

§ 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 gefährden. 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 gemischt-typischen 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.

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 Bundesverfassungsgerichts²³⁶⁹ 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 Gerechtigkeitsstopoi.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.

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 Stadionelebnis. 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.

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.

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 Vertrages²³⁸² abgebildet werden. Re-spezifiziert 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.

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 Jugendkultur 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 Handlungsverpflichtungen 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.

rung und Möglichkeit der Gegendarstellung – als „Kampfmittel“ innerhalb des Hegemonie-Spiels²³⁸⁷ 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.

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-strukturbezogene 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 Konstitutionalismus 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.

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 *procedural 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.

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 Rechtsfolgenrechte nicht hinreichend reponsiv. Auf Rechtsfolgenrechte 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 Rechtsfolgenrechte 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 Rechtsfolgenrechte dazu geeignet ist, die im verbandsrechtlichen Aufnahme-

2400 § 8 III 2.

2401 § 8 IV 1.

2402 § 8 III 3, IV 3.

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 Grundrechtsdimensionen²⁴⁰³ und die Akzentuierung einer auch kollektiven Dimension der Grundrechte²⁴⁰⁴ 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.

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 getroffene 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.

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 vertretener 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 Konstitutionalisierung²⁴¹⁴ – 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 vertretener 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.

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 vertretenen 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 zu dem, dass der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt der Teilhabedimension abgesichert wird. Dadurch wird der grundrechtliche 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 *procedural 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 erfasst werden. Dabei

2417 § 9 VI.

2418 § 9 VI 3 b; vgl. auch § 7 II 4.

2419 § 9 VI 3 a, d.

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 Vertragstheorien²⁴²² 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.

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.