

§ 1 Einleitung

I. Kontextualisierung

1. Der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts ...

Der Stadionverbotsbeschluss¹ 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 Ultraduppe der Münchener Schickeria. Er besaß eine Dauerkarte für Spiele des FC Bayern München. Der damals Sechzehnjährige besuchte das zuvor genannte Fußballspiel. Nach dem Spiel traf die etwa 80 Personen umfassende Ultraduppe 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, I BvR 3080/09 – *Stadionverbot*.

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

§ 1 Einleitung

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, privat autonome 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 sind⁶ – 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 Drittewirkung 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) zu-recht 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.

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 „Uausweichlichkeit 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 Bürgschaftsfall¹⁴ – gegenübergestellt wird.¹⁵ Stattdessen wird erstmals¹⁶ auf die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes abgestellt, der im Privatrecht nur¹⁷ 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.

§ 1 Einleitung

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 Drittewirkung?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 Gesellschaft²⁴, 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, II (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.

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 leer, 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, II (11 – 13).

§ 1 Einleitung

che Grundrechtsbindung“ bezeichnet.³⁰ Dieser Topos wurde bereits im Fall *Fraport* als *obiter dictum*,³¹ im Bierdosenflashmobfall dann ausdrücklich³² 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 Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auch auf digitale Plattformen übertragen möchte.³⁶ In diesem Fall wurde der Nutzeraccount der rechtsextremistischen Kleinpartei³⁷ „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 angelehnt.

Aber auch schon vor dieser Entscheidung befassten sich mehrere Instanzengerichte 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 Fällen³⁹ 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 Gemeinschaftsstandards⁴¹ 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 begeht, 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.

§ 1 Einleitung

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 Personen⁴⁵ 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.

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 Bundesgerichtshof⁴⁷ als auch vom Bundesverfassungsgericht⁴⁸ 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 BGH⁵¹ 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, I BvR 879/12 – *Wellnesshotel*.

49 So noch sichtbar in OLG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2011, I U 4/10, Rn. 9 f., 26.

50 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, I 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.

II. Forschungsfragen, Erkenntnisinteresse und Forschungsstand

Alle diese Fälle der Gesellschaft – und noch weitere⁵³ – 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 zufällig⁵⁵ 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 Privatrechts⁵⁸, Verteilungsgerechtigkeit⁵⁹ oder Horizontalwirkung der Grundrechte⁶⁰. 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.

Rechtfertigungsmodell⁶¹ 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 operative 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 Kontrahierungzwang 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 Fällen 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).

§ 1 Einleitung

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

Diese breite Forschungsfrage lässt sich auf mehreren Ebenen – und mit Blick auf die hier gewählte Methodik⁶³ – 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. Bezuglich 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.

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 vorliegen⁶⁷ – 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 abzuwählen. Der angloamerikanische Diskurs⁶⁹ 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 Vergleich⁷¹ eine der aktuellsten⁷² 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 al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballforschung, 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 Drittewirkung, 2023.

§ 1 Einleitung

unterschiedliche dogmatische Horizontalwirkungskonstruktionen zwar unterschiedliche Stärken und Schwächen aufweisen, aber – von Details abgesehen⁷³ – 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 Irritationen⁷⁹ 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.

ihrer jeweiligen Reflexionsdistanz betrachten.⁸¹ Dies ist damit keine genuin rechtssociologische⁸² 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 Jurisprudenz⁸³ zu verorten, welche unter der gesellschaftstheoretischen Prämisse funktionaler Differenzierung⁸⁴ 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 Kopplungsverhältnissen⁸⁶ 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 Rechtssociologie als Zweig der Rechtswissenschaft T. Raiser, Grundlagen der Rechtssociologie, 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-

1. Grundinstitutionen des Privatrechts

Eine solche wissenschaftliche Perspektive ist zwar nicht auf die Grundinstitutionen⁹⁰ 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. Wielisch identifiziert, dass die immer noch vorherrschende Konzeption von privatrechtlichen Grundinstituten als subjektive Rechte⁹³ – 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 Wielisch, ZfRSoz 38 (2018), 304 (321 – 333) am Beispiel des Eigentums, insbesondere des Urheberrechts.

Bisherige Untersuchungen, die sich einem solchen wissenschaftlichen Programm zuordnen lassen, legten einen starken Fokus auf das Eigentum⁹⁵, teilweise der Person⁹⁶ sowie mit historisch-rechtsvergleichendem Zugang auch auf das Delikt⁹⁷. Zum Vertrag liegen bislang allgemeine Überlegungen vor, wie dieser in der funktional differenzierten Gesellschaft multilateral rekonstruiert werden kann⁹⁸ 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 Prämissee funktionaler Differenzierung moderner Gesellschaften,¹⁰⁰ dem Recht als operativ geschlossenem, auto-poietischem sozialen Funktionssystem¹⁰¹ 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 I.

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.

§ 1 Einleitung

Rechtswissenschaft¹⁰³ verstanden werden, der es um die Formulierung gesellschaftsadäquater Rechtsbegriffe¹⁰⁴ 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 Wielisch, 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).

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 Rechts¹⁰⁸ – innerhalb der soziologischen Jurisprudenz bisher kein fester Methodenkanon oder Grundbegriffsapparat besteht und möglicherweise aufgrund des (methoden-)pluralistischen Selbstverständnisses¹⁰⁹ 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.

a. Rechtstheorie

Das erste Element der hier verwendeten Methode ist die Rechtstheorie. Die Rechtstheorie weist verschiedene Dimensionen auf¹¹¹ und wird klassischerweise als Teil der analytischen Rechtsphilosophie¹¹² 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. Pförtner, 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).

chen.¹²⁰ Aufgrund ihrer Anwendungsbezogenheit ist die hier verwendete Rechtstheorie eine Teilnehmertheorie, als reflektierte Selbstbeobachtung des Rechts.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 Privatrechts-theorie 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 lämmender ‚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).

§ 1 Einleitung

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 Systemkontakte 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 Wissenschaften 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.

„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 Wissen 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 Wissenbestände 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.

§ 1 Einleitung

Auch wenn Sozialtheorien nicht nur Wissensbestände aus anderen Wissenschaftsteilsystemen meinen, liegt es nahe, sich für eine rechtswissenschaftliche 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 Rechtssociologie 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.).

ne Untersuchung ist es überzeugend, *einen* plausiblen¹³⁹ 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 Markenkern¹⁴³ 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 sichtern 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 *Waldböck*, 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).

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 Prinzipien¹⁴⁷ 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 Konstruktions schritte 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.

dungen contingent 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. Kasuistik¹⁵⁴

„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 Nicht-diskriminierungsrecht, 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 Wräse, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 463.

§ 1 Einleitung

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).

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

§ 1 Einleitung

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.

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 Kontrahierungzwang 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) Kontrahierungzwang 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 Kontrahierungzwang kaum verarbeitet werden. Für einen spezifischen Anwendungsfall des Kontrahierungzwangs 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 Kontrahierungzwanges 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 Kontrahierungzwanges 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

§ 1 Einleitung

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.