene unterschiedliche Abstufungen getroffen werden (Rechtfertigungsmodell).[2413] Nach hier vertrener These nähern sich in der konkreten Ausgestaltung beide Modelle weitgehend einander an. Das Rechtfertigungsmodell in Reinform weist jedoch – unter den hier getroffenen Prämissen einer produktiven Konstitutionalisierung[2414] – für den allgemeinen Gleichheitssatz ein entscheidendes Problem auf: Sämtliche privatrechtliche Fälle würden sich demnach aufgrund seiner Anknüpfungsunabhängigkeit und seines unbegrenzten (sachlichen) Anwendungsbereichs als grundrechtlicher Gleichheitskonflikt re-formulieren lassen.[2415]

Daher ist ein Tatbestand für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG zu formulieren, der die privatrechtlichen Fälle ausschließt, in denen keine produktive Irritation des Privatrechts durch den allgemeinen Gleichheitssatz zu erwarten ist. An diesen Tatbestand können dann kontextspezifisch abgestufte Rechtfertigungsanforderungen anknüpfen. Nach hier vertrener These sollte, aufbauend auf den generalisierten Überlegungen, dass die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG Phänomene sozialer Inklusion adressiert, soziale Inklusion als Tatbestand gewählt werden.[2416] Dieser Tatbestand findet sich bereits in der aktuellen Grundrechtsdogmatik: Der vom Bundesverfassungsgericht im Stadionverbotsbeschluss gewählte (Teil-)Tatbestand der gesellschaftlichen Teilhabe innerhalb des Gesamttatbestands „spezifische Konstellation" für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG ist hinreichend reponsiv, dass er Phänomene sozialer Inklusion erfasst. Gesellschaftliche Teilhabe bedeutet in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft primär, dass Personen in die Funktionssysteme der Gesellschaft inkludiert werden (können).

Die Analyse des sozialen Konfliktes um die Stadionverbote sowie die dogmatischen Grenzen des allgemeinen Kontrahierungszwanges haben jedoch gezeigt, dass wir Konstellationen sozialer Inklusion beobachten, in denen nicht nur die eigentliche (materielle) Zugangsregel bedenklich ist, sondern die Art und Weise, wie diese aufgestellt bzw. durchgesetzt wird.

2412 § 9 V 2.
2413 § 9 V 3.
2414 § 9 I 3.
2415 § 9 V 3 c.
2416 § 9 V 5 a.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Daher ist die rechtliche Zugangsregel des Art. 3 Abs. 1 GG durch eine prozedurale Dimension zu erweitern, durch die ebenfalls das Verfahren der sozialen Inklusions- und Exklusionsregulierung kontrolliert werden kann. Um dies – auch im Privatrecht – zu begründen, hat sich die grundrechtliche Organisations- und Verfahrensdimension als überzeugend herausgestellt.[2417] Diese Grundrechtsdimension erhöht je nach sozialem Kontext die Rechtfertigungsanforderungen der Zugangsregel: Bestimmte Privatrechtsakteur*innen können nur dann eine Ungleichbehandlung bezüglich sozialer Inklusion rechtfertigen, wenn sie spezifische Verfahrensanforderungen eingehalten haben. Nach hier vertrener These ist es gerade keine „Staatsähnlichkeit" der Privatrechtsakteur*innen, die diese erhöhten Anforderungen auslösen.[2418] Auch wenn mit diesem Topos die Stellung des DFB im Stadionverbotsfall adäquat beschrieben werden kann, bürgt er die Gefahr, andere soziale Phänomene nicht zu erfassen, die aus der Perspektive sozialer Inklusionsregulierung ebenfalls problematisch sind. Er ist daher durch generalisierte Begriffe wie private Regelsetzung, private Ordnung, modal-strukturbezogene Machtstellung oder soziale Herrschaft zu ersetzen.

Eine solche Prozeduralisierung führt zum einen dazu, dass der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt der Teilhabedimension abgesichert wird. Dadurch wird der grunrechtliche Schutz für eine individuelle Grundrechtsträger*in verstärkt. Zum anderen ist die Prozeduralisierung von Phänomenen privater Ordnung oder sozialer Herrschaft aber auch hinsichtlich des gesellschaftlichen Konstitutionalismus bedeutsam:[2419] Indem über die Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte in ihrer Privatrechtswirkung *procedual rules* geschaffen werden (können), können Partizipationsrechte an der autonomen Regelung sozialer Ordnung innerhalb der Funktionssysteme und Schutzrechte gegenüber den Sanktionsinstrumenten (insbesondere gegenüber sozialer Exklusion) privater Ordnungen geschaffen werden. Solche *procedural rules* sind gegenüber materiell-rechtlichen Vorgaben überlegen, weil sie in hohem Maße die Eigenrationalität der jeweiligen sozialen Systeme wahren.

Die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist die responsive Antwort des Rechts darauf, dass wir in jüngerer Zeit immer mehr Verträge beobachten können, die eine Inklusionsfunktion aufweisen, aber gleichzeitig nicht vom Nichtdiskriminierungsrecht erfassen werden. Dabei

2417 § 9 VI.
2418 § 9 VI 3 b; vgl. auch § 7 II 4.
2419 § 9 VI 3 a, d.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

wird in immer mehr Fällen die mit den Verträgen verbundene soziale Inklusion verhindert oder erschwert. Damit steigt gleichzeitig die Zahl von Fällen, die aus rechtlicher Perspektive bedenklich sind. Art. 3 Abs. 1 GG befriedigt damit das gestiegene Bedürfnis nach einer (personalen) Zugangsregel im allgemeinen Vertragsrecht. In jüngster Zeit ist eine solche Zugangsregel für Plattformnutzungsverträge dringend nötig gewesen, um Exklusionen aus der modernen Öffentlichkeit rechtsintern verarbeiten zu können und die von den Plattformen aufgestellte Kommunikationsordnung gesellschaftlich zu konstitutionalisieren.[2420] Möglicherweise werden in der Zukunft mehr und mehr Phänomene an das Recht herangetragen, die sich dadurch auszeichnen, dass Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme bzw. allgemein gesellschaftlichen Makrostrukturen ausgeübt wird. Zwar hat sich die Inklusionsfunktion des Vertrages sowie die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes auch hier als überzeugend erwiesen.[2421] Um jedoch für alle künftigen Fälle gewappnet zu sein, wäre dennoch zu überlegen, ob beide mit einer weiteren (sozial-)theoretischen Perspektive angereichert werden können, um die blinden Flecken des hier eingenommenen differenzierungstheoretischen Zugangs aufdecken zu können.

Diese Untersuchung konnte – indem sie Privatrechtstheorie, (Rechts-)Soziologie sowie Privatrechtsdogmatik und Grundrechtsdogmatik miteinander verknüpfte – über die sozialen *blind spots* der etablierten Vertragstheorien[2422] hinaus – eine doppelte Blindheit des Rechts für bestimmte soziale Konflikte aufdecken: Indem zu selten privatrechtliche Institute multilateral re-konstruiert werden, bleibt das Privatrecht häufig blind für sämtliche seiner sozialen Kontexte und damit auch für daraus resultierende soziale Konflikte. Das Öffentliche Recht – allen voran die Grundrechte – erkennt zwar diese Kontexte, ist aber dafür blind, dass sich in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft bereits bekannte Probleme auch in Horizontalverhältnissen zwischen privaten Akteur*innen stellen. Das Festhalten am Paradigma der Grundrechte als Abwehrrechte sowie die Staatszentriertheit der Grundrechtstheorie versperren den Blick auf moderne Lösungsansätze wie beispielsweise dafür, die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht für soziale Inklusionskonflikte heranzuziehen.[2423]

2420 § 10 II.
2421 § 10 III.
2422 § 4 I.
2423 § 9 IV 3.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Über diese rechtsinterne Perspektive konnte diese Untersuchung auch aufzeigen, dass Verträge in der modernen Gesellschaft – nach traditioneller systemtheoretischer Lesart – nicht nur den Aufbau von Strukturen innerhalb sozialer Funktionssysteme ermöglichen und in solche Strukturen eingebunden sind. Die Inklusionsfunktion des Vertrages irritiert sowohl die klassische Rechtsdogmatik als auch die etablierte systemtheoretische Privatrechtstheorie: Verträge weisen eine – aus der Perspektive einer einzelnen Privatrechtsakteur*in gesprochen – genuin soziale Dimension auf.[2424] Sie verknüpfen das Individuum mit den Makrostrukturen der Gesellschaft, den sozialen Funktionssystemen, indem sie ihnen die Inklusion ermöglichen. Damit wird eine (weitere) genuin politische Dimension des Privatrechts offengelegt: Auch das Privatrecht entscheidet mit der konkreten Ausgestaltung seiner Institute über die Frage sozialer Inklusion und damit letztlich allgemein über soziale Teilhabe.

2424 Vgl. zu anderen Ansätzen, die aus je unterschiedlichen Theorietraditionen diese soziale Dimension des Vertrages betonen § 4 I, II.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Abegg, Andreas: Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, KritV 2004, 197 – 208.

Abels, Heinz: Einführung in die Soziologie. Band 1: Der Blick auf die Gesellschaft, 5. Aufl., Wiesbaden 2019.

Adolphsen, Jens: Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 93 – 105.

Adomeit, Klaus: Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467 – 2469.

Ahrne, Goran/ Brunsson, Nils: Meta-organizations, Cheltenham/ Northampton 2008.

Albers, Simon/ Feltes, Thomas/ Ruch, Andreas: Kriminelle Fußballfans? – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung zu Stadionverboten und registrierter Delinquenz, MSchrKrim 2015, 481 – 496.

Albrecht, Hans-Jörg: Fußball und Gewalt – Entwicklungen, Erklärungsansätze und Prävention, MschrKrim 2006, 158 – 174.

Alexander, Christian: Die unberechtigte Verweigerung der Aufnahme in einen Wirtschaftsverband aus kartellrechtlicher, lauterkeitsrechtlicher und bürgerlichrechtlicher Sicht, ZStV 2014, 121 – 128.

Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. v. Wassermann, Rudolf:

–: Band 2: Allgemeines Schuldrecht, §§ 241 – 432, Neuwied u.a. 1980.

Anter, Andreas: Theorien der Macht zur Einführung, 5. Aufl., Hamburg 2021.

Anthonj, Pierre/ Emrich, Eike/ Pierdzioch, Christian: Zur Dynamik sozialer Probleme im Sport – Eine Analyse der Fangewalt und ihrer Bekämpfung im deutschen Fußball, SozProb 2015, 91 – 117.

Armstrong, Mark: Competition in two-sided markets, 37 RAND J. Econ. 668 – 691 (2006).

Arnold, Stefan: Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014.

Aspers, Patrik/ Beckert, Jens: Märkte, in: Maurer, Andrea (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 215 – 240.

Auer, Dirk/ Petit, Nicolas: Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy, 60 The Antitrust Bulletin 426 – 461 (2015).

Auer, Marietta: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.

–: Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.

–: Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, in: Grundmann, Stefan/ Thiessen, Jan (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit. Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, Tübingen 2021, S. 67 – 87.

Auerbach, Harald: Verkehrspflichten bei Großveranstaltungen, in: Gusy, Christoph/ Kugelmann, Dieter/ Würtenberger, Thomas (Hrsg.), Rechtshandbuch Zivile Sicherheit, Berlin u.a. 2017, S. 367 – 389.

Augsberg, Ino: Erläuterungen zu Niklas Luhmann, in: ders./ Unger, Sebastian (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012, S. 290 – 293.

–: Erläuterungen zu Karl-Heinz Ladeur, in: ders./ Unger, Sebastian (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012, S. 314 – 316.

–: Autonomie als soziale Konstruktion – Zur Wiedergewinnung des Individuellen in der gesellschaftlich orientierten Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, in: Vesting, Thomas/ Korioth, Stefan/ Augsberg, Ino (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 39 – 56.

–: Theorie der Grund- und Menschenrechte. Eine Einführung, Tübingen 2021.

Augsberg, Ino/ Petras, Maximilian: Deplattforming als Grundrechtsproblem – Die Sperrung durch soziale Netzwerke, JuS 2022, 97 – 108.

Augsberg, Ino/ Unger, Sebastian: Einleitung: Was ist und wozu dient Grundrechtstheorie?, in: dies. (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2012, S. 11 – 14.

Augsberg, Steffen: Regelsetzung als staatlich-privat interaktiver Prozess – Vom „Steuerungsdurcheinander" zur Regulierungsstrategie?, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, Tübingen 2019, S. 95 – 119.

Bachmann, Gregor: Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006.

–: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Kapitalmarktrecht, ZHR 170 (2006), 144 – 177.

–: Kontrahierungspflichten im privaten Bankrecht, ZBB 2006, 257 – 269.

–: Legitimation privaten Rechts, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 207 – 227.

Bachmann, Ulrich: Soziale Differenzierung, Soziologische Revue 2016, 215 – 226.

Baer, Susanne: Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 5. Aufl., Baden-Baden 2023.

Baldus, Christian: Erwiderung: Das private Hausrecht – ein Phantom, JZ 2016, 449 – 453.

Barczak, Tristan: Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: Scheffczyk, Fabian/ Wolter, Kathleen (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 4, Berlin 2017, S. 91 – 122.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Baringhorst, Sigrid: Konsum und Lebensstile als politische Praxis – Systematisierende und historisch kontextualisierende Annäherungen, Forschungsjournal Soziale Bewegungen 2015, 17 – 27.

Bartodziej, Peter: Ansprüche auf Mitgliedschaft in Vereinen und Verbänden, ZGR 1991, 517 – 546.

Bathelt, Alexander: Die Unionsgewährleistungsmarke. Charakter und Rolle im System des unverfälschten Wettbewerbs, Tübingen 2021.

Bauermeister, Tabea: Der Ausschluss vom Schwarm – Über das Löschen von Social-Media-Accounts, in: Köhler, Ben/ Korch, Stefan (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 51 – 74.

Bauers, Sebastian B.: Die Zukunft der 50+1-Regel – Lösungsansätze einer stakeholderorientierten Perspektive, SpoPrax 2021, 192 – 197.

Baur, Jürgen F./ Stürner, Rolf: Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009.

Becker, Maximilian: Veranstaltungsrecht, in: Fezer, Karl-Heinz/ Büscher, Wolfgang/ Obergfell, Eva (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, Bd. I, 3. Aufl., München 2016, Veranstaltungsrecht (S 16), Rn. 1 – 480.

Becker, Florian: Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 2019, 1385 – 1392.

BeckOK Grundgesetz, hrsg. v. Epping, Volker/ Hillgruber, Christian, 55. Edition, Stand: 15.05.2023, München.

BeckOK Sozialrecht, hrsg, v. Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Meßling, Miriam/ Udsching, Peter, 68. Edition, Stand: 01.03.2023, München.

beck-online.GROSSKOMMENTAR AGG, Gesamtherausgeberschaft v. Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph, München 2023.

beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, Gesamtherausgeberschaft v. Gsell, Beate/ Krüger, Wolfgang/ Lorenz, Stephan/ Reymann, Christoph, München 2023.

Bednarsky, Adam/ Lippert, Conrad/ Wagner, Gerd/ Lazar, Monika/ Rödl, Jakob: Das Spiel zwischen Lust und Moneten – Kommerzialisierung im Fußball – Ergebnisse des Workshops, in: Schneider, André/ Köhler, Julia/ Schumann, Frank (Hrsg.), Fanverhalten im Sport. Phänomene, Herausforderungen und Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 183 – 204.

Behrendt, Hauke: Soziale Teilhabe als Tatsache, Wert und Aufgabe – Blinde Flecken der zeitgenössischen Inklusionsforschung, DZPhil 2019, 464 – 489.

Belli, Luca/ Sappa, Cristiana: The Intermediary Conundrum – Cyber-Regulators, Cyber-Police or Both?, JIPITEC 8 (2017), 183 – 198.

Berger, Johannes: Macht als Grundbegriff der Soziologie, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 47 – 63.

Bernstein, Lisa: Opting out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, 21 The Journal of Legal Studies 115 – 157 (1992).

Bethge, Herbert: Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren – Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, NJW 1982, 1 – 7.

–: Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7 – 56.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bezzenberger, Tilmann: Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395 – 434.

Bielefeldt, Heiner: Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: Hormel, Ulrike/ Scherr, Albert (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, S. 21 – 34.

Biermann, Johannes: Rechtszwang zum Kontrahieren, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 32 (1893), 267 – 322.

Birk, Rolf: Der Aufnahmezwang bei Vereinen und Verbänden, JZ 1972, 343 – 349.

Bleeker-Dohmen, Roelf/ Stammen, Karl-Heinz/ Strasser, Hermann/ Weber, Götz: „Sind wir so unwichtig?" – Fußballfans zwischen Tradition und Kommerz, in: Mittag, Jürgen/ Nieland, Jörg-Uwe (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball. Interessen, Projektionen und Vereinnahmungen, Essen 2007, S. 499 – 519.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 – 1538.

–: Die politische Funktion wirtschaftlich-sozialer Verbände und Interessenträger in der sozialstaatlichen Demokratie – Ein Beitrag zum Problem der „Regierbarkeit", Der Staat 15 (1976), 457 – 483.

–: Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), 1 – 31.

–: Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 42 (2003), 165 – 192.

Boenisch, Vasco: Krise der Kritik?. Was Theaterkritiker denken – und ihre Leser erwarten, Berlin 2008.

Böhm, Franz: Das Problem der privaten Macht, in: ders., Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung (hrsg. v. Ernst-Joachim Mestmäcker), Karlsruhe 1960 S. 25 – 45 [ursprünglich veröffentlicht 1928].

–: Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung (hrsg. und mit einer Einführung von Ernst-Joachim Mestmäcker), Baden-Baden 2010 [ursprünglich veröffentlich 1933].

–: Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht. Beiträge zum übernationalen und nationalen europäischen und amerikanischen Recht – erstattet für die internationale Kartellrechts-Konferenz in Frankfurt am Main, Juni 1960, Karlsruhe 1961, S. 1 – 24.

–: Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75 – 151.

Bohnen, Johannes: Corporate Political Responsibility (CPR) – Warum Unternehmen sich offen politisch positionieren müssen, Zeitschrift für Politikberatung (ZPB) 2015, 55 – 58.

Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hrsg, v. Kahl, Wolfgang/ Waldhoff, Christian/ Walter, Christian, 214. EL, Stand: Dezember 2021, Heidelberg.

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Borowski, Martin: Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl., Baden-Baden 2018.

Breit, Helen/ Scherr, Albert: Ultragruppen als Lern- und Erfahrungsraum, Sozial Extra 2019, 7 – 12

Breucker, Marius: Zulässigkeit von Stadionverboten, JR 2005, 133 – 138.

Brodocz, André: Mächtige Kommunikation – Zum Machtbegriff von Niklas Luhmann, in: Imbusch, Peter (Hrsg.), Macht und Herrschaft. Sozialwissenschaftliche Theorien und Konzeptionen, 2. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 247 – 263.

Broemel, Roland: Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, Tübingen 2021.

Brüggemeier, Gert: Grundstrukturen des zivilrechtlichen Delikts, AcP 219 (2019), 771 – 817.

Bruns, Alexander: Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, JZ 2007, 385 – 394.

Bryde, Brun-Otto: Soziologie der Konstitutionalisierung, in: Mahlmann, Matthias (Hrsg.), Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 2011, S. 267 – 273.

Buck-Heeb, Petra/ Dieckmann, Andreas: Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010.

Buchheim, Johannes: Rechtfertigungszentrierte Grundrechtslehren – Grundrechtsgeltung und Grundrechtswirkungen in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Müller, Daniel B./ Dittrich, Lars (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, Berlin 2022, S. 3 – 47.

Bumke, Christian: Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, 641 – 650.

–: Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten bei Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017.

Bumke, Christian/ Röthel, Anne: Auf der Suche nach einem Recht des Privaten Rechts, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 1 – 20.

Busche, Jan: Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999.

Bydlinski, Franz: Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht. Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag, Wien 1961.

–: Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1 – 46.

–: Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, 378 – 385.

–: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien u.a. 2011.

Calliess, Gralf-Peter: Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.

–: Prozedurales Zivilrecht – Vertragsrecht als Verfassung der Konsumgesellschaft – Bürgerrechte als Verfassung des Vertragsrechts, in: Micklitz, Hans-W. (Hrsg.), Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven. Tagungsband der 1. Bamberger Verbraucherrechtstage 6. – 8. Oktober 2004, S. 65 – 84.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Private Macht und Verbraucherrecht, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 213 – 240.

Calliess, Gralf-Peter/ Maurer, Andreas: Transnationales Recht – eine Einleitung, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 1 – 36.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 6. Aufl., München 2022.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 – 246.

–: Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura, Peter/ Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 873 – 891.

–: Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht. Aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993, München 1997.

–: Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz, stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, Berlin 1999.

–: Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen seiner "Materialisierung", AcP 200 (2000), 273 – 364.

Caplan, Robyn: Content or Context Moderation?. Artisanal, Community-Reliant, and Industrial Approaches, Data & Society 2018.

Ceffinato, Tobias: Zur Regulierung des Internets durch Strafrecht bei Hass und Hetze auf Onlineplattformen, ZSTW 2020, 544 – 563.

Childres, Robert/ Spitz, Stephen J.: Status in the Law of Contract, 47 New York University Law Review 1 – 31 (1972)

Christensen, Guido: Taschenkontrolle im Supermarkt und Hausverbot – BGHZ 124, 39, JuS 1996, 873 – 878.

Collins, Hugh: The Law of Contract, London 1986.

–: Regulating Contracts, Oxford/ New York 1999.

–: Discrimination, Equality and Social Inclusion, 66 Modern Law Review 16 – 43 (2003).

Cornils, Matthias: Entterritorialisierung im Kommunikationsrecht, VVdStRL 76 (2017), 391 – 442.

–: Präzisierung, Vervollständigung und Erweiterung: Die Änderungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes 2021, NJW 2021, 2465 – 2471.

Croon-Gestefeld, Johanna: Integratives Recht – Übergreifende Beobachtungen zu Recht und Integration, in: Buchholtz, Gabriele/ Croon-Gestefeld, Johanna/ Kerkemeyer, Andreas (Hrsg.), Integratives Recht, Tübingen 2021, S. 219 – 233.

Czerwick, Edwin: Funktionalismus. Konturen eines Erklärungsprogramms, Tübingen 2015.

Dagan, Hanoch: Exclusion and Inclusion in Property, Tel Aviv University Law Faculty Papers 109 (2009), S. 1 – 31.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory, 76 Law and Contemporary Problems 19 – 38 (2013).

Dahrendorf, Ralf: Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle, 5. Aufl., Köln 1965.

Däubler, Wolfgang: Weltanschauung auf europäisch, NJW 2006, 2608 – 2609.

Deakin, Simon/ Gindis, David/ Hodgson, Geoffrey M./ Kainan, Huang/ Pistor, Katharina: Legal Institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law, Journal of Comparative Economics 45 (2017), 188 – 200.

Degener, Theresia: Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 – 219.

Denga, Michael: Medienordnung durch Geschäftsbedingungen digitaler Inhalte-Plattformen – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 29.7.2021 - III ZR 179/20 und III ZR 192/20 - „Facebook AGB", ZIP 2021, 1955 – 1956.

Diederichsen, Uwe: Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171 – 260.

Dietze, Torsten/ Gloystein, Dietlind/ Moser, Vera/ Piezunka, Anne/ Röbenack, Laura/ Schäfer, Lea/ Wachtel, Grit/ Walm, Maik (Hrsg.), Inklusion – Partizipation – Menschenrechte. Transformationen in die Teilhabegesellschaft, Bad Heilbrunn 2020.

Dittmann, Kerstin: Öffnung von Märkten durch kartellrechtlichen Kontrahierungszwang. Eine Analyse von § 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG unter Berücksichtigung der essential facilities-doctrine, Bern 2004.

Dolata, Ulrich: Plattform-Regulierung – Koordination von Märkten und Kuratierung von Sozialität im Internet, Berlin J Soziol 2019, 179 – 206.

Domurath, Irina: Mortgage Debt and the Social Function of Contract, European Law Journal 2016, 758 – 771.

Donges, Patrick: Die Rückkehr der Gemeinschaft im digitalen Strukturwandel der Öffentlichkeit, in: Eisenegger, Mark/ Prinzing, Marlis/ Ettinger, Patrik/ Blum, Roger (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit. Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen, Wiesbaden 2021, S. 121 – 131.

Doralt, Walter: Langzeitverträge, Tübingen 2018.

Dreier, Horst: Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover 1993.

– (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. I: Präambel, Artikel 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2013.

–: Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, S. 1 – 65.

Drexl, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998.

Droege, Michael: Grundrechtswirkung im öffentlichen Raum, npoR 2018, 241 – 244.

Dürig, Günther: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 – 190.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Duttler, Gabriel: Ultras: Der kreative Protest aktiver Fans gegen Kommerzialisierungsprozesse im Fußball, in: Cuntz-Leng, Vera (Hrsg.), Creative Crowds. Perspektiven der Fanforschung im deutschsprachigen Raum, Marburg 2014, S. 364 – 382.

Duval, Antoine: Lex Sportiva – A Playground for Transnational Law, European Law Journal 2013, 822 – 842.

Ehrlich, Eugen: Grundlegung der Soziologie des Rechts [1913], 4. Aufl. (durchges. und hrsg. von Manfred Rehbinder), Berlin 1989.

Eidenmüller, Horst: Der unliebsame Kritiker – Theaterkritik und Schmähkritik, NJW 1991, 1439 – 1443.

–: Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Tübingen 2015 [ursprünglich 1995].

Eisenegger, Mark: Dritter, digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit als Folge der Plattformisierung, in: Eisenegger, Mark/ Prinzing, Marlis/ Ettinger, Patrik/ Blum, Roger (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit. Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen, Wiesbaden 2021, S. 17 – 39.

Ellger-Rüttgardt, Sieglind L.: Inklusion. Vision und Wirklichkeit, Stuttgart 2016.

Ellickson, Robert C.: Order without Law. How Neighbors Settle Disputes, Cambridge (MA) 1994.

Engert, Andreas: Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, RW 2014, 301 – 340.

–: Private Macht im Gesellschaftsrecht – Die Macht der Verwaltung und ihre Kontrolle, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 381 – 421.

Engler, Carolin M.: Private Regelsetzung, Berlin 2017.

Englisch, Jörg/ Bagger von Grafenstein, Tim: DFB, in: Stopper, Martin/ Lentze, Gregor (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht. Rechte – Vermarktung – Organisation, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 587 (Rn. 1 – 88).

Erlei, Mathias: Anreize und Eigentumsrechte: Der Nobelpreis 2016 für die Vertragstheorie, ORDO 2016, 451 – 459.

Erman Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, hrsg. v. Westermann, Harm P./ Grunewald, Barbara/ Maier-Reimer, Georg, 16. Aufl., Köln 2020.

Ernst, Wolfgang: Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel, Christoph/ Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007, S. 3 – 49.

Esser, Hartmut: Pluralisierung oder Assimilation? – Effekte der multiplen Inklusion auf die Integration von Migranten, Zeitschrift für Soziologie 2009, 358 – 378.

Esser, Josef/ Schmidt, Eike: Schuldrecht. Band I Allgemeiner Teil: Teilband 1. Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Aufl., Heidelberg 1995.

Evans, David S./ Schmalensee, Richard: The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, 3 Competition Policy International 151 – 179 (2007).

Ewald, Christian: Grundzüge der Wettbewerbsökonomie, in: Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, S. 176 (Rn. 1 – 199).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fabre-Magnan, Muriel: What is a Modern Law of Contracts? – Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law, ERCL 2017, 376 – 388.

Fahl, Holger/ Schaller, Sophia/ Müller, Maximilian: § 185 StGB im Lichte der Kammerentscheidungen vom 19. Mai 2020 – Eine Handlungsanleitung zum Umgang mit den Beleidigungsdelikten, in: Müller, Daniel B./ Dittrich, Lars (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Bd. 6, Berlin 2022, S. 265 – 327.

Fehling, Michael: Die Verteilung des Mangels – Zum neuen Numerus Clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, RdjB 2018, 100 – 111.

Feltes, Thomas: Sicherheit bei Großveranstaltungen durch Überwachung der TeilnehmerInnen? – Zur aktuellen Diskussion um den Umgang mit Gewalt in und um Fußballstadien, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 – 66.

Femia, Pasquale: Vertragsbeobachtende Verträge, in: Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 151 – 162.

Fezer, Karl-Heinz: Theorie der Funktionalität der Immaterialgüterrechte als geistiges Eigentum – Zugleich eine rechtstheoretische Grundlegung zum Vorabentscheidungsverfahren „Ford/Wheeltrims", GRUR 2016, 30 – 38.

Fikentscher, Wolfgang: Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: Bauer, Fritz (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 559 – 576.

Fischer, Karsten: Protest – Partizipation – Propaganda: Was ist politisch am Politischen Konsum?, in: Hellmann, Kai-Uwe/ Klein, Ansgar/ Baule, Bernward (Hrsg.), Verbraucherpolitik von unten. Paradoxien, Perspektiven, Problematisierungen, Wiesbaden 2020, S. 69 – 85.

Fischer-Lescano, Andreas: Hausrecht als Metagrundrecht? Wie die Privatisierung öffentlichen Raums die Grundrechte aushöhlt, in: Müller-Heidelberg, Till et al. (Hrsg.), Grundrechte-Report, Frankfurt a.M. 2007, S. 149 – 153.

Fischer-Lescano, Andreas/ Maurer, Andreas: Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393 – 1396.

Fischer-Lescano, Andreas/ Teubner, Gunther: Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt a.M. 2006.

–: Prozedurale Rechtstheorie – Rudolf Wiethölter, in: Buckel, Sonja/ Christensen, Ralph/ Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 157 – 170.

Flume, Johannes W.: Marktaustausch. Grundlegung einer juristisch-ökonomischen Theorie des Austauschverkehrs, Tübingen 2019.

Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: von Caemmerer, Ernst (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 135 – 238.

–: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u.a. 1992.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Forst, Rainer: Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt 2007.

Forst, Rainer/ Günther, Klaus: Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms, in: dies. (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven, Frankfurt 2011, S. 11 – 30.

–: Normative Ordnungen. Ein Frankfurter Forschungsprogramm, in: dies. (Hrsg.), Normative Ordnungen, Berlin 2021, S. 9 – 21.

Foucault, Michel: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt a.M. 1977.

–: Sexualität und Wahrheit. Erster Band: Der Wille zum Wissen, Frankfurt a.M. 1983.

Frankel, Tamar: The Legal Infrastructure of Markets: The Role of Contract and Property Law, 73 Boston University Law Review 389 – 405 (1993).

Frantziou, Eleni: The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU – Rediscovering the Reasons for Horizontality, European Law Journal 2015, 657 – 679.

Frau, Robert: Versammlungsfreiheit und Privateigentum, RW 2016, 625 – 651.

Fried, Charles: Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation, Cambridge u.a. 1981.

Friedl, André: Der Kontrahierungszwang im Wohnraummietrecht bei unzulässigen Benachteiligungen. Eine Analyse der §§ 19 ff. AGG, Baden-Baden 2015.

Friedmann, Wolfgang: Recht und sozialer Wandel. Mit einer Einleitung von Spiros Simitis, Frankfurt 1969.

Friehe, Matthias: Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 – 1702.

Frison-Roche, Marie-Anne: The "Crucial Companies" and their Regulation, Working Paper 2014, abrufbar unter: http://mafr.fr/article/8-reguler-les-entreprises-crucia les/.

Fumagalli, Chiara/ Motta, Massimo/ Calcagno, Claudio: Exclusionary Practices. The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, Cambridge 2018.

Gabler, Jonas: Die Ultras. Fußballfans und Fußballkulturen in Deutschland, 5. Aufl., Köln 2013.

–: Die Ultras als Objekt sozialer und rechtlicher Interventionen, in: Thole, Werner/ Pfaff, Nicolle/ Flickinger, Hans-Gregor (Hrsg.), Fußball als Soziales Feld. Studien zur Sozialen Bewegungen, Jugend- und Fankulturen, Wiesbaden 2019, S. 77 – 93.

Gamillscheg, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 – 445.

Gerhard, Heinz: Fußball im Fernsehen – Wie die Tiefe des Raums die Höhe der Einschaltquoten bestimmt, in: Holtz-Bacha, Christina (Hrsg.), Fußball – Fernsehen – Politik, Wiesbaden 2006, S. 44 – 70.

Gerhards, Jürgen: Der Aufstand des Publikums – Eine systemtheoretische Interpretation des Kulturwandels in Deutschland zwischen 1960 und 1989, Zeitschrift für Soziologie 2001, 163 – 184.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Gielen, Nico/ Uphues, Steffen: Digital Markets Act und Digital Services Act – Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, EuZW 2021, 627 – 637.

Giere, Katrin: Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke vor dem Hintergrund des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG), Baden-Baden 2021.

Goerlich, Helmut: Grundrechte als Verfahrensgarantien, Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981.

Gomolla, Mechthild: Institutionelle Diskriminierung – Neue Zugänge zu einem alten Problem, in: Hormel, Ulrike/ Scherr, Albert (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, S. 61 – 93.

Gordon, Robert W.: Macaulay, MacNeil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law, Wis. L. Rev. 565 – 579 (1985).

Görke, Alexander: Perspektiven einer Systemtheorie öffentlicher Kommunikation, in: Winter, Carsten/ Hepp, Andreas/ Krotz, Friedrich (Hrsg.), Theorien der Kommunikations- und Medienwissenschaft. Grundlegende Diskussionen, Forschungsfelder und Theorieentwicklungen, Wiesbaden 2008, S. 173 – 191.

Gornik, Andreas: Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte. Sozialbindung des Eigentums und öffentliche Meinungsbildung, Baden-Baden 2017.

Gounalakis, Georgios: Rechte und Pflichten privater Konzertveranstalter gegenüber den Massenmedien (Bild-, Ton- und Fernsehberichterstattung), AfP 1992, 343 – 346.

Grabitz, Eberhard /Hilf, Meinhard/ Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 75. EL Januar 2022, München.

Greiner, Stefan/ Kalle, Ansgar: Gleichbehandlung als Produkt der Freiheits- oder der Gleichheitsrechte? Zur Drittwirkung nach der Stadionverbotsentscheidung, JZ 2022, 542 – 551.

Grewe, Max: Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument. Eine Untersuchung der Schnittstellen des Kartellrechts mit dem Datenschutz-, Lauterkeits- und AGB-Recht, Baden-Baden 2020.

Griffiths, John: What is Legal Pluralism?, 24 Journal of Legal Pluralism 1 – 55 (1986).

Grimm, Dieter: Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., Frankfurt 1994.

–: Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, in: Grimm, Dieter/ Peters, Anne/ Wielsch, Dan (Hrsg.), Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 – 71.

Große Lefert, Hendrik/ Bagger von Grafenstein, Tim: Prävention und Sicherheit, in: Stopper, Martin/ Lentze, Gregor (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht. Rechte – Vermarktung – Organisation, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 801 (Rn. 1 – 135).

Groth, Friedemann/ Hohnerlein, Jakob: Gleichheit, Gerechtigkeit, Leistung – Ökonomische Imperative im neuen Numerus-clausus-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 51 (2018), 304 – 315.

Gruber, Malte-Christian: Ein Fall der technisierten Gesellschaft – BGH, Urteil vom 24.1.2013 – III ZR 98/12, BGHZ 196, 101, Ausfall des Internetzugangs, in: Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 115 – 124.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grueneklee, Stefan: Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, Baden-Baden 2001.

Grünberger, Michael: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.

–: Selbstverantwortung und Solidarität im Wirtschaftsrecht: Nichtdiskriminierungsrecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht – WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, Wien 2014, S. 79 – 120.

–: Transnationales Recht als responsiver Rechtspluralismus?, Der Staat 55 (2016), 117 – 133.

–: Grundstrukturen (allgemeine Strukturmerkmale) von Gleichheitssätzen, in: Kempny, Simon/ Reimer, Philipp (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute. Beiträge und Ergebnisse, Tübingen 2017, S. 5 – 34.

–: Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213 – 296.

–: Warum der Stadionverbots-Beschluss weit mehr ist als nur Common Sense, Verfassungsblog vom 01.05.2018, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/warum-der-stadionverbots-beschluss-weit-mehr-ist-als-nur-common-sense/.

–: Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), 924 – 942.

–: Rechtstheorie statt Methodenlehre?!, in: Hähnchen, Susanne (Hrsg.), Eine Methodenlehre oder viele Methoden?. Zweites Bielefelder Kolloquium zur Methodenlehre zwischen Handwerk und Wissenschaft, Tübingen 2020, S. 79 – 110.

–: Keine Altersdiskriminierung wegen Zutrittsverweigerung zu Musikveranstaltung – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 5.5.2021, VII ZR 78/20, NJW 2021, 2517.

–: Aufnahmeanspruch in Vereinsgruppe bei Geschlechterdiskriminierung (Memminger Stadtbachfischer) – Anmerkung zu LG Memmingen, Urt. v. 28.07.2021, 13 S 1372/20, SpuRt 2021, 290 – 292.

Grünberger, Michael/ Jansen, Nils: Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, Tübingen 2017, S. 1 – 44.

Grünberger, Michael/ Reinelt, André: Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht. Das Rechtsdurchsetzungsregime aus Sicht soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2020.

Grünberger, Michael/ Washington, Jermaine: Anmerkung zu BVerfG, Kammerbeschluss v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, JZ 2019, 1104 – 1108.

Grundmann, Stefan: Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP 207 (2007), 718 – 767.

–: 'Towards' a Private Law Embedded in Social Theory – eine Skizze, ERPL 2016, 409 – 424.

–: Pluralistische Rechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normativem Desiderat („normativer Pluralismus"), RabelsZ 86 (2022), 364 – 420.

Grundmann, Stefan/ Micklitz, Hans-W./ Renner, Moritz: Privatrechtstheorie – eine Einführung, in: dies. (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, S. 1 – 38.

Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 82. Aufl., München 2023.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grunewald, Barbara: Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, AcP 182 (1982), 181 – 213.

Grünwald, Andreas/ Nüßing, Christhoph: Vom NetzDG zum DSA: Wachablösung beim Kampf gegen Hate Speech? – Diskussionsstand zu beiden Gesetzesvorhaben und deren Vereinbarkeit, MMR 2021, 283 – 287.

Gurlit, Elke: Hotelverbot für Rechtsextremisten, NZG 2012, 698 – 700.

Guski, Roman: Rechtsmissbrauch als Paradoxie. Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht, Tübingen 2019.

Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, VVdStRL 30 (1972), 43 – 141.

–: Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg 1983.

Habersack, Mathias: Vertragsfreiheit und Drittinteressen. Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin 1992.

Hacker, Philipp: Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148 – 197.

Hahn-Lorber, Marcus: „Recht als institutionelle normative Ordnung" – Fragen und Überlegungen zur Rechtstheorie Neil MacCormicks, Rechtstheorie 41 (2010), 251 – 276.

Hansen, Gerd/ Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht: Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften – Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int. 2007, 461 – 481.

[Münchener] Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, hrsg. v. Beuthien, Volker/ Gummert, Hans/ Schöpflin, Martin, 5. Aufl., München 2021.

Handbuch der Grundrechte, hrsg. v. Merten, Detlef/ Papier, Hans-Jürgen:

–: Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg 2004.

–: Band II: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006.

–: Band V: Grundrechte in Deutschland – Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013.

Handbuch des Staatsrechts, hrsg. v. Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul:

–: Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011.

Handkommentar Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG, hrsg. v. Däubler, Wolfgang/ Beck, Thorsten, 5. Aufl., Baden-Baden 2022.

Haslinger, Bastian: Zuschauerausschreitungen um Verbandssanktionen im Fußball, Baden-Baden 2011.

Hauriou, Maurice: Die Theorie der Institution – und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou. Mit Einleitung und Bibliographie (herausgegeben von Roman Schnur), Berlin 1965.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Heeremann, Wendy/ Selzer, Annika: Löschung rechtskonformer Nutzerinhalte durch Soziale-Netzwerkplattformen – Ein Überblick am Beispiel von Facebook, CR 2019, 271 – 276.

Heermann, Peter W.: Die Stellung des multilateralen Synallagmas im Recht der Vertragsverbindungen, KritV 2006, 173 – 186.

–: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.10.2009 – VI ZR 253/08 (Haftung bei Fanausschreitungen im Fußball), NJW 2010, 537.

–: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis eines Sportverbandes zu seinen (un)mittelbaren Mitgliedern, WRP 2015, 1288 – 1296.

–: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Verhältnis eines Sportverbandes gegenüber Nichtmitgliedern, WRP 2016, 147 – 154.

–: Bindung von Vereinsmitgliedern und Nichtmitgliedern an die Sanktionsvorschriften übergeordneter (Sport-)Verbände, ZIP 2017, 253 – 258.

–: Monopolistische pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen aus der Perspektive des europäischen und deutschen Kartellrechts, WRP 2019, 145 – 152.

Heitmeyer, Wilhelm/ Peter, Jörg-Ingo: Jugendliche Fußballfans. Soziale und politische Orientierungen, Gesellungsformen, Gewalt, Weinheim u.a. 1988.

Heldt, Amélie: Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes in das Zivilrecht. Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NVwZ 2018, 818 – 819.

–: Intensivere Drittwirkung. Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit in Öffentlichkeiten der digitalen Gesellschaft. Eine verfassungsrechtliche, rechtsvergleichende und interdisziplinäre Analyse, Tübingen 2023.

Heldt, Cordula: Multilaterale Sonderverbindung als semi-spontane Ordnung: Das Beispiel der Baukooperation und des Franchising, KritV 2006, 208 – 226.

Heller, C.-Philipp: Ökonomische Aspekte der „50+1-Regel" im deutschen Fußball, SpoPrax 2021, 186 – 192.

Hellgardt, Alexander: Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

–: Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?. Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JZ 2018, 901 – 910.

Hennemann, Moritz: Interaktion und Partizipation. Dimensionen systemischer Bindungen im Vertragsrecht, Tübingen 2020.

–: Die Kuratierung virtueller Räume durch Verträge – Freiheitsgrade, Konstitutionalisierung, Marktverfassung, in: Köhler, Ben/ Korch, Stefan (Hrsg.), Schwärme im Recht, Tübingen 2022, S. 15 – 37.

Hennemann, Moritz/ Heldt, Amélie: Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch soziale Netzwerke, ZUM 2021, 981 – 991.

Hensel, Isabell/ Teubner, Gunther: Matrix Reloaded – Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias, KJ 2014, 152 – 170.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Henseler, Maren: Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, Berlin 2016.

Herresthal, Carsten: Private Macht im Vertragsrecht (Austauschverträge), in Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 145 – 191.

Hesse, Konrad: Verfassungsrecht und Privatrecht. Vortrag 13. Juni 1988, Heidelberg 1988.

Hey, Felix C.: "Sonderprivatrechte" in der Privatrechtsdogmatik, in: Auer, Marietta/ Grigoleit, Hans C./ Hager, Johannes et al. (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 791 – 811.

Hillman, Robert A.: The Richness of Contract Law. An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law, Dordrecht u.a. 1997.

Hilpert, Horst: Das Fußballstrafrecht des Deutschen Fußball-Bundes (DFB). Kommentar zur Rechts- und Verfahrensordnung des Deutschen Fußball-Bundes (RuVO) nebst Erläuterungen von weiteren Rechtsbereichen des DFB, der FIFA, der UEFA, der Landesverbände des DFB, 2. Aufl., Berlin u.a. 2018.

Hinsch, Wilfried: Distributive Gerechtigkeit, in: Goppel, Anna/ Mieth, Corinna/ Neuhäuser, Christian (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, Stuttgart 2016, S. 77 – 86.

Hofer, Sibylle: Freiheit ohne Grenzen?, Privatrechtstheoretische Diskussion im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001.

Hoffjann, Olaf/ Arlt, Hans-Jürgen: Die nächste Öffentlichkeit. Theorieentwurf und Szenarien, Wiesbaden 2015.

Hoffmann, Isabel: Die Verbraucherrolle. Zur Frage nach den maßgeblichen Kriterien im materiellen Recht und im Prozessrecht, Tübingen 2019.

Hoffmann, Jan F.: Contract Law Theory and the Concept of 'Ownership', ERCL 2021, 142 – 156.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Öffentliches Recht und Privatrecht als Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./ Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261 – 336.

–: Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte? in: Bäuerle, Michael u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit – Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstages von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53 – 76.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012.

Hofmann, Christian: Private Macht im Gesellschaftsrecht – Die Macht der Mehrheit, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 353 – 379.

Hofmann, Franz: Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, NJW 2021, 1905 – 1910.

Hofmann, Philipp: Das System des privatrechtlichen Hausrechts, JURA 2014, 141 – 151.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hohfeld, Wesley Newcomb: Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale Law Journal 16 – 59 (1913).

Holzhäuser, Felix/ Karlin, Simon: Ticketing, in: Stopper, Martin/ Lentze, Gregor (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht. Rechte – Vermarktung – Organisation, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 1141 (Rn. 1 – 129).

Holznagel, Daniel: Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis? – Bestandsaufnahme nach BVerfG v. 22.5.2019 zu „Der III. Weg" (1 BvQ 42/19) und vor dem Hintergrund aktueller rechtspolitischer Forderungen, CR 2019, 518 – 526.

–: Nutzerrechte bei Facebook: Klärung durch den BGH und bevorstehende Irrwege des EU-Gesetzgebers – Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.7.2021 - III ZR 179/20 und 192/20 - Löschung und Account-Restriktionen durch Facebook, CR 2021, 733 – 736.

Hönn, Günther: Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982.

Honsell, Heinrich: Einleitung zum BGB, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018, S. 1 – 95.

Horcher, *Michael*: Kontrahierungszwang im Arbeitsrecht – unter besonderer Berücksichtigung von § 15 Abs. 6 AGG, RdA 2014, 93 – 102.

Hornkohl, Lena: Die politische Theorie von Unternehmen und situativ mittelbare Grundrechtsbindung Privater vor dem Hintergrund neuester Rechtsprechung und dem Einfluss digitaler Großunternehmen, in: Croon-Gestefeld, Johanna/ Korch, Stefan/ Kuschel, Linda/ Sarel, Roee/ Scholz, Philipp (Hrsg.), Das Private im Privatrecht. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft Hamburg 2021, Baden-Baden 2022, S. 129 – 150.

Huggins, Benedikt/ Herrlein, Maike/ Werpers, Johanna (Hrsg.), Zugang zu Recht. 61. Junge Tagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2021.

Huster, Stefan: Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993.

–: Gleichheit und Verhältnismäßigkeit – Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, JZ 1994, 541 – 549.

–: Was bedeutet „Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung"? – Eine Analyse der neueren Verfassungsrechtsprechung, in: Kempny, Simon/ Reimer, Philipp (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute. Beiträge und Ergebnisse des Gleichheitsrechtlichen Arbeitsgesprächs vom 3. bis 5. April 2016 in der Fritz-Thyssen-Stiftung Köln, Tübingen 2017, S. 91 – 105.

Imbusch, Peter: Macht und Herrschaft in der wissenschaftlichen Kontroverse, in: ders. (Hrsg.), Macht und Herrschaft. Sozialwissenschaftliche Theorien und Konzeptionen, 2. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 9 – 35.

Immenga, Ulrich/ Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wettbewerbsrecht (hrsg. v. Körber, Torsten/ Schweitzer, Heike/ Zimmer, Daniel):

–: Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2020.

Ipsen, Hans P.: Zur „Verbände"-Diskussion, ZGR 1980, 548 – 557.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ipsen, Nils C.: Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, Berlin 2009.

Jaeger, Till/ Metzger, Axel: Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 5. Aufl., München 2020.

Jaensch, Michael: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV, Baden-Baden 1997.

Janal, Ruth: Haftung und Verantwortung im Entwurf des *Digital Services Acts*, ZEuP 2021, 227 – 274.

Jansen, Nils: Zur Verbindung und Differenzierung von Recht und Religion, Gesetz und rechtlicher Vernunft im frühneuzeitlichen Naturrechtsdiskurs, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 132, (2015), 29 – 81.

–: Der Gegenstand der Rechtswissenschaft, JZ 2020, 213 – 223.

Jakl, Bernhard: Handlungshoheit. Die normative Struktur der bestehenden Dogmatik und ihrer Materialisierung im deutschen und europäischen Schuldvertragsrecht, Tübingen 2019.

Jarass, Hans D.: Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), 345 – 381.

–: Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten – Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, in: Ole, Due/ Lutter, Marcus/ Schwarze. Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 593 – 609.

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG. Kommentar, 17. Aufl., München 2022.

Jaren, Otfried: Öffentlichkeitswandel durch Social Media – Auswirkungen der Plattformisierung auf die gesellschaftliche Vermittlungsstruktur, in: Eisenegger, Mark/ Prinzing, Marlis/ Ettinger, Patrik/ Blum, Roger (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit. Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen, Wiesbaden 2021, S. 41 – 63.

Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch: BGB. mit Rom-I-, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO (hrsg. v. Stürner, Rolf), 18. Aufl., München 2021.

Jeggle, Christof: Verträge als Element einer Historischen Anthropologie des Wirtschaftens, Historische Anthropologie 25 (2017), 265 – 285.

Jestaedt, Matthias: Wissenschaft im Recht – Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1 – 12.

Jhaver, Shagun/ Birman, Iris/ Gilbert, Eric/ Bruckman, Amy: Human-Machine Collaboration for Content Regulation: The Case of Reddit Automoderator, 26 ACM Trans. Comput.-Hum. Interact. 2019, Art. 31 (1 – 35).

Jobst, Simon: Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 – 16.

Joerges, Christian: Status und Kontrakt im Franchise-Recht, AG 1991, 325 – 351.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

juris Praxiskommentar BGB, Gesamtherausgeber: Herberger, Maximilian/ Martinek, Michael/ Rüßmann, Helmut/ Weth, Stephan/ Würdinger, Markus, 9. Aufl., Saarbrücken 2020.

Kadler, Andrea: Rechtliche Auswirkungen der Zugänglichkeit von Privatgrundstücken für die Allgemeinheit, NJW 2021, 23 – 26.

Kahl, Arno: Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht, VVdStRL 76 (2017), 343 – 390.

Kainer, Friedemann/ Schweitzer, Heike: Ansätze für eine Systematisierung von privater Macht und der Begrenzung privatrechtlicher Gestaltungsmacht, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 629 – 642.

Kaiser, Andreas: Industrielle Revolution und Privatautonomie – Zur Rolle der Vertragsfreiheit bei der Durchsetzung der bürgerlichen Gesellschafts- und Rechtsordnung in Deutschland, KJ 1976, 60 – 74.

Kalbhenn, Jan C./ Hemmert-Halswick, Maximilian: EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, ZUM 2021, 184 – 194.

Kamp, Florian: Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten. Eine dogmatische und ökonomische Analyse von § 241 II BGB, Wiesbaden 2020.

Kauerhof, Rico: Zwischen Prävention und Repression – Zum sensiblen Umgang mit der Stadionverbotsproblematik in Deutschland, in: ders./Nagel, Sven/ Zebisch, Mirko (Hrsg.), Stadionverbote im internationalen Vergleich, Leipzig 2012, S. 43 – 59.

Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 1 – 25.

Kaulbach, Ann-Marie/ Schirmer, Jan-Erik: Diskussionsbericht zur Podiumsdiskussion, AcP 220 (2020), 796 – 808.

Kempny, Simon/ Reimer, Philipp: Die Gleichheitssätze. Versuch einer übergreifenden dogmatischen Beschreibung ihres Tatbestands und ihrer Rechtsfolgen, Tübingen 2012.

Kersten, Jens/ Meinel, Florian: Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen, JZ 2007, 1127 – 1134.

Kettemann, Matthias C.: The Normative Order of the Internet. A Theory of Rule and Regulation Online, New York 2020.

Kettemann, Matthias C./ Kraml, Georg/ Rachinger, Felicitas/ Rauchegger, Clara/ Tiedeke, Anna S.: Weltweite Löschpflichten für rechtswidrige Inhalte auf digitalen Plattformen vor dem österreichischen OGH – Der mühsame Weg zur Entfernung von Äußerungsrechtsverstößen in Social Media, CR 2021, 154 – 159.

Kettemann, Matthias C./ Schulz, Wolfgang/ Fertmann, Martin: Anspruch und Wirklichkeit der Plattformregulierung – Kommissionsentwürfe der Rechtsakte zu digitalen Diensten und Märkten, ZRP 2021, 138 – 141.

Kettemann, Matthias C./ Tiedeke, Anna S.: Back up: can users sue platforms to reinstate deleted content?, Internet Policy Review 2020, 1 – 20.

Kett-Straub, Gabriele: Hooliganismus in Deutschland, Neue Kriminalpolitik 2012, 98 – 106.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kilian, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47 – 83.

Kingreen, Thorsten: Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht – Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, JöR 65 (2017), S. 1 – 39.

Kingreen, Thorsten/ Poscher, Ralf: Grundrechte. Staatsrecht II, 38. Aufl. Heidelberg 2022.

Kirchhof, Ferdinand: Private Rechtsetzung, Berlin 1987.

Klauser, Werner: Funktionale Rechtstheorie – eine Gefahr für unsere Rechtsordnung?, NJW 1980, 753 – 754.

Klein, Christoph M.: Sicherheit durch Stadionverbote?. Eine empirische Studie zu den Auswirkungen auf Fußballstadien und ihr Umfeld, Leverkusen 2019.

Klesczewski, Diethelm: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 30.10.2009 – V ZR 253/08, JZ 2010, 251 – 254.

–: „Fußballfans sind keine Verbrecher" – Kritische Anmerkungen zu bundesweiten Stadionverboten, in: Kauerhof, Rico/ Nagel, Sven/ Zebisch, Mirko (Hrsg.), Zuschauer als Störer, Leipzig 2010, S. 69 – 84.

Klode, Viola: Pyrotechnik und Stadionverbote aus der Perspektive der Ultras, Holzkirchen 2012.

Klose, Britta/ Zeyn, Julia: Potenziale der Fußballfanpartizipation – Chancen und Grenzen: Ergebnisse des Workshops, in: Schneider, André/ Köhler, Julia/ Schumann, Frank (Hrsg.), Fanverhalten im Sport. Phänomene, Herausforderungen und Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 175 – 181.

Knebel, Sophie V.: Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten. Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke, Baden-Baden 2018.

Kneer, Georg: Die Analytik der Macht bei Michael Foucault, in: Imbusch, Peter (Hrsg.), Macht und Herrschaft. Sozialwissenschaftliche Theorien und Konzeptionen, 2. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 265 – 283.

Kollrus, Harald: Die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften – Aktuelle Rechtsprechung und konkrete Handlungsempfehlungen, MDR 2014, 1357 – 1363.

Köndgen, Johannes: Privatisierung des Rechts – *Private Governance* zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung, AcP 206 (2006), 477 – 525.

König, Carsten: Vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, AcP 219 (2019), 611 – 645.

Körber, Torsten: Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004.

Krawietz, Werner: Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie, Berlin 1967.

–: Begründung des Rechts – anthropologisch betrachtet: zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky, in: ders. et al. (Hrsg.), Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, S. 541 – 556.

–: Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rechtstheorie der Gegenwart, JZ 1985, 706 – 714.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kübler, Friedrich: Ludwig Raiser (1904–1980), in: Grundmann, Stefan/ Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen, Bd. 1, 2007, S. 287 – 303.

Kühl, Stefan: Gesellschaft der Organisation, organisierte Gesellschaft, Organisationsgesellschaft, in: Apelt, Maja/ Wilkesmann, Uwe (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, Wiesbaden 2015, 73 – 91.

–: Gruppe – Eine systemtheoretische Bestimmung, KZfSS 2021, 25 – 58.

Kulick, Andreas: Horizontalwirkung im Vergleich. Ein Plädoyer für die Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Tübingen 2020.

Kumm, Matthias: Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and The Constitutionalization of Private Law, German Law Journal 2006, 341 – 369.

Ladeur, Karl-Heinz: Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie – Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, Der Staat 50 (2011), 493 – 531.

–: Die transsubjektive Dimension der Grundrechte, in: Vesting, Thomas/ Korioth, Stefan/ Augsberg, Ino (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 17 – 37.

–: Die Zukunft der Medienverfassung, in: Ladeur, Karl-Heinz/ Ingold, Albert/ Graber, Christoph B./ Wielsch, Dan (Hrsg.), Die Zukunft der Medienverfassung, Tübingen 2021, S. 17 – 89.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I – Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995.

Lassahn, Philipp/ Steenbreker, Thomas: Gedanken zur Rechtsdogmatik, JR 2015, 553 – 560.

Lauber, Anna V.: Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz. Autonomie, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Englands, Deutschlands und der Europäischen Union, Baden-Baden 2010.

Lecheler, Helmut: „Funktion" als Rechtsbegriff?, NJW 1979, 2273 – 2277.

Leczykiewicz, Dorota: Horizontal Application of the Carter of Fundamental Rights, European Law Review 2013, 479 – 497.

Lehmann, Harry (Hrsg.), Autonome Kunstkritik, Berlin 2012.

Lehner, Roman: Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte. Auch eine grundrechtliche Betrachtung des 3. und 4. Abschnittes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 19–23 AGG), Tübingen 2013.

Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960.

Leistner, Alexander: Fans und Gewalt, in: Roose, Jochen/ Schäfer, Mike S./ Schmidt-Lux, Thomas (Hrsg.), Fans. Soziologische Perspektiven, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 219 – 246.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lennartz, Jannis: Dogmatik als Methode, Tübingen 2017.

Lepsius, *Oliver*: Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999.

–: Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/ Magen, Stefan/ Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?. Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39 – 62.

–: Der Privatrechtsdiskurs der Moderne aus der Sicht des öffentlichen Rechts, in: Grünberger, Michael/ Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, Tübingen 2017, S. 82 – 97.

Li, Tao: Multifunktionalität, Monopol und sektorspezifische Aufsicht. Verwertungsgesellschaften aus interdisziplinärer und rechtsvergleichender Perspektive, Tübingen 2020.

Liebetrau, Marcus: Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit am Beispiel von Entgeltregelungen für Basiskonten, Baden-Baden 2019.

Liebscher, Doris/ Naguib, Tarek/ Plümecke, Tino/ Remus, Juana: Wege aus der Essentialismusfalle – Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, KJ 2012, 204 – 218.

Lindner, Josef F.: Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft, Tübingen 2017.

Löber, Lena I./ Roßnagel, Alexander: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung – Bilanz nach den ersten Transparenzberichten, MMR 2019, 71 – 76.

Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021.

Lomfeld, Bertram: Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, Tübingen 2015.

–: Methoden soziologischer Jurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 1 – 16.

Lorenz, Stephan: Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München 1997.

Lübbe-Wolf, Gertrude: Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.

Lüddemann, *Stefan*: Kunstkritik als Kommunikation. Vom Richteramt zur Evaluationsagentur, Wiesbaden 2004.

Lüdemann, Jörn: Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken – Private Ordnung digitaler Kommunikation unter dem Grundgesetz, MMR 2019, 279 – 284.

Luft, Constantin: Der Methodenstreit in der analytischen Rechtsphilosophie, JURA 2021, 1418 – 1425.

Luhmann, Niklas: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965.

–: Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1 – 31.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Funktionale Methode und Systemtheorie, in: ders., Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, Wiesbaden 1970, S. 31 – 53.

–: Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u.a. 1974.

–: Interaktion, Organisation, Gesellschaft – Anwendungen der Systemtheorie, in: ders., Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, Wiesbaden 1975, 9 – 20.

–: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993.

–: Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1997.

–: Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden 2008 [ursprünglich 2. Aufl. 1983].

–: Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, Berlin 2013.

–: Die Gesellschaft und ihre Organisation, in: ders., Schriften zur Organisation 2. Theorie organisierter Sozialsysteme (hrsg. v. Ernst Lukas und Veronika Tacke), Wiesbaden 2019, S. 451 – 466.

Lutzi, Tobias: Plattformregulierung durch AGB-Kontrolle? – Der Beitrag des Zivilrechts zum Grundrechtsschutz auf Online-Plattformen, VerfBlog, 2021/7/30, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/facebook-agb-kontrolle/.

Macaulay, Stewart: Non-Contractual Relations in Business – A Preliminary Study, American Sociological Review 28 (1963), 55 – 67.

–: An Empirical View of Contract, Wis. L. Rev 1985, 465 – 482.

MacCormick, Neil: Institutions of Law. An Essay in Legal Theory, New York 2007.

MacCormick, Neil/ Weinberger, Ota: Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, Berlin 1985.

–: An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht 1986.

Machura, Stefan: Legitimation durch Verfahren – Was bleibt?, Soziale Systeme 2017, 331 – 354.

MacMahon, Paul: Conflict and Contract Law, Oxford Journal of Legal Studies 38 (2018), 270 – 298.

MacNeil, Ian R.: The many Futures of Contracts, Southern California Law Review 47 (1974), 691 – 816.

–: Relational Contract – What we do and do not know, Wis. L. Rev. 1985, 483 – 525.

Magen, Stefan: Zur Legitimation privaten Rechts, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 229 – 246.

Mager, Ute: Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2003.

Maine, Henry S.: Ancient Law. Its Connection with the early History of Society and its Relation to Modern Ideas (with Introduction and notes by Frederick Pollok), London 1920 [urspr. 1861; urspr. mit Anmerkungen Pollocks 1906].

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, Baden-Baden 2016.

Majer, Christian F.: Das Ende der Privatautonomie? – Zum Kontrahierungszwang bei allgemein dem Publikum zugänglichen Leistungen, JR 2015, 107 – 115.

Mangold, Anna Katharina: Vielfältige Berliner Republik – Die Entwicklung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet, in: Duve, Thomas/ Ruppert, Stefan (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, Berlin 2018, S. 461 – 503.

–: Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierung als Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen, Tübingen 2021.

Martens, Wolfgang: Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), 7 – 42.

Martinek, Michael: Moderne Vertragstypen.

–: Bd. 1: Leasing und Factoring, München 1991.

– Bd. 2: Franchising, Know-how-Verträge, Management- und Consultingverträge, München 1992.

– Bd. 3: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München 1993.

Maultzsch, Felix: Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, JZ 2012, 1040 – 1050.

Mayntz, Renate: Funktionelle Teilsysteme in der Theorie sozialer Differenzierung, in: dies./ Rosewitz, Bernd/ Schimank, Uwe/ Stichweh, Rudolf (Hrsg.), Differenzierung und Verselbstständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme, Frankfurt a.M. 1988, S. 11 – 44.

Meder, Stephan: Interzession und Privatautonomie – Abschied vom Kriterium „struktureller Unterlegenheit" bei den Angehörigenbürgschaften, in: Dammann, Jens/ Grunsky, Wolfgang/ Pfeifer, Thomas (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Manfred Wolf, München 2011, S. 253 – 268.

Mendelsohn, Juliane K.: Die „normative Macht" der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung? – Erfassung und mögliche Grenzen der regulierenden und verhaltenssteuernden Macht von Unternehmen im Digitalen, MMR 2021, 857 – 861.

Menke, Christoph: Kritik der Rechte, Berlin 2015.

Menzel, Birgit/ Wehrheim, Jan: Soziologie Sozialer Kontrolle, in: Kneer, Georg/ Schroer, Markus (Hrsg.), Handbuch Spezielle Soziologien, 2010, S. 509 – 524.

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441 – 446.

–: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235 – 262.

Meyen, Michael: Medialisierung des deutschen Spitzenfußballs – Eine Fallstudie zur Anpassung von sozialen Funktionssystemen an die Handlungslogik der Massenmedien, M&K 2014, 377 – 394.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Michael, Lothar: Gleichheitsrechte als grundrechtliche Prinzipien, in: Sieckmann, Jan-R. (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2007, S. 123 – 150.

Michaels, Ralf: The Re-*State*-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, 51 The Wayne Law Review 1209 – 1259 (2005).

–: Was ist nichtstaatliches Recht? Eine Einführung, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 39 – 56.

Michaels, Ralf/ Jansen, Nils: Private Law Beyond the State? – Europeanization, Globalization, Privatization, in: Jansen, Nils/ Michaels, Ralf (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen 2008, S. 69 – 118.

Michl, Fabian: Die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht, JURA 2017, 1062 – 1076.

–: Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure. Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, JZ 2018, 910 – 918.

–: Verfassungsunmittelbare Diskriminierungsverbote im Privatrecht? – Vorerst nicht!: Zum Nichtannahmebeschluss in Sachen Altershöchstgrenze für die Betriebsrente (1 BvR 684/14), VerfBlog, 2019/9/05, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/verfassungsunmittelbare-diskriminierungsverbote-im-privatrecht-vorerst-nicht/.

Mohr, Jochen: Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht. Domestizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge, Tübingen 2015.

Moldenhauer, Stephanie/ Scherer, Hendrik: Stadionverbote in der sozialen Welt der Fußballfans – Zum Beitrag der Situationsanalyse für die sozialwissenschaftliche Fußballfanforschung, in: Grau, Andreas et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, Weinheim 2017, S. 176 – 192.

Möllers, Thomas M.J.: Working with Legal Principles – demonstrated using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples, ERCL 2018, 101 – 137.

–: Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.

Möllers, Thomas M.J./ Fekonja, Benjamin: Private Rechtssetzung im Schatten des Gesetzes, ZGR 2012, 777 – 816.

Morlok, Martin: Soziologie der Verfassung, Tübingen 2014.

Mörsdorf, Oliver: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 9.3.2012 – V ZR 115/11, JZ 2012, 688 – 692.

–: Ungleichbehandlung als Norm. Eine dogmatische Analyse des unional determinierten Antidiskriminierungsrechts in Deutschland, Tübingen 2018.

Möslein, Florian: Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr – Same same, but different?, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 155 – 171.

–: Private Macht als Forschungsgegenstand der Privatrechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 1 – 22.

Motta, Massimo: Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge 2004.

Muckel, Stefan: Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVdStRL 79 (2020), 245 – 289.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Müller-Franken, Sebastian: Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, AfP 2018, 1 – 14.

Müller-Graff, Peter-Christian: Die horizontale Direktwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2014, 3 – 29.

Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina:

–: Band 1: Allgemeiner Teil. § 1 – 240; AllgPersönlR; ProstG; AGG, 9. Aufl., München 2021.

–: Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022.

–: Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II. §§ 535 – 630h; BetrKV; HeizkostenV; WärmeLV; EFZG; TzBfG; KschG; MiLoG, 9. Aufl., München 2023.

–: Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV. §§ 705 – 853; Partnerschaftsgesellschaftsgesetz; Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl., München 2020.

–: Band 8: Sachenrecht. §§ 854 – 1296; WEG; ErbbauRG, 9. Aufl., München 2023.

Nagelmüller, Mauritius/ Krafka, Alexander: Die Entwicklung des „modernen" Schuldvertragsrechts aus rechtssoziologischer Sicht, JURA 2013, 762 – 772.

Nassehi, Armin: Differenzierungsfolgen. Beiträge zur Soziologie der Moderne, Opladen u.a. 1999.

Nees, Thorsten: Der Verbandsstrafenregress im Nachgang an störendes Zuschauerverhalten. Eine kritische Überprüfung der Inregressnahme des störenden Zuschauers durch den mit einer verbandsgerichtlichen Geldstrafe belegten Fußballverein, Baden-Baden 2019.

Neuberger, Christoph: Meinungsmacht im Internet aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive, UFITA 2018, 53 – 68.

Neuner, Jörg: Privatrecht und Sozialstaat, München 1999.

–: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 – 66.

–: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020.

–: Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 – 1855.

Nicklisch, Fritz: Der verbandsrechtliche Aufnahmezwang und die Inhaltskontrolle satzungsmäßiger Aufnahmevoraussetzungen, JZ 1976, 105 – 113.

–: Der komplexe Langzeitvertrag, Heidelberg 1987.

Nipperdey, Hans C.: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920.

–: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121 – 128.

–: Grundrechte und Privatrecht – Eine Universitätsrede, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Molitor. 3. Oktober 1961, München 1962, S. 17 – 33.

Nogler, Luca/ Reifner, Udo (Hrsg.), Life Time Contracts. Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law, Den Haag 2014.

Nogler, Luca/ Reifner, Udo: The Contractual Concept of Life Time Contracts under Scrutiny, in: Ratti, Luca (Hrsg.), Embedding the Principle of Life Time Contracts. A Research Agenda for Contract Law, Den Haag 2018, S. 3 – 26.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nolte, Martin: Vereinbartes Recht am Beispiel der lex sportiva – Wechselwirkungen zwischen „lex sportiva" und „lex extra sportiva", in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 107 – 118.

Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Dauner-Lieb, Barbara/ Heidel, Thomas/ Ring, Gerhard:

–: Band 1: Allgemeiner Teil; EGBGB, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.

Nonet, Philippe/ Selznick, Philip: Law & Society in Transition. Towards Responsive Law, New York 1978.

Oechsler, Jürgen: Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik, RabelsZ 60 (1996), 93 – 124.

–: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997.

Oeter, Stefan: „Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts – Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 119 (1994), 529 – 563.

Orth, Jan F.: Vereins- und Verbandsstrafen am Beispiel des Fußballsports, Frankfurt a.M. 2009.

Orth, Jan F./ Schiffbauer, Björn: Die Rechtslage beim bundesweiten Stadionverbot, RW 2011, 177 – 217.

Payandeh, Mehrdad: Grundrechtsschutz im öffentlichen Kommunikationsraum, JR 2011, 421 – 424.

Peltzer, Justus: WM 2006: Einschränkungen der Fankultur durch neue Überwachungsmechanismen, in: Eick, Volker/ Sambale, Jens/ Töpfer, Eric (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität. Zur Neoliberalisierung städtischer Sicherheitspolitik, Bielefeld 2007, S. 285 – 300.

Peukert, Alexander: Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Tübingen 2012.

Pflug, Hans-Joachim: Allgemeine Geschäftsbedingungen und „Transparenzgebot", AG 1992, 1 – 19.

Picker, Eduard: Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540 – 545.

Pilz, Gunter A.: Zuschauergewalt im Fußball – Vorurteile und Diskriminierung: Hooligans, Ultras und Hooltras, in: Strauß, Bernd (Hrsg.), Sportzuschauer, Göttingen u.a. 2012, S. 214 – 239.

Pilz, Gunther A./ Wölki, Franciska: Ultraszene in Deutschland, in: Pilz, Gunther A. et al. (Hrsg.), Wandlungen des Zuschauerverhaltens im Profifußball, Schorndorf 2006, S. 63 – 238.

Piras, Gabriella: Virtuelles Hausrecht?. Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit, Tübingen 2016.

Pistor, Katharina: Der Code des Kapitals. Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft, Berlin 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Podszun, Rupprecht: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf die Regulierung von Spielervermittlern durch Sportverbände, NZKart 2021, 138 – 147.

Popitz, Heinrich: Phänomene der Macht, Tübingen 1992.

Poscher, Ralf: Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.

Poscher, Ralf/ Rux, Johannes/ Langer, Thomas: Von der Integration zur Inklusion. Das Recht auf Bildung aus der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und seine innerstaatliche Umsetzung, Baden-Baden 2008.

Pöschl, Magdalena: Gleichheit vor dem Gesetz, Wien 2008.

–: Rezension zu Michael Grünberger: Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, RW 2016, 51 – 61.

Preisendörfer, Peter: Organisation und Individuum – Das Spannungsverhältnis zwischen individuellen und korporativen Akteuren in der asymmetrischen Gesellschaft, in: Apelt, Maja/ Wilkesmann, Uwe (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, Wiesbaden 2015, 143 – 155.

Preyer, Gerhard: Rolle, Status, Erwartungen und soziale Gruppe. Mitgliedschaftstheoretische Reinterpretationen, Wiesbaden 2012.

Raiser, Ludwig: Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg/Ts. 1977, S. 1 – 21 [ursprünglich veröffentlicht in ZHR 111 (1948), 75].

–: Vertragsfreiheit heute, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg/Ts. 1977, S. 38 – 61 [ursprünglich veröffentlicht in JZ 1958, 1].

–: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg/Ts. 1977, S. 62 – 97 [ursprünglich veröffentlicht in FS DJT 1960, Bd. 1, S. 101].

–: Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg/Ts. 1977, S. 124 – 144 [ursprünglich veröffentlicht in Summum ius – summa iniuria, 1963, S. 145].

–: Die Zukunft des Privatrechts, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronberg/Ts. 1977, S. 208 – 234 [ursprünglich veröffentlicht als Die Zukunft des Privatrechts. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft am 21. April 1971].

Raiser, Thomas: Der Begriff der juristischen Person – Eine Neubestimmung, AcP 199 (1999), 104 – 144.

–: Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen 2013.

Raue, Benjamin: Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken. Ansprüche von Nutzern sozialer Netzwerke gegen die Löschung ihrer Beiträge, JZ 2018, 961 – 970.

–: Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209 – 215.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rehbinder, Manfred: Status, Contract, and the Welfare State, Stanford Law Review 23 (1971), 941 – 955.

–: Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2014.

Reimer, Franz: Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.

Reinelt, André: Die Aufgabe eines modernen Wettbewerbsrechts – vom more economic approach zu einer soziologischen Sichtweise, in: Hetmank, Sven/ Rechenberg, Constantin (Hrsg.), Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, Baden-Baden 2019, S. 173 – 192.

Renner, Moritz: Die „Natur des Vertrags" nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB – Soziologische Maßstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), 677 – 717.

–: Einleitung zu „Private Macht", in: Grundmann, Stefan/ Micklitz, Hans-W./ Renner, Moritz (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, S. 1029 – 1039.

–: Einleitung zu „Private Ordnung", in: Grundmann, Stefan/ Micklitz, Hans-W./ Renner, Moritz (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Tübingen 2015, S. 1929 – 1939.

–: Private Macht zwischen Privatrecht und Gesellschaftstheorie, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 505 – 528.

Repgen, Tilman: Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: ders./ Lobinger, Thomas/ Hense, Ansgar (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 11 – 98.

Ridder, Helmut: Die soziale Ordnung des Grundgesetzes. Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung, Opladen 1975.

Riesenhuber, Karl: Privatautonomie – Rechtsprinzip oder „mystifizierendes Leuchtfeuer", ZfPW 2018, 352 – 368.

–: Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung?, AcP 219 (2019), 892 – 923.

Risch-Kerst, Mandy: Gefahren durch Fans: Rechtliche Verantwortung & Haftung des Sportveranstalters bei Großevents, in: Schneider, André/ Köhler, Julia/ Schumann, Frank (Hrsg.), Fanverhalten im Sport. Phänomene, Herausforderungen und Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 111 – 135.

Rittner, Fritz: Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101 – 139.

–: Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, 269 – 274.

Rixen, Stephan: Das Grundrecht auf glaubenskonforme Gewährung von Sozialleistungen – Zugleich ein Beitrag zu den Leistungsgrundrechten des Grundgesetzes, DVBl. 2018, 906 – 915.

Rochet, Jean-Charles/ Tirole, Jean: Platform Competition in Two-Sided Markets, 1 J. Eur. Econ. Association 990 – 1029 (2003).

Röcken, Michael: Entwicklung des Vereinsrechts, MDR 2018, 1097 – 1103.

Rödl, Florian: Privatrecht und Gesellschaftsverfassung – Zur logischen Rolle der Grundrechte im Privatrecht, in: Hauer, Matti et al. (Hrsg.), Macht im Zivilrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2012, Stuttgart/ München 2013, S. 375 – 395.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2015.

Rogler, Anna: Inklusive Immaterialgüterrechte, Berlin 2020.

Rohe, Mathias: Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen 1998.

Röhl, Klaus F.: Rechtssoziologie, Stand: Oktober 2016, abrufbar unter https://rechtssoziologie-online.de.

Röhl, Klaus F./ Röhl Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., München 2008.

Röhricht, Volker/ Graf von Westphalen, Friedrich/ Haas, Ulrich (Hrsg.): Handelsgesetzbuch. Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderen Handelsverträgen und internationalem Vertragsrecht (ohne Bilanz-, Transport- und Seerecht), 5. Aufl., Köln 2019.

Rölli, Marc: Vorüberlegungen zu einer Philosophie der privaten Macht – im Ausgang von einigen allgemeinen Bemerkungen zum philosophischen Stand der Machttheorie, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, S. 83 – 90.

Roose, Jochen/ Schäfer, Mike S: Fans als partizipierendes Publikum?, in: Internetportal „Sozialwissenschaftliche Fußballforschung", 2006, S. 1 – 26, abrufbar unter: https://www.uzh.ch/cmsssl/ikmz/dam/jcr:045eae08-0420-4ad6-aa98-1dacecde1ead/4_21.pdf.

–: Fans und Partizipation, in: Roose, Jochen/ Schäfer, Mike S./ Schmidt-Lux, Thomas (Hrsg.), Fans. Soziologische Perspektiven, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 319 – 342.

Roose, Jochen/ Schäfer, Mike S./ Schmidt-Lux, Thomas: Einleitung. Fans als Gegenstand soziologischer Forschung, in: dies. (Hrsg.), Fans. Soziologische Perspektiven, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, S. 1 – 18.

Rosenstock, Julika/ Singelnstein, Tobias/ Boulanger, Christian: Versuch über das Sein und Sollen der Rechtsforschung. Bestandsaufnahme eines interdisziplinären Forschungsfeldes, in: Boulanger, Christian/ Rosenstock, Julika/ Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, S. 3 – 29.

Roßnagel, Alexander: Technik, Recht und Macht – Aufgabe des Freiheitsschutzes in Rechtsetzung und -anwendung im Technikrecht, MMR 2020, 222 – 228.

Roth, Wulf-Henning: Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: Due, Ole (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 1231 – 1247.

Röthel, Anne: Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, 755 – 763.

–: Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung – ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Tübingen 2017, S. 91 – 115.

Ruffert, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.

–: Common sense statt strikte Dogmatik? – Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten, VerfBlog 2018/4/30, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/common-sense-statt-strikte-dogmatik-zutreffendes-aus-karlsruhe-zu-stadionverboten/.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rusteberg, Benjamin: Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009.

Rüthers, Bernd: Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen. Ein Beitrag zur politisch-kritischen Funktion der Rechtswissenschaft, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1970.

Sachs, Michael: Ist es sinnvoll, von Gleichheitssätzen „in Verbindung mit" anderen Vorschriften (insbesondere Freiheitsgrundrechten) zu sprechen?, in: Kempny, Simon/ Reimer, Philipp (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute. Beiträge und Ergebnisse, Tübingen 2017, S. 107 – 131.

–: (Hrsg.): Grundgesetz: GG. Kommentar, 9. Aufl., München 2021.

Sagy, Tehila: What's so Private about Private Ordering?, 45 Law & Society Review 923 – 954 (2011).

Sahm, Philipp: Elemente der Dogmatik, Weilerswist 2019.

Schäfer, Hans-Bernd/ Ott Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2020.

Schepel, Harm: The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets, Oxford u.a. 2005.

Scherr, Albert: Diskriminierung und soziale Ungleichheit – Erfordernisse und Perspektiven einer ungleichheitsanalytischen Fundierung von Diskriminierungsforschung und Antidiskriminierungsstrategien, in: Hormel, Ulrike/ Scherr, Albert (Hrsg.), Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse, Wiesbaden 2010, S. 35 – 60.

Scherzinger, Johannes: 50+1-Regel, Kooperationen und Informationsaustausch – mehr Kartellrecht für die Bundesliga, NZKart 2020, 496 – 502.

Schimank, Uwe: in: Mayntz, Renate/ Rosewitz, Bernd/ Schimank, Uwe/ Stichweh, Rudolf (Hrsg.), Differenzierung und Verselbstständigung. Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme, Frankfurt a.M. 1988, S. 181 – 232.

–: Gesellschaftliche Differenzierungsdynamiken – ein Fünf-Fronten-Kampf, in: Schwinn, Thomas/ Kroneberg, Clemens/ Greve, Jens (Hrsg.), Soziale Differenzierung. Handlungstheoretische Zugänge in der Diskussion, Wiesbaden 2011, S. 261 – 284.

–: Gesellschaft, Bielefeld 2013.

Schimank, Uwe/ Schöneck, Nadine M.: Sport im Inklusionsprofil der Bevölkerung Deutschlands – Ergebnisse einer differenzierungstheoretisch angelegten empirischen Untersuchung, Sport und Gesellschaft – Sport and Society 2006, 5 – 32.

Schirmer, Jan-Erik: Nachhaltiges Privatrecht, Tübingen 2023.

Schmalenbach, Kirsten: Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts, VVdStRL 76 (2017), 245 – 276.

Schmid, Walter: Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, Berlin 1983.

Schmidt, Katharina I.: Henry Maine's "Modern Law": From Status to Contract and Back Again?, 65 The American Journal of Comparative Law 145 – 186 (2017).

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access - (cc) BY

Schmidt, Jan-Hinrik/ Merten, Lisa/ Hasebrink, Uwe/ Petrich, Isabelle/ Rolfs, Amelie: Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 40, März 2017, S. 1 – 107.

Schmidt, Karsten: Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2006), 169 – 204.

–: Sachenrecht und Verfassungsrecht: Hausverbot – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.5.2020 – V ZR 275/18, JuS 2020, 979 – 981.

Schmidt, Volker H.: Die Systeme der Systemtheorie – Stärken, Schwächen und ein Lösungsvorschlag, Zeitschrift für Soziologie 2005, 406 – 424.

Schmidt, Walter: Gesellschaftliche Machtbildung durch Verbände, Der Staat 17 (1978), 244 – 271.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Erichsen, Hans-Uwe et al. (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1985, S. 107 – 123.

–: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 7 – 40.

Schmidt-Kessel, Martin: Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050, in: Beyer, Elena/ Erler, Katharina/ Hartmann, Christoph/ Kramme, Malte/ Müller, Michael F./ Pertot, Tereza/ Tuna, Elif/ Wilke, Felix M. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft. Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, S. 9 – 31

Schmidt-Kessel, Martin/ Grimm, Anna: Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 – 108.

Schmitt, Carl: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.

Schmitt, Linus: Das bundesweite Fußball-Stadionverbot. Eine rechtliche Untersuchung mit Praxishinweisen für Fußballvereine und Betroffene, Frankfurt a.M. 2013.

Schmolke, Klaus U.: Vertragstheorie und ökonomische Analyse des Vertragsrechts, in: Towfigh, Emanuel/ Petersen, Niels, Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen, 2. Aufl., Tübingen 2017, S. 131 – 162.

Schnabel, Astrid: Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?. Reichweite und Grenzen des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs des Antidiskriminierungsrechts am Beispiel der Entscheidungen Coleman (C-303/06) und Feryn (C-54/07) des EuGH, Baden-Baden 2014.

Schönberger, Christian: Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs. Zur Frage der Heranziehung außerkartellrechtlicher Rechtsverstöße zur Begründung des Missbrauchsvorwurfs, Tübingen 2022.

Schönberger, Sophie: Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für die Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, VVDStRL 79 (2020), 291 – 318.

Schulze, Götz: Der Zuschauervertrag, JURA 2011, 481 – 490.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Das private Hausrecht – Schutzrecht für die Gebrauchsnutzung von Räumen, JZ 2015, 381 – 391.

Schuppert, Gunnar F.: Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011.

–: Rechtswissenschaft als Regelungswissenschaft, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, Tübingen 2019, S. 31 – 58.

Schwab, Dieter: From Status to Contract? – Aspekte der Vertragsfreiheit im Familienrecht im Lichte seiner Reformen, DNotZ Sonderheft 2001, 9 – 42.

Schwabe, Jürgen: Die sogenannte Drittwirkung. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971.

Schwarcz, Steven L.: Private Ordering, 97 Northwestern University Law Review 319 – 349 (2002).

Schweitzer, Doris: Rechtssoziologie versus „Recht in der Soziologie". Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie aus soziologiegeschichtlicher Perspektive, juridikum 2018, 210 – 221.

Schweitzer, Heike: Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.7.2012 im Fall Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (Rs. C-171/11), EuZW 2012, 765 – 770.

–: Digitale Plattformen als private Gesetzgeber – Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung", ZEuP 2019, 1 – 12.

–: Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 220 (2020), 544 – 586.

Schwinn, Thomas: Staatliche Ordnung und moderne Sozialintegration, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 2001, 211 – 232.

Selznick, Philip: „Law in Context" Revisited, 30 Journal of Law and Society 177 – 186 (2003).

Sen, Amartya: Gleichheit? Welche Gleichheit?, Ditzingen 2019 [ursprünglich 1979].

Seyb, Alexander: Autonomie der Sportverbände. Eine Untersuchung zu wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Sportverbandsautonomie insbesondere im Verhältnis gegenüber Dritten, Tübingen 2020.

Seyderhelm, Maximilian: Grundrechtsbindung Privater, Baden-Baden 2021.

Sheplyakova, Tatjana: Prozeduralisierung des Rechts – Tema con Variazioni in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 1 – 54.

Siara, Carsten: Der Medienstaatsvertrag und die „neuen" Medien – Neue Adressaten der deutschen Medienregulierung, MMR 2020, 523 – 526.

Siehr, Angelika: Das Recht am öffentlichen Raum. Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Tübingen 2016.

Simitis, Spiros: Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt a.M. 1957.

Singer, Reinhard: Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Singh, Spandana: Everything in Moderation. An Analysis of How Internet Platforms Are Using Intelligence to Moderate User-Generated Content, New America 2019, abrufbar unter: https://www.newamerica.org/oti/reports/everything-moderation-analysis-how-internet-platforms-are-using-artificial-intelligence-moderate-user-generated-content.

Smets, Christoph: Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge? – Zur Aufhebung eines Hausverbots für eine Versammlung auf privatem Grund, NVwZ 2016, 35 – 38.

–: Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 – 37.

Sommerey, Marcus: Die Jugendkultur der Ultras. Zur Entstehung einer neuen Generation von Fußballfans, Stuttgart 2010.

Specht, Louisa: Diktat der Technik. Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Bürgerlichem Recht und Urheberrecht, Baden-Baden 2019.

Spindler, Gerald: Transnationalisierung und Renationalisierung des Rechts im Internet, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 193 – 223.

–: Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke – Eine Untersuchung der zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, CR 2019, 238 – 247.

–: Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act (Teil 1), GRUR 2021, 545 – 553.

Sprafke, Susanne: Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang. Vertragsabschlusspflichten aus § 21 AGG im System der Kontrahierungspflichten, Kassel 2013.

Staake, Marco: Stadionverbote und Grundrechtsschutz, SpuRt 2018, 138 – 143.

Stadler, Max: Integration durch Recht, in: Barwig, Klaus/ Beichel-Benedetti, Stephan/ Brinkmann, Gisbert (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, Baden-Baden 2011, S. 31 – 35.

Starck, Christian: Die Grundrechte des Grundgesetzes – Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1981, 237 – 246.

Stark, Alexander: Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020.

Stark, Carsten: Zur Einführung: Der Funktionalismus und die Frage nach der Methodologie, in: Jetzkowitz, Jens/ Stark, Carsten (Hrsg.), Soziologischer Funktionalismus. Zur Methodologie einer Theorietradition, Opladen 2003, S. 7 – 16.

Starke, Max Fabian: EU-Grundrechte und Vertragsrecht, Tübingen 2016.

Staudinger BGB: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

–: Buch 1: Allgemeiner Teil. §§ 21 – 79 (Vereine), Berlin 2019.

–: Buch 1: Allgemeiner Teil. §§ 139 – 163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Berlin 2020.

–: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 305 – 310; UKlaG (AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz), Berlin 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

–: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 311, 311a – c (Vertragsschluss), Berlin 2018.

–: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 662 – 675b (Auftrag und Geschäftsbesorgung), Berlin 2017.

–: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 826 – 829; ProdHaftG (Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzurechnungsfähigkeit und Produkthaftung, Berlin 2018.

–: Buch 3: Sachenrecht. Einleitung zum Sachenrecht; §§ 854 – 882 (Besitz und Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Berlin 2018.

–: Buch 3: Sachenrecht. §§ 985 – 1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Berlin 2019.

Steinbach, Marius: Stadionverbote im Lichte der Verfassung. Ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtswirkung im Privatrecht, Frankfurt a.M. 2022.

Steinbeis, Maximilian: Fraport-Urteil des BVerfG: Öffentlicher Raum, VerfBlog vom 22.02.2011, abrufbar unter: https://verfassungsblog.de/fraporturteil-des-bverfg-ffentlicher-raum/.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988.

Stichweh, Rudolf: Inklusion / Exklusion, funktionale Differenzierung und die Theorie der Weltgesellschaft, Soziale Systeme 3 (1997), 123 – 136.

–: Inklusion und Exklusion. Studien zur Gesellschaftstheorie, 2. Aufl., Bielefeld 2016.

Stopper, Martin: „Fußball-Rechte", in: Stopper, Martin/ Lentze, Gregor (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht. Rechte – Vermarktung – Organisation, 2. Aufl., Berlin 2018, S. 3 (Rn. 1 – 45).

Strauß, Bernd: Die Welt der Sportzuschauer, in: ders. (Hrsg.), Sportzuschauer, Göttingen u.a. 2012, S. 7 – 18.

Streinz, Rudolf/ Leible, Stefan: Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 – Angonese, EuZW 2000, 459 – 467.

Stürner, Michael: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010.

Stürner, Rolf: Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, 10 – 24.

–: Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), 7 – 54.

–: Europäisches Vertragsrecht, Berlin 2021.

Suhr, Dieter: Freiheit durch Geselligkeit – Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, EuGRZ 1984, 529 – 546.

Swedberg, Richard: Grundlagen der Wirtschaftssoziologie. Herausgegeben und eingeleitet von Andreas Maurer, Wiesbaden 2009.

Tacke, Veronika/ Drepper, Thomas: Soziologie der Organisation, Wiesbaden 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tamm, Marina/ Tonner, Klaus/ Brönneke, Tobias (Hrsg.), Verbraucherrecht. Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung – Beratungshandbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2020.

Teubner, Gunther: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung. Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände, Tübingen 1978.

–: Zu den Regelungsproblemen der Verbände – Neo-Korporatismus und innerverbandliche Opposition, JZ 1978, 545 – 548.

–: Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214 ff.), KritV 2000, 383 – 404.

–: Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law, 9 Social & Legal Studies 399 – 417 (2000).

–: Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Baden-Baden 2004.

–: Die anonyme Matrix – Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private" transnationale Akteure, Der Staat 44 (2006), 161 – 187.

–: In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting, 8 Theoretical Inquiries in Law 51 – 71 (2007).

–: Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin 2012.

–: Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: Grundmann, Stefan/ Thiessen, Jan (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich/ Law in the Context of Disciplines. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis/ Interdisciplinary Approaches in Legal Academia and Practice, Tübingen 2015, S. 145 – 168.

–: Paradoxien soziologischer Jurisprudenz, in: Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft. Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 227 – 241.

–: Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte – Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension, in: Fischer-Lescano, Andreas/ Franzki, Hannah/ Horst, Johan (Hrsg.), Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts, Tübingen 2018, S. 357 – 375.

Thalheim, Vinzenz: Doppeltes Hausrecht: Gastierende Fans im Heimblock, in: Schneider, André/ Köhler, Julia/ Schumann, Frank (Hrsg.), Fanverhalten im Sport. Phänomene, Herausforderungen und Perspektiven, Wiesbaden 2017, S. 93 – 109.

–: Ultras – Was hat das noch mit Fußball zu tun? – Zur szeneorientierten Teilnahme am Stadion-Event, ZJJ 2019, 113 – 120.

–: Tribünenpraktiken von Ultrafans im Fußballstadion: Von Zuschauer*innen zu Mitmacher*innen, in: Thole, Werner/ Pfaff, Nicolle/ Flickinger, Hans-Gregor (Hrsg.), Fußball als Soziales Feld. Studien zu Sozialen Bewegungen, Jugend- und Fankulturen, Wiesbaden 2019, S. 49 – 62.

Thams, Christian: Politische Positionierung von Unternehmen und Marken in der Praxis, in: Kemming, Jan D./ Rommerskirchen, Jan (Hrsg.), Marken als politische Akteure, Wiesbaden 2019, S. 175 – 187.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Thormann, Lutz: in: Häußer, Ulrike/ Merkel, Marcus (Hrsg.), Vergnügen in der DDR, Berlin 2009, S. 385 – 403.

Tischbirek, Alexander: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Tübingen 2017.

Tolmein, Oliver: Inklusion als Herausforderung für die Rechts- und Bildungspolitik, ZRP 2014, 177 – 181.

Towfigh, Emanuel V./ Petersen, Niels: Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl., Tübingen 2017.

Traub, Stefan: Perspectives for a Theory of Need-Based Distributive Justice, in: ders./ Kittel, Bernhard (Hrsg.), Need-Based Distributive Justice. An Interdisciplinary Perspective, Cham 2020, S. 1 – 20.

Trute, Hans-Heinrich: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl. 1996, 950 – 964.

Tschorr, Sophie: Soziale Netzwerke als Akteure für ein „besseres Internet"? – Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Praxis, MMR 2021, 204 – 208.

Türk, Klaus: „Die Organisation der Welt". Herrschaft durch Organisation in der modernen Gesellschaft, Opladen 1995.

Tyrell, Hartmann: Zur Diversität der Differenzierungstheorie – Soziologische Annäherungen, Soziale Systeme 4 (1998), 119 – 149.

Valero, Alfonso: In search of a working notion of *lex sportiva*, Int Sports Law J 2014, 3 – 11.

van Aaken, Anne: Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft – eine Skizze, in: Jestaedt, Matthias/ Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008, S. 79 – 104.

Verschraegen, Gert: Differentiation and Inclusion – A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights, in: Madsen, Mikael R./ Verschraegen, Gert (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, Oxford 2013, S. 61 – 80.

Vesting, Thomas: Rechtstheorie. Ein Studienbuch, 2. Aufl., München 2015.

–: Die Rundfunkfreiheit und die neue Logik der „Content-Curation" in elektronischen Netzwerken, JZ 2020, 975 – 982.

Vesting, Thomas/ Korioth, Stefan/ Augsberg, Ino: Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 1 – 14.

Viellechner, Lars: Transnationalisierung des Rechts, Weilerswist 2013.

–: Die transnationale Dimension der Grundrechte, in: Vesting, Thomas/ Korioth, Stefan/ Augsberg, Ino (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung. Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014, S. 295 – 316.

Völzmann, Berit: Freiheit und Grenzen digitaler Kommunikation – Digitale Gewalt als Herausforderung der bisherigen Meinungsfreiheitsdogmatik, MMR 2021, 619 – 624.

von Bressensdorf, Tobias: Das private „Hausrecht", Baden-Baden 2020.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von der Pfordten, Dietmar: Was ist und wozu Rechtsphilosophie?, JZ 2004, 157 – 166.

von Münch, Ingo/ Kunig, Philip (Begr.): Grundgesetz-Kommentar (hrsg. v. Kämmerer, Axel/ Kotzur, Markus), Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., München 2021.

Voßkuhle, Andreas: Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht, in: Bruns, Alexander et al. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Tübingen 2013, S. 79 – 92.

Wagner, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 – 476.

–: Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/ Hager, Günther (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010, S. 13 – 87.

–: Zivilrechtswissenschaft heute – Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, Tübingen 2018, S. 67 – 182.

Wahl, Rainer: Lüth und die Folgen – Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung, in: Henne, Thomas/ Riedlinger, Arne (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005, S. 371 – 397.

Waldherr, Annie: Öffentlichkeit als komplexes System – Theoretischer Entwurf und methodische Konsequenzen, M&K 2017, 534 – 549.

Waldhoff, Christian: Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof, Gregor/ Magen, Stefan/ Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?. Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 17 – 37.

Walker, Wolf-Dietrich: Bundesweite Stadionverbote auf dem Prüfstand des Zivilrechts, in: Gödicke, Patrick/ Hammen, Horst/ Schur, Wolfgang/ Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.), Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2010, S. 491 – 505.

Wandtke, Artur-A./ Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht. UrhG, UrhDaG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, Portabilitäts-VO, 6. Aufl., München 2022.

Weber, Hubertus: Die urheberrechtliche Zwangslizenz, Baden-Baden 2018.

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie (hrsg. v. Winckelmann, Johannes), 5. Aufl., Tübingen 1980 [ursprünglich 1922].

–: Max Weber-Studienausgabe Recht. Band I/22,3: Wirtschaft und Gesellschaft (hrsg. v. Werner Gephardt und Georg Hermes), Tübingen 2014.

Weber, Ralph: Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516 – 567.

Weinberger, Ota: Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie, Stuttgart 1987.

–: Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus, ARSP 76 (1990), 100 – 118.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weinzierl, Quirin: Warum das Bundesverfassungsgericht Fußballstadion sagt und Soziale Plattformen trifft, JuWissBlog Nr. 48/2018 vom 24.05.2018, abrufbar unter: https://www.juwiss.de/48-2018/.

Weller, Marc-Philippe/ Schulz, Alix/ Smela, Jana: Hausverbote im Privatrecht, JuS 2021, 722 – 727.

Wendland, Matthias: Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit. Subjektive und objektive Gestaltungskräfte im Privatrecht am Beispiel der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Tübingen 2019.

–: Sonderprivatrecht für Digitale Güter – Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa, ZVglRWiss 118 (2019), 191 – 230.

Wheeler, Sally: Visions of Contract, Journal of Law and Society 44 (2017), S74 – S92.

Wiater, Patricia: Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz – Das Kölner Beschneidungsurteil, NVwZ 2012, 1379 – 1382.

–: Verwaltungsverfahren durch Private? Ein neuer Blick auf grundrechtsdogmatische Folgen des Stadionverbots-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2020, 379 – 388.

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967.

Wielsch, Dan: Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, Baden-Baden 2001.

–: Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008.

–: Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, in: Calliess, Gralf-Peter et al. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S. 395 – 414.

–: Differenzierungen des Eigentums – Zur Entwicklung eines rechtlichen Grundbegriffs, in: Keller, Stefan et al. (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie. Festschrift für Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich/ St. Gallen 2012, S. 329 – 353.

–: Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718 – 759.

–: Die Vergesellschaftung rechtlicher Grundbegriffe. Vom Universalismus zum Multilateralismus in der Rechtserzeugung am Beispiel des Eigentums, ZfRSoz 38 (2018), 304 – 337.

–: Die Ordnung der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: Eifert, Martin/ Gostomzyk, Tobias (Hrsg.), Netzwerkrecht. Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden 2018, S. 61 – 94.

–: Medienregulierung durch Persönlichkeits- und Datenschutzrechte, JZ 2020, 105 – 114.

–: Gleichheitsdimensionen im Privatrecht – Übersetzungen zwischen Recht, Gesellschaft und Technik, in: Grundmann, Stefan/ Thiessen, Jan (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit. Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, Tübingen 2021, S. 125 – 157.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wienbracke, Mike: Zur Ausstrahlung des allgemeinen Gleichheitssatzes in das Zivilrecht – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 11.3.2018 – 1 BvR 3080/09, EWiR 2018, 495 f.

Williamson, Oliver E.: Markets and Hierarchies. Analysis and Antitrust Implications – a study in the economics of internal organization, New York 1975.

Willke, Helmut: Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie. Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Berlin 1975

Winands, Martin: Interaktionen von Fußballfans. Das Spiel am Rande des Spiels, Wiesbaden 2015.

Windeler, Arnold: Organisationen in der radikalisierten Moderne – Herausforderungen, in: Apelt, Maja/ Wilkesmann, Uwe (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, Wiesbaden 2015, 173 – 188.

Winter, Gerd: Transnationale informelle Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtstaatlichkeit, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 95 – 112.

Wolf, Klaus D.: Private Akteure als Normsetzer – Politikwissenschaftliche Fragestellungen und Perspektiven, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012, S. 187 – 205.

Wolf, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.

–: Gleichbehandlungsgrundsatz und privatrechtliches Teilhaberecht, in: Bauer, Fritz (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 597 – 619.

Wollenschläger, Ferdinand: Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung, Tübingen 2010.

Wrase, Michael: Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, Berlin 2016.

–: Rechtswirkungsforschung revisited – Stand und Perspektiven der rechtssoziologischen Wirkungsforschung, in: Boulanger, Christian/ Rosenstock, Julika/ Singelnstein, Tobias (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis, Wiesbaden 2019, S. 127 – 141.

Zöllner, Wolfgang: Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1 – 36.

Zumbansen, Peter: The Law of Society: Governance Through Contract, 14 Indiana Journal of Global Legal Studies 191 – 233 (2007).

–: Methodologie und Legitimation – Transnationales Recht als Politische Rechtstheorie, in: Calliess, Gralf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 557 – 583.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sonstige Quellen

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI): Verfassungsschutzbericht 2020.

Eule, Tobias: Soziologie als Rechtswissenschaft, Law & Society Podcast des Research Institute Law & Society (LSI) der HU Berlin vom 20.09.2020, abrufbar unter: https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/lsi/veranstaltungen/law-society-podcast-1.

Facebook: Gemeinschaftsstandards, abrufbar unter: https://de-de.facebook.com/communitystandards/objectionable_content.

–: NetzDG-Transparenzbericht, 2021.

Podiumsdiskussion „Paternalisierung des Privatrechts? Die Stadionverbotsentscheidung" vom 01.02.2019 zwischen *Friederike Wapler* und *Gerhard Wagner*, abrufbar unter https://www.kas.de/de/veranstaltungen/detail/-/content/berliner-jahresruckblick-auf-die-rechtsprechung-des-bundesverfassungsgerichts.

Raiser, Thomas: Ludwig Raiser, in: Neue Deutsche Biographie (NDB), Bd. 21, Berlin 2003, S. 123 f.

Rückert, Joachim: Abgrenzungen – Aber welche Rechtswissenschaft von welcher Soziologie?, Vortrag vom 18.11.2021 am Hamburger Institut für Sozialforschung (HIS), abrufbar unter: https://vimeo.com/654865308.

Zentrale Informationsstelle Sporteinsätze (ZIS): Jahresbericht Fußball Saison 2020/21. Berichtszeitraum 01.07.2020 – 30.06.2021, Stand: 14.10.2021.

https://doi.org/10.5771/9783748942108 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -