

André Reinelt

Soziale Inklusion

Der allgemeine Gleichheitssatz als
Zugangsregel im Vertragsrecht



Nomos

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

André Reinelt

Soziale Inklusion

Der allgemeine Gleichheitssatz als
Zugangsregel im Vertragsrecht



Nomos

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.

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*

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

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 Terme	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

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

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

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

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

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

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

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

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

