

Zweiter Teil: Transversalität II – Exklusion als Form sozialer Macht

§ 5 Macht- und Exklusionspanorama

Das Bundesverfassungsgericht räumt in seinem Stadionverbotsbeschluss dem Begriff der Macht eine zentrale Position ein. Zunächst taucht er im Maßstäbeteile⁹⁷⁴ der Entscheidung in Form der „sozialen Mächtigkeit“ bezüglich der Intensität der Grundrechtswirkung auf: „Die Reichweite der mittelbaren Grundrechtswirkung hängt dabei von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich ist, dass die Freiheitssphären der Bürgerinnen und Bürger in einen Ausgleich gebracht werden müssen, der die in den Grundrechten liegenden Wertentscheidungen hinreichend zur Geltung bringt. Dabei können insbesondere auch die Unausweichlichkeit von Situationen, das Ungleichgewicht zwischen sich gegenüberstehenden Parteien, die gesellschaftliche Bedeutung von bestimmten Leistungen oder die soziale Mächtigkeit einer Seite eine maßgebliche Rolle spielen.“⁹⁷⁵ Dass den Topoi der gesellschaftlichen Bedeutung von Leistungen und der sozialen Mächtigkeit eines Akteurs in diesem Fall nicht nur eine untergeordnete Rolle zukommt, lässt sich daraus schließen, dass in dieser Randnummer die Rechtsprechungslinien der Bürgerschafts-⁹⁷⁶ und Fraport-Entscheidung⁹⁷⁷ zur Privatrechtswirkung von Grundrechten weitergeführt werden.⁹⁷⁸ In den angeführten Entscheidungen findet sich der Topos der sozialen Mächtigkeit jedoch nicht. Er wird mit dieser Entscheidung anhand des Stadionverbotsfalls neu eingeführt – als weitere Kategorie einer inten-

974 Dazu grundlegend – wenn auch kritisch – *Lepsius*, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 159.

975 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

976 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993, 1 BvR 567, 1004/89 = BVerfGE 89, 214 – *Bürgerschaft*.

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

978 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33 verweist ausdrücklich auf diese beiden Entscheidungen; den Bezug identifiziert auch *Muckel*, *VVdStRL* 79 (2020), 245 (275).

siveren Grundrechtswirkung im Privatrecht.⁹⁷⁹ Der Machtbegriff taucht dann ebenfalls bei der konkreten Grundrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auf: Sobald eine Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet, darf ein Privatrechtsakteur, der über den Zugangs bzw. Ausschluss entscheidet, seine Entscheidungs- bzw. Bestimmungsmacht nicht dazu nutzen, Personen sachgrundlos auszuschließen.⁹⁸⁰ Die beiden neuen Topoi im Maßstäbeteil scheinen bei der Grundrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zusammenzuwirken.

Es ist gerade dieser neue Topos der sozialen Mächtigkeit, der jetzt als grundrechtsdogmatischer Begriff im Verfassungsrecht vorhanden ist, der enormen Spielraum zur Interpretation lässt. Eine responsive Rechtswissenschaft fragt an dieser Stelle, welche Umstände des sozialen Konfliktes dazu geführt haben, dass das Bundesverfassungsgericht anhand dieses Falls den Begriff der sozialen Macht etabliert hat. Dabei ist der Begriff der Macht zwar kein grundlegender Topos im (Privat-)Recht, jedoch gibt es jüngere Veröffentlichungen, die sich explizit damit auseinandersetzen.⁹⁸¹ Zudem handelt es sich bei Macht um einen Grundbegriff der Soziologie.⁹⁸² Einen ersten transversalen Anknüpfungspunkt bei soziologischen Machttheorien sowie bei deren bereits erfolgter Rezeption in der Rechtswissenschaft zu suchen, erscheint damit naheliegend.

I. Verhältnis von Macht und Recht

„Die Erscheinungen von Macht und Ohnmacht, von Über- und Unterordnung, von Befehl und Gehorsam sind überall und zu allen Zeiten zu beobachten. Sie gehören zu den elementaren Eigenschaften aller menschlichen Gesellschaften.“⁹⁸³ Das gesamte gesellschaftliche Leben ist vollständig von Machtgefallen durchdrungen.⁹⁸⁴ Ähnliches gilt auch für das Recht: In allen menschlichen Beziehungen und Gesellschaften lassen sich Formen von

979 Näher dazu unten § 9 I 1 a.

980 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

981 Im Besonderen die Beiträge in Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016.

982 Statt aller *Berger*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 47 (48).

983 *T. Raiser*, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 106.

984 *Berger*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 47 (47); *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), *Macht und Herrschaft*, 2012, S. 9 (13): „ubiquitäres Phänomen von Gesellschaften“; *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 244: anthropologische Konstante und wesentlicher Faktor im Ablauf des Soziallebens.

Recht als Form sozialer Ordnung finden. Sowohl Macht als auch Recht sind damit elementare soziale Tatbestände. Dies drängt die Frage auf, welche Beziehungen es zwischen diesen beiden gibt.⁹⁸⁵ Weitgehend konsensfähig ist dabei die Funktionsbeschreibung des Rechts, Machtverhältnisse zu regeln.⁹⁸⁶ Dabei lassen sich drei Dimensionen unterscheiden: (1.) Recht dient als Maßstab für die Beurteilung von Macht. Folgt man dem hier vertretenen Vorverständnis der Autonomie des Rechtssystems mit seiner Eigenrationalität ist dies entscheidend: Das Recht kann von vornherein Machtphänomene in seiner Umwelt nur nach seiner eigenen Rationalität beurteilen und verarbeiten. Recht kann dann nach diesen Maßstäben (2.) Macht bestätigen, mit Legitimität ausstatten und stabilisieren oder (3.) Macht und ihre Ausübung verbieten oder beschränken.⁹⁸⁷ „Die konkrete rechtliche Regelung von Macht- und Herrschaftsstrukturen in einer Gesellschaft ist ein zentrales Thema nicht allein der Rechtssoziologie, sondern auch der Rechtsdogmatik und der Rechtspolitik. Dabei geht es durchweg um den Doppelaspekt der Bestätigung und Begrenzung der Macht durch das Recht.“⁹⁸⁸

Ordnet man die Begründung und Begrenzung von Macht den Fachsäulen im Recht und in der Rechtswissenschaft zu, so denkt man zunächst an das Öffentliche Recht. Die Stabilisierung und Begrenzung von Macht und politischer Herrschaft war und ist ein zentrales Thema dieses Teilrechtsgebietes, insbesondere des Verfassungsrechts – Stichworte sind hier die Funktionen der Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung der Verfassung.⁹⁸⁹ Der rechtliche Umgang mit Macht verschiebt sich jedoch mehr und mehr in das Privatrecht. Dies kann zum einen darauf zurückgeführt werden, dass bezüglich der rechtlichen Machtbegrenzung des Staates durch das Recht die wesentlichen Positionen ausgetauscht und die Machtbegrenzung durch das Rechtsstaatsprinzip und der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte konsentriert ist. Zum anderen verschieben sich

985 T. Raiser, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 106.

986 Vgl. T. Raiser, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 108.

987 T. Raiser, Beiträge zur Rechtssoziologie, 2011, S. 108. So auch konkret mit Blick auf das Vertragsrecht *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 311: „Vertragsrecht ermöglicht und reguliert sie [die Macht]. Es lässt sie zu und fördert sie einerseits, verhindert und begrenzt sie aber auch andererseits.“

988 T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 290; so auch *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 251 – 256.

989 *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung, 1994, S. 34; *Möslein*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (4 f.).

die Machtkonstellationen und -phänomene innerhalb der Gesellschaft: Immer mehr genuin privatrechtliche Handlungs- und Erscheinungsformen stehen in Verdacht, aus Machtgründen rechtlich reguliert werden zu sollen. *Thomas Raiser* bringt dies deutlich auf den Punkt: „Am dramatischsten zeigt sich die aktuelle Bedeutung der rechtlichen Kontrolle von Macht und Herrschaft heute im *Zivilrecht*, weil dieses ursprünglich von der herrschaftsfreien, auf der Gleichordnung aller Bürger beruhenden Privatrechtsgesellschaft ausging, die in der Figur des frei abgeschlossenen Vertrags ihr rechtliches Symbol fand. Diese Vorstellung wurde durch die ökonomische und soziale Entwicklung des 20. Jahrhunderts überholt; sie gibt heute Struktur und Aufgaben des Arbeits-, Wirtschafts- und Unternehmensrechts nicht mehr, des allgemeinen Zivilrechts nur noch mit großen Einschränkungen wieder. Überall geht es stattdessen darum, wirtschaftliche und soziale Machtpositionen rechtlich ‚einzufangen‘, die unabhängig von der formalen Rechtsgleichheit entstanden sind und diese aushöhlen. Ein solches auch der Rechtssoziologie und der Rechtspolitik aufgegebenes Programm verlangt vor allem, die Macht- und Herrschaftsverhältnisse in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft aufzudecken und zu analysieren, die das Recht bisher nicht aufgreift und daher duldet, ohne sie zu kontrollieren und zu legitimieren.“⁹⁹⁰ Um es deutlich zu sagen: Macht hat nicht nur der Staat, sondern auch Privatrechtsakteure.⁹⁹¹ Diese Tendenz zeigt sich deutlich bei den jüngsten unionsrechtlichen Legislativakten eines *Digital Markets Act* sowie eines *Digital Services Act*. Die moderne Regulierung digitaler, privater Plattformen zielt unmittelbar auf gesellschaftliche Machtpositionen ab, die diese Akteure innehaben.⁹⁹²

Der Begriff der Macht hat dabei einen gewissen Charme, weil er universell nutzbar ist und alle Diskursteilnehmer*innen offensichtlich eine genaue – aber jeweils voneinander ganz unterschiedliche – Vorstellung davon haben, was mit ihm gemeint ist oder bezeichnet wird, und dadurch eine Verständigung über die damit bezeichneten Phänomene ohne vorhe-

990 *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 291, der dort in Fn. 32 auch auf *Schelsky* verweist, der die Bedrohung des Einzelnen durch die großen sozialen Organisationen und sogenannten „intermediären Gewalten“ als Grundproblem moderner Gesellschaften erkennt und dagegen als rechtspolitische Leitidee die „Integrität und Autonomie der Person“ fordert.

991 Ausdrücklich *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 244 – 246.

992 *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138 (138, 141) stellen ausdrücklich auf die Machtpositionen digitaler Plattformen ab; siehe auch unten § 5 IV 4 b.

rige Begriffsklärungen möglich zu sein scheint.⁹⁹³ Grund dafür ist zwar zum einen die begriffliche Unklarheit, aber zum anderen auch, dass Macht nichts Gegenständliches ist, sondern eine weitgehend unsichtbare Eigenschaft sozialer Beziehungen ist und damit primär ein relationales und kein attributionales Phänomen. Darüber hinaus ist der Begriff Macht im Alltagsverständnis oftmals negativ konnotiert,⁹⁹⁴ wodurch ihm aus rechtlicher Perspektive ein gewisser normativer Impetus zukommt: Machtverhältnisse müssen rechtlich geregelt werden, weil sie sich negativ auswirken.

II. Klassifizierungen von Macht

Die Identifizierung von regelungsbedürftigen Machtphänomenen, ihre Analyse sowie die Konstruktion einer rechtlichen Lösung dafür ist damit elementare Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz. Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie man sich der Analyse von Machtphänomenen am ehesten nähert. Ausgangspunkt einer genuin soziologischen Perspektive ist meistens die Machtdefinition *Max Webers*: Macht ist die Chance, den eigenen Willen gegenüber einem anderen gegen dessen Widerstand durchzusetzen.⁹⁹⁵ Dieser Machtbegriff gilt bis heute als der prominenteste Machtbegriff in der Soziologie und ist Ausgangs- bzw. Orientierungspunkt für neuere Ansätze.⁹⁹⁶

1. Rezeption einzelner soziologischer Machttheorien im Recht

Da Macht ein Grundbegriff der Soziologie ist, und somit ein breites Spektrum an Begriffsvielfalt zu erwarten ist, stellt sich bereits im Ausgangspunkt eines transversalen Durchgangs durch unterschiedliche Machttheorien die Frage, nach welchen Kriterien dabei vorgegangen werden soll. Eine klassische Einteilung sozial- und geisteswissenschaftlicher Theorieangebote erfolgt dabei entlang konkreter Autor*innen sowie damit zusammenhängend der Ideengeschichte solcher Theorien. Dies ist auch bezüglich Machttheorien üblich.⁹⁹⁷ Auch in der rechtswissenschaftlichen Rezeption

993 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), *Macht und Herrschaft*, 2012, S. 9 (9).

994 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), *Macht und Herrschaft*, 2012, S. 9 (9 f.).

995 *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980 [1922], S. 28.

996 *Berger*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 47 (49).

997 Statt aller *Anter*, *Theorien der Macht*, 2021.

von Machttheorien wird sich teilweise an unterschiedlichen soziologischen Machtkonzepten einzelner Autor*innen abgearbeitet.⁹⁹⁸ In der Rechtswissenschaft begehrte Theorien von Macht stammen insbesondere von *Max Weber*⁹⁹⁹, *Foucault*¹⁰⁰⁰ sowie von *Luhmann*¹⁰⁰¹.

Ich halte – zumindest für die Zwecke dieser Arbeit – diesen Rezeptionsansatz von Machttheorien, der sich auf ganz bestimmte Konzeptionen einzelner Autor*innen bezieht, für nicht zielführend. Denn zum einen sind die jeweiligen Machttheorien meistens in größere Theoriegebäude eingebettet, was aus juristischer Sicht eine Rezeption erschwert und dadurch Ungenauigkeiten entstehen können. Ein Beispiel findet sich bei der ansonsten erkenntnisreichen Untersuchung *Starke*: Er hält gerade den *Luhmann'schen* Machtbegriff für das Vertragsrecht besonders geeignet, weil *Luhmann* Macht auf Kommunikation bezieht und es bei Vertragsschlüssen auch um Kommunikation, nämlich den Austausch von Willenserklärungen geht.¹⁰⁰² Das ist aufgrund der Offenheit dieser Begriffe und dem generalisierenden Anspruch der Systemtheorie zwar möglich. Aber es wird dabei verkannt, dass *Luhmanns* Kommunikationsbegriff immer schon primär auf soziale Funktionssysteme bezogen war und damit eine gesellschaftstheoretische Dimension erhält.¹⁰⁰³ Macht und mächtige Kommunikation spielen daher für alle soziale Systeme, also nicht nur für Interaktions-, sondern auch für Organisations- und Gesellschaftssysteme, eine Rolle.¹⁰⁰⁴ Zum anderen sehe ich einen Vorteil darin, von solchen konkreten Machttheorien Abstand zu nehmen und sich an einer Rezeption von Idealtypen von Machttheorien zu orientieren, weil damit die Beschreibung und der Vergleich unterschiedlicher sozialer Phänomene leichter möglich ist.

998 Deutlich bei *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 – 289; vgl. auch *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, 2015, S. 1029.

999 *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1980 [1922], S. 28.

1000 *Foucault*, Überwachen und Strafen, 1977, S. 39, 250; *ders.*, Sexualität und Wahrheit, 1983, S. 116, 185; siehe dazu *Kneer*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 265.

1001 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 355; siehe dazu *Brodocz*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 247.

1002 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 285 – 289, der jedoch zumindest das Problem erkennt; gänzlich verkennt dies *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (516), wenn er *Luhmanns* Machtbegriff auf Interaktionen reduziert.

1003 Deutlich *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 78 – 83, 109 – 205.

1004 Dies hebt *Brodocz*, in: Imbusch (Hrsg.), Macht und Herrschaft, 2012, S. 247 (254 f.) hervor.

2. Idealtypen von Machtphänomenen

Eine andere Möglichkeit, der auch in dieser Arbeit gefolgt werden soll, ist die Klassifizierung der unterschiedlichen Machttheorien nach Idealtypen. *Imbusch* unterscheidet beispielsweise drei Dimensionen bzw. Ebenen der Macht, die aufeinander aufbauen und kumulativ wirken:¹⁰⁰⁵ (1.) Machtausübung als Fällen von Entscheidungen und deren Implementierung mit positiven oder negativen Folgen für andere. Dieser Dimension ist insbesondere der *Weber'sche* Machtbegriff zuzuordnen. (2.) Kontrollmacht iSv „*non decisions*“. Dabei handelt es sich um (verborgene) Machtformen als Kontrolle, dass bestimmte Probleme erst gar nicht thematisiert werden können. (3.) Machtausübung als Kontrolle eines größeren gesellschaftlichen Kontextes und als Gestaltung der Rahmenbedingungen, in denen die Handlungen und Kommunikationen anderer Personen stattfinden, insbesondere die Öffnung oder Schließung bestimmter Optionen und Handlungsalternativen. „Dazu sind in der Regel Machtpositionen vonnöten, die es bestimmten Akteuren erlauben, soziale Situationen zu strukturieren und auf die Sichtweisen, Erklärungsmuster und Interessendefinitionen anderer Akteure Einfluss auszuüben.“¹⁰⁰⁶ Klassische Konzeptionen von Macht, insbesondere die strikt handlungstheoretische Definition *Webers*, schreiben Macht einer Person zu. Neuere Machtkonzeptionen (z.B. von *Luhmann* oder *Foucault*) betonen hingegen die zentrale Rolle von strukturellen, Handlungsbedingungen determinierenden Gesichtspunkten: „Das heißt aber, dass insbesondere auf die Ermöglichungsdimension von Handlungen abgezielt wird, auf die produktive und konstitutive Eigenart der Macht, Handlungsspielräume vorzugeben, d.h. ihre Möglichkeiten, aber auch die mit den Möglichkeiten gleichzeitigen Begrenzungen, zu bestimmen.“¹⁰⁰⁷ Für die Rezeption durch das Recht heißt das, dass private Macht dann auch „in einem strukturellen, d.h. auf gesellschaftlichen Institutionen und nicht primär auf einzelnen Akteure Bezug nehmenden Sinne“ verstanden werden muss.¹⁰⁰⁸

Unabhängig davon, ob man einer konkreten Machtdefinition einer soziologischen Strömung oder bestimmten Klassifikation von Macht folgt:

1005 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), *Macht und Herrschaft*, 2012, S. 9 (11 f.).

1006 *Imbusch*, in: ders. (Hrsg.), *Macht und Herrschaft*, 2012, S. 9 (12), der dies auch als „Meta-Macht“ bezeichnet.

1007 So aus philosophischer Reflexionsperspektive *Röllli*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 83 (85).

1008 *Röllli*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 83 (83).

Für das (Privat-)Recht stellt sich die zentrale Frage, inwieweit solche Machtbegriffe als Wissensbestände in der Umwelt des Rechts Bedeutung für das Recht haben. Das Problem besteht primär darin, dass alle Machtbegriffe der Soziologie (notwendigerweise) unscharf sind, um eine Vielzahl von sozialen Phänomenen beschreibbar zu machen. Im Recht stellt sich jedoch die Frage ihrer Operabilität, da bei der unbesehenen Übernahme einer soziologischen Grundkategorie die Gefahr besteht, dass Macht als bloßes „Wertungskürzel“ für ganz unterschiedliche Probleme im Recht herangezogen wird.¹⁰⁰⁹ Dabei zeichnet sich innerhalb des rechtswissenschaftlichen Diskurses ein Konsens ab, der auch mit der hier vertretenen Vorannahme der Eigenrationalität des Rechts vereinbar ist: Der Begriff der (privaten) Macht ist zunächst kein Begriff des Privatrechts.¹⁰¹⁰ Vielmehr werden Machtphänomene in der sozialen Umwelt des Rechts in verschiedenen privatrechtlichen Teilbereichen in unterschiedliche Rechtsbegriffe übersetzt.¹⁰¹¹ Private Macht ist damit ein privatrechtstheoretischer Reflexionsbegriff: „Private Macht als Begriff des Privatrechts ist daher nicht zuletzt privatrechtliche Reflexion dessen, was jenseits des Privatrechts als private Macht verstanden wird.“¹⁰¹² Nach der Eigenrationalität des Rechts kann Macht nie als solche Anknüpfungspunkt für rechtliche Veränderungen sein, sondern Macht muss darauf re-spezifiziert werden, welches rechtliche Problem sich durch soziale Machtbeziehungen zwischen Privaten auftut. Es geht um die rechtliche Frage, „welche Formen privater Macht der Regulierung bedürfen, die noch grundlegendere Frage, welche Positionen tatsächlicher Stärke überhaupt als private Macht verstanden werden sollen.“¹⁰¹³

Für die Privatrechtstheorie spricht *Renner* davon, dass sich der Machtbegriff – zwar versetzt, aber parallel zur Begriffsentwicklung in den Sozialwissenschaften – tendenziell gewandelt habe: von einem kausalitäts- und interaktionsorientierten Verständnis hin zu einem weiteren, strukturbezogenen Begriff gesellschaftlicher Macht.¹⁰¹⁴ Auf dieser Beobachtung aufbauend und an der soziologischen Terminologie anknüpfend unterscheidet

1009 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), *Private Macht* 2016, S.1 (3); *Herresthal*, in *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S.145 (189 f.); *Kainer/H. Schweitzer*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 629 (630).

1010 *Herresthal*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S.145 (148); *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (505).

1011 *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (505).

1012 *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (506).

1013 *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), *Private Macht* 2016, S.1 (9).

1014 *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (507).

er zwei grundsätzliche Modelle von Machtbegriffen (Idealtypen), die zu unterschiedlichen Zeiten im Privatrechtsdiskurs wirksam geworden sind: enge, kausale Machtbegriffe und tendenziell weitere, modale Machtbegriffe, welche dann jeweils noch einmal auf Interaktionsebene oder auf eine Strukturebene spezifiziert werden können.¹⁰¹⁵ Diese Idealtypen von Machtphänomenen mit Bedeutung für das Recht müssen jedoch für einzelne Teilrechtsgebiete re-spezifiziert werden. Das Verhältnis von Macht und Recht lasse sich nur in Bezug auf die Teilrechtsordnungen (deskriptiv) beschreiben und (normativ) bestimmen.¹⁰¹⁶ Im Gegensatz zum wettbewerbsrechtlichen Marktmachtbegriff fehlt es an einem übergreifenden privatrechtlichen Konzept privater bzw. sozialer Macht. Vielmehr werden soziale Machtverhältnisse in der Umwelt des Rechts in unterschiedlichen Teilrechtsgebieten mit unterschiedlichen Begriffen, z.B. „strukturelles Ungleichgewicht“, „gestörte Vertragsparität“, „Abhängigkeit“ oder „wirtschaftliche bzw. soziale Mächtigkeit“ verarbeitet.¹⁰¹⁷

III. Macht und ihre Bezüge zum Vertragsrecht

Dem für diese Untersuchung relevanten Vertragsrecht liege „ersichtlich ein kausal-interaktionsbezogener Machtbegriff zugrunde.“¹⁰¹⁸ Renner führt dies auf die zentrale Stellung zurück, die die Privatautonomie im Vertragsrecht einnimmt, wodurch die Willen der Vertragsparteien und deren Beeinflussung bzw. Beeinträchtigungen in den Blick geraten.¹⁰¹⁹ Auch Herresthal sieht mit Blick auf Austauschverträge lediglich solche Machtphänomene für relevant an, die Einfluss auf die Willensentschließung und -umsetzung einer Vertragspartei haben.¹⁰²⁰ Ergänzen müsste man noch, dass durch die Beschränkung auf die bilaterale Vertragskonstellation zwischen den Parteien weitgehend soziale Umwelteinflüsse des Vertrages ausgeblendet werden.¹⁰²¹ Allerdings identifiziert Renner in der letzten Zeit auch im Ver-

1015 Renner, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (511 – 519).

1016 Möslein, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (3, 14); Kainer/H. Schweitzer, Private Macht, 2016, S. 629 (629 f.).

1017 Möslein, in: ders. (Hrsg.), Private Macht 2016, S. 1 (12 f., 14, 17 – 20).

1018 Renner, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (519).

1019 Renner, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 505 (519 f.).

1020 Herresthal, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 145 (151 f., 166 – 189).

1021 Vgl. dazu im Kontext von „Machtungleichgewichten“ zwischen den Vertragsparteien Rödl, in: Hauer et al. (Hrsg.), Macht im Zivilrecht, 2013, S. 375 (378 f.).

tragsrecht ein stärker modal geprägtes Verständnis von privater Macht, das sich insbesondere an der Stärkung des tatsächlichen Entscheidungsspielraums des AGB-Gegners durch die AGB-Kontrolle, an Aufklärungs- und Informationspflichten im Verbraucherrecht sowie einer stärkeren Inhaltskontrolle von Langzeitverträgen zeige.¹⁰²² Auch *Schmid* adressiert primär modal-interaktionsbezogene Machtphänomene, wenn er soziale Macht mit Bezug zum Privatrecht in Abwandlung der *Weber'schen* Formel definiert als „die Chance eines Menschen oder einer irgendwie organisierten Menschengruppe, anderes menschliches Verhalten steuern zu können.“¹⁰²³ Diese modalen Machtkonstellationen bleiben jedoch der Interaktionsebene verhaftet. Es geht immer noch um den einzelnen Vertrag zwischen zwei konkreten Parteien. Die modal-strukturbezogene Machtebene für das (allgemeine) Vertragsrecht wird implizit für unerheblich erachtet; *Renner* resümiert sogar, dass sich die weitreichenden modal-strukturbezogenen Machtbegriffe auch kaum in rechtliche Regelungen bringen lassen – er zieht jedoch in Erwägung (ohne dies aber weiter zu untersuchen), dass Teile des Nichtdiskriminierungsrechts von einem entsprechenden Machtverständnis ausgehen.¹⁰²⁴

Zumindest in einem Rechtsgebiet, das mittelbar auch auf das Vertragsrecht und einzelne Verträge einwirkt, findet sich ein strukturbezogener Machtbegriff: im Wettbewerbsrecht. Die Marktmacht als zentraler Begriff des Wettbewerbsrecht¹⁰²⁵ bringt die Strukturbezogenheit dieses Machtbegriffes deutlich zum Ausdruck. Weiter handelt es sich hierbei um einen kausalen Machtbegriff durch die Notwendigkeit einer missbräuchlichen Ausnutzung.¹⁰²⁶ Der Missbrauch der Marktmacht erfasst also Fälle, in denen eine strukturbezogene Machtposition (Marktmacht) gegenüber einzelnen Privatrechtsakteuren auf dem Markt gegenüber ausgeübt wird. Gerade hier lässt sich zeigen, dass sich die von *Renner* identifizierten vier Idealtypen von Macht mit Bedeutung für das Privatrecht nicht nur überschneiden, sondern – so wie in der Soziologie anerkannt – die Machtphänomene, die mithilfe der Begriffe beschrieben werden sollen, auch aufeinander aufbauen. So ist zwar richtig, dass der wettbewerbsrechtliche Begriff des Missbrauchs einer marktmächtigen Position zunächst ein kausal-strukturbezo-

1022 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (520 – 523).

1023 *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 245.

1024 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (526).

1025 Siehe dazu *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), *GWB*, § 18 Rn. 18 – 29.

1026 *Renner*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (523 f.).

genes Machtverständnis nahelegt. Die strukturell vorhandene Marktmacht wirkt sich aber gegenüber einem Konkurrenten oder einem Nachfrager auf einem nachgelagerten Markt in einer konkreten Interaktion – z.B. einer Vertragsverweigerung oder dem Verlangen eines höheren Preises – aus. Auf der anderen Seite ist die marktmächtige Stellung eines Marktakteurs gerade Ausdruck von seinen Handlungsspielräumen im Verhältnis zu seinen (potentiellen) Konkurrenten (modales Machtverständnis). Dies betont insbesondere die Industrieökonomik: Das Ausnutzen einer marktmächtigen Stellung wird nicht gelehrt; die von ihr entwickelten Modelle sind jedoch darauf gerichtet, dass aufgrund von eingeschränkten Handlungsspielräumen das Ausnutzen einer dominanten Stellung nur unter spezifischen Voraussetzungen möglich bzw. wahrscheinlich ist.¹⁰²⁷

Damit werden in Bezug auf Verträge weit überwiegend nur kausal-interaktionsbezogene Machtkonstellationen, beispielsweise eine überlegende Verhandlungsmacht, für relevant gehalten.¹⁰²⁸ Lediglich der spezielle, weil auf den Markt und Wettbewerb als Institutionen abzielende, Marktmachtbegriff im Wettbewerbsrecht eröffnet die Perspektive für strukturbezogene und möglicherweise auch für modale Machtphänomene. In § 3 dieser Untersuchung wurde jedoch bereits ausgeführt, dass sich der Konflikt im Stadionverbotsfall nicht im Wirtschaftssystem abspielt, sodass auch ein Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht – mit seinem strukturbezogenen Marktmachtbegriff – nicht zielführend ist.¹⁰²⁹ Daher stellt sich die Frage, ob die von *Renner* aufgestellte These, dass für das Vertragsrecht modale und strukturbezogene Machtphänomene bis auf wenige Ausnahmen weitgehend irrelevant seien, zutrifft. Gibt es nicht doch bestimmte Phänomene mit Bezug zum Vertrag(srecht), welche als modal-strukturbezogene Machtkonstellationen beschrieben werden können? Die Frage drängt sich auch deshalb auf, weil bereits der prominente – und von *Renner* rezipierte¹⁰³⁰ – Begriff privater Macht von *Franz Böhm* auf die Einschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit durch Regelungen privater Akteure ausgerichtet war,¹⁰³¹ und damit modal-strukturbezogene Gestaltungsmöglichkei-

1027 Vgl. dazu *Fumagalli et al.*, *Exclusionary Practices*, 2018, S. 365 f., 473.

1028 Ähnlich auch *Starke*, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, 2016, S. 289 f.: Fokus von Macht innerhalb der Vertragstheorie liegt in der vorvertraglichen Phase, weil Verträge als einzelne, abgeschlossene Interaktionen konzipiert werden.

1029 Siehe oben § 3 IV 4 b.

1030 *Renner*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 505 (514 f.), der darin lediglich einen kausal-strukturbezogenen Machtbegriff sieht.

1031 *Böhm*, in: *ders.*, *Reden und Schriften*, 1960 [1928], S. 25 (36 – 38, 42).

ten marktmächtiger Unternehmen und Kartelle – nicht nur bezüglich des Wirtschaftssystems¹⁰³² – betont.

IV. Weitere Fälle von privater Macht

Der bisher diskutierte Sammelband „Private Macht“ greift auf Macht mit Bezug zum Privatrecht zu, indem Machtphänomene und -begriffe auf konkrete privatrechtliche Teilrechtsgebiete re-spezifiziert werden.¹⁰³³ Auch wenn dadurch der amorphe Begriff der Macht für die Rechtsdogmatik operabel gemacht wird, liegt darin eine doppelte Engführung, durch die bestimmte – auch für das Recht relevante – Machtphänomene ausgeblendet bleiben. Werden Machtphänomene nur danach analysiert, ob für sie entsprechende Begriffe im Recht gefunden wurden, besteht die Gefahr, dass neue Machtphänomene ignoriert werden. Darüber hinaus verkennt die Verengung auf konkrete Teilrechtsgebiete, dass sich Machtprobleme für das Recht auch in Bereichen stellen, für die sich noch kein Spezialteilrechtsgebiet ausdifferenziert hat.

Im Folgenden soll daher das bisher gezeichnete Machtpanorama durch ausgewählte Machtphänomene ergänzt werden, die zum einen bereits länger im rechtswissenschaftlichen Diskurs thematisiert werden als auch durch solche, die erst jüngst aufgegriffen worden sind. Dabei wird sich zeigen, dass auch modal-strukturbezogene Machtphänomene im und für das Privatrecht allgemein sowie für das Vertragsrecht im Besonderen relevant werden.

1. Soziale Gewalten und soziale Macht als Grundrechtstopoi

Die Problematik privater Macht ist seit jeher eine bedeutende Komponente der Diskussion um die Grundrechtswirkung im Privatrecht.¹⁰³⁴ In der frühen Diskussion um die Grundrechtswirkung im Privatrecht wurden die Begriffe „soziale Gewalten“, „intermediäre Gewalten“ und „soziale Macht“ als Topoi¹⁰³⁵ einer unmittelbaren Drittwirkung – bzw. nach präziserer Ter-

1032 *Böhm*, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, S. 1.

1033 Siehe oben Fn. 1016.

1034 So auch *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276.

1035 Zu diesen Begriffen eingehend *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1586 – 1595.

minologie: der Anwendungskonstruktionen¹⁰³⁶ – eingeführt.¹⁰³⁷ Mit diesen Begriffen sollte ein grundrechtliches Schutzbedürfnis gegenüber kollektiven, sozialen und intermediären Gewalten ausgedrückt werden, womit insbesondere Verbände, ökonomische Machtverhältnisse, Großunternehmen und der Bereich abhängiger Arbeit gemeint waren.¹⁰³⁸ Es ist bezeichnend, dass sich die Beobachtungen der frühen Grundrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz sowie die privatrechtstheoretischen Beobachtungen *Ludwig Raisers*¹⁰³⁹ weitgehend decken. Im Zeitablauf haben sich diese Topoi aber nicht erledigt: Die Begriffe wurden beispielsweise jüngst im Kontext der Regulierungsbedürftigkeit sozialer Netzwerke wieder aufgegriffen.¹⁰⁴⁰ Auch jüngere Problembeschreibungen privater Machtkonstellationen, die ein „Verfassungsrecht der Zwischenschicht“ fordern, knüpfen an diese Terminologie an.¹⁰⁴¹

Unklar ist dabei jedoch, welche genaue Rolle der Begriff sozialer Macht einnimmt: „Im Raum steht die Frage, ob besondere Machtverhältnisse die Voraussetzung für die Grundrechtswirkung im Privatrecht, ihr Grund oder jedenfalls ein wichtiges Kriterium innerhalb der Anwendung der Grundrechte sind.“¹⁰⁴² Nachdem mit der *Lüth*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Anwendungskonstruktionen einer Horizontalwirkung von Grundrechten zurückgedrängt wurden, überrascht es auch nicht, dass der damit verbundene Topos der sozialen Macht bzw. der sozialen Gewalten weitgehend aus der Literatur verschwunden ist.¹⁰⁴³ Auch das Bundesverfassungsgericht griff in der Vergangenheit nur vereinzelt auf den Machtbegriff zurück: In der *Blinkfüer*-Entscheidung wurde die wirtschaftliche Machtstellung des Springerverlages gegenüber kleinerer Verlage betont, die bei einem Boykottaufruf das System der Presse gefährden kann.¹⁰⁴⁴ Doch der Topos der sozialen Macht hat sich in der Literatur noch in einem

1036 Der Begriff geht auf *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 46 – 79 zurück; siehe dazu auch unten § 9 I 1 a.

1037 *Gamillscheg*, AcP 164 (1964), 385 (407): „Der Begriff soziale Macht, soziale Gewalt ist der Schlüssel des Problems der Drittwirkung“.

1038 Vgl. *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1587 f.

1039 Siehe oben § 4 II 1.

1040 *Knebel*, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 40 – 42, 106 – 109.

1041 *Kingreen*, JöR 65 (2017), 1 (1 – 6, 35 – 38).

1042 Richtig erkannt von *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 f.

1043 *Stern*, StaatsR III/1, 1988, S. 1594.

1044 BVerfG, Beschl. v. 26.02.1969, 1 BvR 619/63 = BVerfGE 25, 256 (264, 268) – *Blinkfüer*.

weiteren Kontext halten können: bezüglich der Frage einer Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes.¹⁰⁴⁵ Während traditionelle Ansichten die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes weitgehend ablehnen,¹⁰⁴⁶ wurde zumindest für Fälle von sozialer Macht erwogen, Art. 3 Abs.1 GG in Privatrechtsverhältnissen zu aktivieren.¹⁰⁴⁷ Der Machttopos wird damit nicht als genuines Abwägungskriterium herangezogen, sondern – vergleichbar mit den Anwendungskonstruktionen – als Tatbestand für die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Aufgrund dieses Diskurses überrascht es nicht, dass der Begriff der sozialen Macht im Stadionverbotsbeschluss auftaucht, in dem der soziale Konflikt gerade über eine Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG gelöst worden ist. Zwar wird der Topos nicht bei den Voraussetzungen einer „spezifischen Konstellation“ herangezogen, die nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die Privatrechtswirkung begründe. Dennoch wird der Topos im Maßstäbeteil erwähnt, was nahelegt, dass er implizit berücksichtigt worden ist.

In der heutigen Grundrechtsdogmatik kommt damit dem Machttopos an sich keine eigenständige Bedeutung, beispielsweise im Sinne eines Tatbestandes der Privatrechtswirkung, zu. Er ist zwar als Topos noch teilweise erhalten, jedoch nicht als eigenständiger Begriff eines rechtlichen Tatbestandes, der zu einer Grundrechtswirkung führt.¹⁰⁴⁸ Maßgeblich für die Privatrechtswirkung der Grundrechte ist ihr Gewährleistungsgehalt.¹⁰⁴⁹ Daran hat sich auch nichts mit dem Stadionverbotsbeschluss geändert: Der Begriff der sozialen Mächtigkeit taucht lediglich im Maßstäbeteil auf und soll die Intensität einer Grundrechtswirkung im Privatrecht konturieren. Soziale Mächtigkeit ist damit primär ein Abwägungstopos.¹⁰⁵⁰ Der Stadionverbotsbeschluss lässt aber den Schluss zu, dass die Situation durch eine soziale Machstellung des DFB geprägt ist. Denn warum sonst sollte das

1045 Siehe dazu unten § 9 V 5 c.

1046 Siehe dazu mit Nachweisen unten § 9 III.

1047 Siehe die Nachweise unten in Fn. 2116.

1048 Anders aber *Möslein*, in: ders. (Hrsg.), *Private Macht* 2016, S.1 (13 f.): „private Macht als Auslöserin (un-)mittelbarer Drittwirkung“; ebenso *Pöschl*, *RW* 2016, 51 (55 f.).

1049 So auch ausdrücklich *Stern*, *StaatsR* III/1, 1988, S. 1595: „Es sind die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechtsnormen, die auch gegen soziale Mächtigkeiten in der Privatrechtsordnung wirken.“; *Hensel/Teubner*, *KJ* 2014, 152 (160): „Soziale Macht ist also nur ein Teilphänomen gesellschaftlicher Grundrechtsgefährdungen.“; gegen soziale Macht als Auslöser der Privatrechtswirkung auch *Canaris*, *AcP* 184 (1984), 201 (206 f.); siehe dazu auch unten § 9 I.

1050 Gegen soziale Macht als Horizontalwirkungstatbestand siehe unten § 9 IV 5 c.

Gericht in einem ohnehin kurzen Entscheidungstext für einen Grundsatzbeschluss den Maßstab für eine intensive Grundrechtswirkung weiterentwickeln, wenn es nicht annehmen würde, dass es sich hierbei um eine Konstellation handelt, die durch die soziale Mächtigkeit einer Partei geprägt ist?

Private Macht findet sich als Topos ebenfalls in der Dogmatik der EU-Grundrechte.¹⁰⁵¹ Ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht ist Macht keine Voraussetzung für die Anwendung der EU-Grundrechte, aber kann ein argumentativer Topos im Rahmen der Grundrechtsabwägung sein.¹⁰⁵²

2. Verbands- und Organisationsmacht

a. Verbändediskussion der 70er Jahre

Im Recht findet sich die ausdrückliche Beschäftigung mit Macht von juristischen Personen – als Organisationen¹⁰⁵³ – in Bezug auf gesellschaftliche Strukturen. Denn nicht nur die Horizontalwirkungsfrage von Grundrechten wurde durch die Beobachtung sozialer Mächtigkeit von bestimmten Verbänden ausgelöst. Die damalige Verbändediskussion¹⁰⁵⁴ hat auch viele andere Rechtsgebiete umfasst, weshalb damals auch über ein Verbändegesetz¹⁰⁵⁵ zur Bündelung von Regelungen diskutiert worden ist. Eine erhebliche dogmatische Folge der Diskussion um die Begrenzung der gesamtgesellschaftlichen Macht von Verbänden findet sich heute noch im verbandsrechtlichen Aufnahmезwang.¹⁰⁵⁶

Angesichts dieser früheren intensiv geführten Diskussion überrascht es nicht, dass sich gleich zwei Beiträge des Sammelbandes „Private Macht“ mit Machtphänomenen mit Bezug zum Gesellschaftsrecht beschäftigen. Überraschend ist vielmehr, dass sich beide jedoch weitgehend auf organisationsinterne Machtverhältnisse (Macht in Organisationen), insbesondere im Verhältnis zwischen individuellen Gesellschaftern und Gesellschaf-

1051 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 276 f.; *GA Trstenjak*, Schlussanträge v. 08.09.2011 zu Rs. C-282/10 – *Dominguez*, Rn. 118; *Frantziou*, *European Law Journal* 2015, 657 (673); *Leczykiewicz*, *European Law Review* 2013, 479 (492).

1052 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 323 – 328.

1053 Grundlegend *T. Raiser*, *AcP* 199 (1999), 104.

1054 Überblick bei *Teubner*, *JZ* 1978, 545; *Ipsen*, *ZGR* 1980, 548; grds. auch *Böckenförde*, *Der Staat* 15 (1976), 457, der das Problem jedoch auf die Auswirkungen auf das politische System reduziert.

1055 Dazu *W. Schmidt*, *Der Staat* 17 (1978), 244.

1056 Siehe dazu unten § 8.

terbeschlüssen (Macht der Mehrheit)¹⁰⁵⁷ sowie auf die Verwaltung der Gesellschaft als einen zusätzlichen Machtpol (Macht der Verwaltung)¹⁰⁵⁸ beschränken. Die Machtdimension im Verhältnis von Organisationen und individuellen Privatrechtsakteuren außerhalb bzw. vor einer klassischen Mitgliedschaft werden dabei nur angerissen: So beschreibt *Hofmann* das Beitrittsstadium in eine Gesellschaft als besonders stark von der Privatautonomie eines Prätendenten geprägt: „Der Gesellschafter verfügt daher im Beitrittsstadium über private Macht, und zwar in ausreichendem Maße, um Schutzmechanismen überflüssig erscheinen zu lassen.“¹⁰⁵⁹ Soziologisch gesprochen geht es mit dem Fokus auf die „Gesellschafter“ um die Inklusion von verschiedenen Leistungsrollen über eine Gesellschaft (= Organisation). Die Mitgliedschaft beispielsweise in Vereinen oder die Inklusion über eine Mitgliedschaft als Publikumsrolle bleibt damit gänzlich ausgeblendet.

Das verwundert, denn in der Organisationssoziologie werden vielfältige Problemkreise im Verhältnis von einzelnen Personen zu Organisationen (Mikro-Meso-Ebene) sowie im Verhältnis von Organisationen zu sozialen Funktionssystemen (Meso-Makro-Ebene) identifiziert.¹⁰⁶⁰ Die rechtstheoretische (!) Beschäftigung mit organisationsbezogener Macht bleibt in den durch die Rechtsdogmatik – die juristische Person als hermetisch abgeriegelter Sonderbereich – vorgegebenen Denkbahnen gefangen.

b. Macht durch Organisationen

Die damals wie heute vom Recht wahrgenommenen Probleme von Verbänden werden auch von der Organisationssoziologie aufgegriffen, beschrieben und generalisiert. Die Bedeutung von Organisationen in der modernen Gesellschaft wird dabei besonders stark von differenzierungs- und systemtheoretischen Ansätzen akzentuiert. Denn die in einem Funktionssystem etablierten Programme – z.B. Gesetze und Urteile im Rechtssystem, Preise im Wirtschaftssystem oder Theorien und Methoden im Wissenschaftssystem – leiten sich nicht unmittelbar aus der systemischen Kommunikation ab.¹⁰⁶¹ Auch die Systemtheorie ist sich bewusst, dass es Akteure gibt, die die

1057 *Hofmann*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 353.

1058 *Engert*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 381.

1059 *Hofmann*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 353 (357).

1060 Dazu sogleich im nachfolgenden Abschnitt.

1061 *Tacke/Deppe*, *Soziologie der Organisation*, 2018, S. 78.

systemische Kommunikation eigenständig verarbeiten und diese Akteure wiederum einen Input geben, welche Programme ausgeführt werden sollen. Je weiter sich die Funktionssysteme ausdifferenzieren, desto eher wird ein formalisierter und rationalisierter Apparat benötigt, um diese Entscheidungen zu treffen. Dies sind insbesondere Organisationen als korporative Akteure. „Wenngleich keines der Funktionssysteme selbst insgesamt organisiert ist oder gar als Organisation funktioniert, sind die Funktionssysteme ohne die Beteiligung von Organisationen, die entsprechende Entscheidungen produzieren, nicht denkbar.“¹⁰⁶² Aus organisationssoziologischer Perspektive kann die moderne Gesellschaft als „Gesellschaft von Organisationen“ beschrieben werden.¹⁰⁶³ Damit ist gemeint, dass Organisationen innerhalb der jeweiligen Funktionssysteme eine entscheidende, gestaltende Rolle spielen.

In Bezug auf Macht durch Organisationen wird weiterhin die Beziehung zwischen individuellen und korporativen Akteuren als eine der problematischsten Interaktionen identifiziert, weil zwischen ihnen strukturelle Machtgefälle lägen.¹⁰⁶⁴ Die stärkere Position von Organisationen ist darauf zurückzuführen, dass sie potentiell auf mehr Ressourcen zurückgreifen können und ihnen mehr potentielle Interaktionspartner zur Verfügung stehen. Zudem stehen sich in der Organisations-Individuum-Interaktion regelmäßig Experten und Laien gegenüber. Dadurch entstehen Möglichkeiten, die Konditionen von Austauschbeziehungen einseitig zu ihren Gunsten auszugestalten.¹⁰⁶⁵ Damit sind primär kausal- und modal-interaktionsbezogene Machtphänomene angesprochen.

Indem Organisationen über Entscheidungen als ihren eigenen Kommunikationstyp¹⁰⁶⁶ die relevanten Selektionen innerhalb der Funktionssysteme vornehmen, kommt ihnen auch eine modal-strukturbezogene Machtposition zu. Organisationen sind für die moderne Vergesellschaftung elementar bedeutsam. „Wir sind mit Organisationen – wie Unternehmungen, Verbänden, Parteien, Gewerkschaften, Ministerien oder Vereinen – konfrontiert

1062 *Tacke/Depper*, *Soziologie der Organisation*, 2018, S. 78 f.

1063 *Kühl*, in: *Apelt/Wilkesmann* (Hrsg.), *Zur Zukunft der Organisationssoziologie*, 2015, 73 (84 f.), der diese Beschreibung von den Begriffen Organisationsgesellschaft und organisierter Gesellschaft unterscheidet.

1064 *Preisendörfer*, in: *Apelt/Wilkesmann* (Hrsg.), *Zur Zukunft der Organisationssoziologie*, 2015, 143 (145 f.).

1065 *Preisendörfer*, in: *Apelt/Wilkesmann* (Hrsg.), *Zur Zukunft der Organisationssoziologie*, 2015, 143 (146 f.).

1066 Siehe dazu *Tacke/Drepper*, *Soziologie der Organisation*, 2018, S. 98.

und mit Kontexten, die maßgeblich durch sie geprägt sind. Organisationen schaffen nämlich rekursive Orte des Zusammenhandelns – in Produktionsbetrieben, im öffentlichen Raum oder im Internet – und machen Vorgaben, wie diese zu nutzen sind.¹⁰⁶⁷ Organisationen setzen damit mit anderen Worten die maßgeblichen Regeln innerhalb sozialer Funktionssysteme. Aus handlungstheoretischer Perspektive bestimmen damit Organisationen maßgeblich über die Handlungsoptionen von anderen Akteur*innen im selben Funktionssystem. Eine spezifische Form dieser Regelung von Handlungsoptionen innerhalb der einzelnen sozialen Systeme durch Organisationen, nämlich die Setzung privater Ordnungen, wird unten in § 7 genauer untersucht. Dies kann man auch als Herrschaft bezeichnen: „Von Anfang an sind Organisationen somit ein konstitutiver Moment des gesamtgesellschaftlichen Geflechts von Herrschaft.“¹⁰⁶⁸

Die Systemtheorie betont darüber hinaus eine spezielle Form modalstrukturbezogener Macht von Organisationen: ihre Bedeutung für Inklusions- und Exklusionsentscheidungen, also ihre Entscheidungsmacht über die Teilnahme an der Gesellschaft.¹⁰⁶⁹ Organisationen hängen eng mit der Inklusion in die Funktionssysteme zusammen, wobei ihre jeweilige Grundhaltung zu Inklusion und Exklusion zunächst gegenläufig ist. Während die Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene auf weitgehende Inklusion ausgerichtet sind, also die Teilnahme an der Gesellschaft grundsätzlich jeder Person eröffnen und versprechen, operieren Organisationen umgekehrt. Organisationen bestimmen nach ihren eigenen Sachkriterien über eine Mitgliedschaft und exkludieren alle Personen, die diese Anforderungen nicht erfüllen.¹⁰⁷⁰ „Organisationen bieten auf der einen Seite Inklusionschancen für Mitglieder und vermitteln diesen damit auch weitergehende gesellschaftliche Inklusionen (etwa qua Arbeit und Einkommen als Inklusion in die Ökonomie oder qua Lehrtätigkeit in eine Leistungsrolle der Erziehung). Auf der anderen Seite handelt es sich bei Organisationen aber um Systeme, die Exklusion androhen – und sie auch vollziehen können. Denn auf der Konditionierung der Teilnahme – der Korrelation von Normanerkennung und Teilnahme – beruht [...] ihre Möglichkeit, Struktu-

1067 Windeler, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), *Zur Zukunft der Organisationssoziologie*, 2015, 173 (174).

1068 Türk, „Die Organisation der Welt“, 1995, S. 16.

1069 Zum Folgenden *Tacke/Drepper*, *Soziologie der Organisation*, 2018, S. 109 – 112.

1070 Grundlegend *Luhmann*, in: ders., *Schriften zur Organisation* 2, 2019, S. 451 (455 – 457).

ren nach eigenen Kriterien, also unter Absehung von Mitgliedermotiven, aufzubauen.“¹⁰⁷¹ Organisationen sind damit die zentralen Akteure, wenn es um gesellschaftliche Exklusion geht. Inklusion wird weitgehend über Mitgliedschaften in Organisationen vermittelt. Wird diese Mitgliedschaft nicht gewährt oder aufgelöst, wird eine Person zunächst aus dem Organisationssystem exkludiert. Wenn mit der Mitgliedschaft aber auch eine Inklusion auf der gesellschaftlichen Makroebene verbunden ist, werden Personen gleichzeitig auch hiervon exkludiert. Indem Organisationen Inklusion in die sozialen Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Mesoebene vermitteln, kommt ihnen ein „Recht zur Regulierung von Zugangschancen“¹⁰⁷² nicht nur zur Organisation, sondern zur Gesellschaft als Ganzer zu. Dieser Effekt wird zwar dadurch abgefedert, dass innerhalb eines Funktionssystems nur selten Inklusion über eine einzige Organisation vermittelt wird, sodass nicht automatisch unterstellt werden kann, dass organisatorische Exklusion zu gesellschaftlicher Exklusion führt.¹⁰⁷³ Gesellschaftliche Inklusion und Exklusion hängen damit entscheidend von der in einem Funktionssystem vorherrschenden Organisationsstruktur ab.

3. Intermediäre Gewalten als Topos der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten

Ein im deutschen Grundrechtsdiskurs vergleichbarer Topos der sozialen Mächtigkeit bzw. der sozialen Gewalten findet sich mit dem Topos der „intermediären Gewalten“ innerhalb der Diskussion um die Horizontalwirkung von Grundfreiheiten im Unionsrecht. In der Rechtsprechung des EuGH ist dabei anerkannt, dass sich Grundfreiheiten nicht nur an die mitgliedstaatliche Legislative richten, sondern auch die Beziehungen zwischen Privatpersonen betreffen. Phänomenologischer Ausgangspunkt der Rechtsprechung des EuGH zu der Frage einer Horizontalwirkung der Personenverkehrsfreiheiten waren die „Sportverbandsfälle“¹⁰⁷⁴, in denen es um die Kontrolle kollektiver Verbandsregelungen anhand der Grundfreiheiten

1071 *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 110 f.

1072 *Türk*, „Die Organisation der Welt“, 1995, S. 16.

1073 *Tacke/Drepper*, Soziologie der Organisation, 2018, S. 111.

1074 EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 – *Walrave und Koch*; EuGH, Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76 – *Donà*; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, C-415/93 – *Bosman*; zu der Rechtsprechungslinie des EuGH siehe *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 45 AEUV Rn. 153 – 164.

ging.¹⁰⁷⁵ Die Besonderheit dieser Fälle im Unterschied zu anderen (auch früheren) Fällen des EuGH liegt darin, dass die kollektiven Regelwerke der Sportverbände ausschließlich auf dem Gebiet des Privatrechts liegen und kein Grenzbereich zwischen privater und staatlicher Tätigkeit, beispielsweise in Form von staatlichen Zwangsverbänden, Einbindung von Privaten in staatliche Aufgabenerfüllung oder die Beteiligung des Staates an juristischen Personen des Privatrechts, vorliegt.¹⁰⁷⁶

Von Seiten der juristischen Literatur wurde versucht, diese Rechtsprechung zu erklären bzw. durch die Begründung einer Ausnahme¹⁰⁷⁷ einzugrenzen. Dazu wurde vertreten, dass eine Horizontalwirkung der Grundfreiheiten nur für Fälle der Normsetzung privater Verbände möglich und überzeugend sei, weil und wenn diese zusätzlich eine gewisse Staatsähnlichkeit¹⁰⁷⁸ bzw. Quasi-Staatlichkeit¹⁰⁷⁹ oder Staatsnähe¹⁰⁸⁰ aufweisen. Aufgrund ihrer Normsetzungsmöglichkeit seien Sportverbände „intermediäre Gewalten“¹⁰⁸¹ des gesellschaftlichen Lebens und somit Adressaten der Grundfreiheiten. Der Grund für die Erstreckung in privatrechtliche Rechtsbeziehungen wird in einer einheitlichen Anwendung der Grundfreiheiten zwischen den Mitgliedstaaten gesehen: Da die Grenzziehung zwischen privater und staatlicher Normsetzung in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich erfolgt, sollen Normen anhand der Grundfreiheiten unabhängig davon kontrolliert werden, ob sie ein privater oder staatlicher Urheber erlassen hat.¹⁰⁸² Kriterium für eine solche Position als intermediäre Gewalt sei eine (faktische) Machtstellung dieser Institution. Diese kann sich zum einen daraus ergeben, dass der Staat zugunsten privatrechtlicher Institutionen oder Organisationen seine Normsetzungsbefugnis zurücknimmt bzw. ihnen sonst hoheitliche Befugnisse überträgt (Machtstellung kraft staatlicher Verleihung) oder wenn private Verbände aufgrund ihrer gesellschaftli-

1075 Siehe dazu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 663 – 675; *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 Rn. 46 f.

1076 Dazu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 638 – 662.

1077 So die Einordnung von *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rn. 49.

1078 *Jarass*, in: FS Everling, 1995, S. 593 (594).

1079 *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 284.

1080 *Roth*, FS Everling, 1995, S. 1231 (1244).

1081 *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 769; *Kluth*, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV Rn. 49 spricht von „intermediären Mächten“; *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 92.

1082 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 92; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, C-415/93 – *Bosman*, Rn. 84.

chen Stellung gegenüber dem Einzelnen staatsgleich agieren können (soziale Machtstellung).¹⁰⁸³ „Die soziale Machtstellung kann sich sowohl aus dem hohen Organisationsgrad der maßgeblichen Personengruppen in einem (quasi-)monopolistischen Verband und seiner Durchsetzungsfähigkeit im politischen Prozess als auch aus der faktisch unvermeidlichen Inanspruchnahme der Vorteile solcher Verbände ergeben (etwa bei der Organisation von Wettbewerben unter Sportlern).“¹⁰⁸⁴

Die weitere Rechtsprechungsentwicklung zeigt jedoch, dass auch unabhängig von einer solchen sozialen Machtstellung individuelle Abreden unter Privaten am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen sein können.¹⁰⁸⁵ Mit der Entscheidung *Angonese*, in dessen Ausgangsfall es um eine privatrechtliche Stellenausschreibung einer italienischen Bank ging, wurde klargestellt, dass die Horizontalwirkung der Grundfreiheiten weder auf kollektive Regelwerke beschränkt ist, noch dass es auf eine Staatsnähe, Staatsähnlichkeit oder eine besondere Machtstellung ankomme.¹⁰⁸⁶ Die funktionale Betrachtungsweise des EuGH auf die Grundfreiheiten sowie der *effet utile* sprechen gegen eine Beschränkung auf Kollektivorganisationen, weil es für den angestrebten behinderungsfreien Verkehr im Binnenmarkt keinen grundsätzlichen Unterschied macht, in welcher Form eine Beschränkung erfolgt.¹⁰⁸⁷

Damit kommt dem Topos der intermediären Gewalten keine eigenständige Bedeutung (mehr) bezüglich der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten zu. Die Sportverbandsfälle sind jedoch deshalb bemerkenswert, weil der phänomenologische Ausgangspunkt der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten Organisationen waren, die aufgrund ihrer „Monopolstellung“ und privaten Rechtsetzungsbefugnis eine starke modal-strukturbezogene Machtstellung in ihren jeweiligen Sportsystemen einnehmen. Diese Machtposition, über Handlungsspielräume von individuellen Leistungsrol-

1083 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 93 mwN in Fn. 393.

1084 *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 93.

1085 Grundlegend EuGH, Urt. v. 06.06.2000, C-281/98 – *Angonese*, Rn. 34 – 36; siehe dazu – aus kritischer Perspektive – *Franzen*, in: Streinz, EUV/AEUV, 2018, Art. 45 AEUV Rn. 94 – 96.

1086 So auch überzeugend *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 681 f., 683 – 686.

1087 So überzeugend *Müller-Graff*, EuR 2014, 3 (21), der gleichzeitig darauf hinweist, dass Kollektivregeln deshalb „suspekt“ sind, weil sie als Kollektivregel per se nicht stimmig zum Leitbild eines wirtschaftsordnungsrechtlichen Systems der Wettbewerbsfreiheit seien; ähnlich auch *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459 (464 f.).

lentragern (Sportler*innen) entscheiden zu können, ist der Umstand, der vom Unionsrecht als regelungsbedürftig wahrgenommen wurde. Es verwundert daher nicht, dass der Begriff der „intermediären Gewalten“ kürzlich im Kontext der Regulierung sozialer Netzwerke wieder aufgeworfen wurde,¹⁰⁸⁸ also einem Bereich, in dem ebenfalls eine Organisation in erheblichem Umfang über die digitale Kommunikation entscheidet.

Darüber hinaus sind die Sportverbandsfälle auch deshalb interessant, weil sich im Unionsrecht – vielleicht sogar noch stärker als im nationalen Recht – die Abgrenzungsfrage zwischen dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts und der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten stellt: GA Lenz hat im Fall *Bosman*¹⁰⁸⁹ hervorgehoben, dass man die Sportverbandsfälle auch mithilfe des Wettbewerbsrechts lösen könnte.¹⁰⁹⁰ Hier stellt sich die oben aufgeworfene¹⁰⁹¹ Grundsatzfrage, die diese Untersuchung nicht beantworten kann, wie sich das Wettbewerbsrecht zu sozialen Phänomenen verhält, die zwar auch eine wirtschaftliche Komponente aufweisen, der soziale Konflikt jedoch primär innerhalb einer anderen Systemreferenz (hier: Sport) verläuft.

4. Jüngster Rekurs auf Macht

a. Standardisierungen als Normsetzungsmacht

Die Überlegungen zu den Sportverbandsfällen sowie zu den Grenzen des Wettbewerbsrechts haben gezeigt, dass unser Verständnis von wirtschaftlicher Macht weitgehend von der Vorstellung geprägt ist, dass eine Privatrechtsakteur*in über eine markmächtige Position verfügt und diese ausnutzt, um beispielsweise Konkurrenten vom Markt zu verdrängen o.ä. Aber im Wirtschaftssystem treten Machtphänomene auch in deutlich

1088 Knebel, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 282 – 287.

1089 GA Lenz, Schlussanträge v. 20.09.1995 zu EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Bosman*, Rn. 253 – 276.

1090 Diesen Ansatz verfolgt auch Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 745 – 775; auch Seyb, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 75 – 82 bevorzugt das Wettbewerbsrecht als ausschließlichen Prüfungsmaßstab gegenüber den Grundfreiheiten.

1091 Siehe oben § 3 IV 4 b.

amorpheren Strukturen auf. Ein Beispiel dafür sind Standardisierungen.¹⁰⁹² „Standards bzw. Normen kommen im Wirtschaftsleben eine überragende praktische Bedeutung zu.“¹⁰⁹³ Dabei entfalten sie, sofern sie sich im Markt etablieren, hinsichtlich des Wettbewerbs als wirtschaftlicher Institution ambivalente Wirkungen:¹⁰⁹⁴ Auf der einen Seite führen sie zu einer gewissen Homogenisierung der Produkte, sodass Informationskosten sinken, die Vergleichbarkeit der Produkte erhöht wird, und somit der Preiswettbewerb steigt. Auf der anderen Seite erschwert eine Standardisierung den Wettbewerb um die normierten Eigenschaften und hemmt damit den Wettbewerb über Produktdifferenzierung. Standardisierungen entfalten damit modalstrukturbezogene Macht: Sie ermöglichen bestimmte Handlungsspielräume für Unternehmen am Markt, schränken aber wiederum andere ein.

Ob sich ein Standard etabliert, bleibt häufig dem Markt überlassen; Normierungen sind erfolgreich, wenn Marktteilnehmer*innen ihnen Bedeutung zumessen.¹⁰⁹⁵ Ökonomisch kann man dies mithilfe von Netzeffekten erklären.¹⁰⁹⁶ Der Fall *Fra.bo*¹⁰⁹⁷ zeigt jedoch, dass auch private Normierungsorganisationen institutionell Standardisierungen und Zertifizierungen vornehmen, auf die dann ggf. das staatliche Recht Bezug nimmt. Die modalstrukturbezogene Machtposition der Standardisierungs- und Normierungsorganisationen kann dann als Normsetzungsmacht¹⁰⁹⁸ umschrieben werden.¹⁰⁹⁹ Der EuGH übertrug¹¹⁰⁰ folgerichtig seine Rechtsprechungslinie zu den Sportverbänden auf die Normierungsorganisation und erklärte auch die Warenverkehrsfreiheit für unmittelbar anwendbar.¹¹⁰¹ Da-

1092 Siehe zu Standardisierungen im Kontext privater Ordnungen *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481 – 494).

1093 *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).

1094 Zum Folgenden *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).

1095 *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (765).

1096 Zu einem solchen Ansatz *Engert*, RW 2014, 301 (311 – 321).

1097 EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo SpA/DVGW*.

1098 *Engert*, RW 2014, 301 (303, 336).

1099 Siehe auch unten § 7 II 4 zum Verhältnis von privater Ordnung und privater Macht.

1100 So auch *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (767 f.) die darauf hinweist, dass der EuGH nicht ausdrücklich an seine bisherigen Entscheidungen zur Privatrechtswirkung der Grundfreiheiten anknüpft.

1101 EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11 – *Fra.bo SpA/DVGW*, Rn. 26, 31.

mit wurde auch diese Form der modal-strukturbezogenen Macht anhand der Grundfreiheiten kontrolliert.¹¹⁰²

b. Macht und Technik: Digitale Plattformen als Infrastruktur

Roßnagel greift den Machtdiskurs auf und nimmt die Technik in den Fokus seiner Überlegungen. Ihm geht es um das Verhältnis von Technik und Recht zu gesellschaftlicher Macht, insbesondere um durch Technik vermittelte Macht und durch Technik bewirkte Freiheitsbeschränkungen. Diese Zusammenhänge sollten vom Recht stärker reflektiert werden.¹¹⁰³ Er stellt dabei fest, dass Technik und Macht eng miteinander zusammenhängen: „Die neue Technik eröffnet für die einen neue Handlungsmöglichkeiten und schränkt die Handlungsspielräume von anderen ein.“¹¹⁰⁴ Hier tritt ein stark modal-geprägtes Machtverständnis zum Vorschein, das primär auf die Gestaltung von Handlungsoptionen abstellt. So kann derjenige Akteur die verhaltensbestimmende Macht der Technik am besten zu seinem eigenen Vorteil nutzen, der sie für seine Zwecke gestalten und beherrschen kann. Dies gelingt am ehesten durch technische Infrastrukturen, also solchen Techniksystemen, die ständig und flächendeckend Dienstleistungen gleicher Qualität erbringen (sollen). Darunter fallen neben klassischen Netzgütern wie Strom- und Wasserversorgung, Infrastrukturen wie der Flugverkehr, aber auch Suchmaschinen und soziale Netzwerke.¹¹⁰⁵ Insbesondere letztere wurden als „mächtige Kommunikationsintermediäre“¹¹⁰⁶ identifiziert, die „in weitem Umfang private Kontrolle über digitale Infrastruktur ausüben“, und es somit zu einer „Ballung sozialer Macht“ komme.¹¹⁰⁷ „Für ihre Nutzung gelten Bedingungen und Regeln, die alle beachten müssen. Wer diese Bedingungen und Regeln bestimmen kann, schafft den idealen Sachzwang. Hier geht es nicht um Sollen oder Dürfen, sondern schlicht um Können.“¹¹⁰⁸ Die Relevanz von modal-strukturbezogenen Machtverhältnissen in digitalen Kontexten beont auch *Mendelsohn*: Digitale Macht zeichne

1102 Zur vom EuGH offengelassenen Frage, ob die Wettbewerbsvorschriften als Maßstab heranzuziehen sind *H. Schweitzer*, EuZW 2012, 765 (766 f., 769 f.).

1103 *Roßnagel*, MMR 2020, 222.

1104 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).

1105 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).

1106 *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (18).

1107 *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (4 f.).

1108 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).

sich primär dadurch aus, dass digitale Plattformen durch die von ihnen aufgestellten privaten Ordnungen ihren jeweiligen Wirkungsbereich gestalten, regeln und regulieren.¹¹⁰⁹

Wenn das Bundesverfassungsgericht im Maßstäbeteil des Stadionverbotsbeschlusses von der „sozialen Mächtigkeit“ eines Privatrechtsakteurs spricht,¹¹¹⁰ dann möchte meines Erachtens das Gericht mit diesem Begriff genau diese modal-strukturbezogene Machtposition – in diesem Fall des DFB –, nämlich den eigenen sozialen Bereich zu gestalten, zu regeln und zu regulieren, beschreiben. Hier zeigt sich der Unterschied zum Begriff der Ungleichgewichtslage in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 GG, mit dem primär kausal-interaktionsbezogene Machtphänomene adressiert werden sollen. Für soziale Netzwerke wurden daher zutreffend die Begriffe „soziale Macht“ und „strukturelle Macht“ synonym verwendet.¹¹¹¹ Der grundrechtsdogmatische Begriff der sozialen Mächtigkeit adressiert damit modal-strukturbezogene Machtverhältnisse.

Die Macht der Technik sei dabei stark ausgeprägt, weil man ihr den Machtcharakter nicht mehr ansieht, da sie neutral wirkt – Technik erscheint ihren Nutzern als Sachzwang.¹¹¹² *Roßnagel* stellt dann einen unmittelbaren Bezug zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts her und knüpft an den Topos der sozialen Mächtigkeit¹¹¹³ an: Wenn die Ausübung von Grundrechten zu Akkumulation von gesellschaftlicher Macht führe, dann könne diese Macht durch die Grundrechte anderer begrenzt werden.¹¹¹⁴ Dies gelte insbesondere für private Anbieter von digitaler Infrastruktur wie Google, Facebook, YouTube, Instagram oder Twitter: „Je abhängiger die Gesellschaft von ihren Infrastrukturleistungen ist und je tiefgreifender ihre Leistungserbringung die Verwirklichung von Grundrechten, insbesondere der informationellen Selbstbestimmung und der gesellschaftlichen Kommunikation, beeinflusst, desto eher unterliegen sie einer staatsgleichen Grundrechtsbindung.“¹¹¹⁵ Dabei wird die pauschale These vertreten, dass je größer die gesellschaftliche Macht sei, desto stärker

1109 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 – 860).

1110 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

1111 *I. Augsburg/Petras*, JuS 2022, 97 (102).

1112 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222).

1113 Siehe dazu oben § 5 IV 1.

1114 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (223); die Grundrechtswirkungen im Digitalbereich in Anbetracht „mächtiger Kommunikationsintermediäre“ akzentuiert *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (18).

1115 *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (223).

müsse die Grundrechtswirkung sein.¹¹¹⁶ Der Gedanke einer intensiveren Grundrechtswirkung im Privatrecht wird später noch vertiefend aufgegriffen werden.¹¹¹⁷

Diese modal-strukturbezogene Machtposition digitaler Infrastruktur, wie sie primär digitale Plattformen gegenüber ihren Nutzer*innen innehaben,¹¹¹⁸ ist aber nicht nur für die Grundrechte relevant. Auch das politische System hat hier einen Handlungs- und Regulierungsbedarf identifiziert. Paradigmatisch dafür stehen aktuell auf Unionsrechtsebene die beiden legislativen Rechtsakte des *Digital Markets Act* (DMA)¹¹¹⁹ sowie des *Digital Services Act* (DSA)¹¹²⁰. Während der DMA primär auf die Regulierung von Transaktionsplattformen wie z.B. Amazon abzielt, die eine digitale Infrastruktur für ökonomische Transaktionen bereitstellen (sog. „Gatekeepers“), adressiert der DSA Interaktionsplattformen wie z.B. Facebook, die Sozialität im digitalen Raum ermöglichen und regeln.¹¹²¹ In beiden Fällen hat die Legislative die modal-strukturbezogenen Machtpotentiale digitaler Plattformen erkannt.

Digitale Plattformen können im digitalen Zeitalter als bedeutende Intermediäre – ähnlich wie Verbände – angesehen werden: „Verbrauchern – und in wachsendem Umfang auch Unternehmen – wird die Navigation durch diese neue Welt durch eine neue Kategorie von Intermediären erleichtert: Unter Nutzung komplexer Suchalgorithmen und Datenanalyseverfahren bereiten digitale Plattformen Informationen über attraktive Interaktionschancen und -partner auf und versuchen, unter möglichst präziser Berücksichtigung der Nutzerpräferenzen effiziente Interaktions- bzw. Transaktionschancen zu vermitteln. Sie werden so bei einer wachsenden Vielzahl von Interaktionen zu unerlässlichen Vermittlern.“¹¹²² *Heike Schweitzer* ver-

1116 *Rofsnagel*, MMR 2020, 222 (223 f.); dagegen überzeugend *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (280): „Weil die Schaffung privater Ordnung unter dem GG nicht verboten, sondern im Gegenteil von den Freiheitsrechten geschützt ist, gilt es bereits sehr sorgsam abzutasten, ob und wo genau im konkreten Kontext ein Missbrauch privater Macht droht, der es notwendig machen würde, die Richtigkeitsvermutung der privatautonomen Vereinbarung in Frage zu stellen und die Freiheitsphären der Beteiligten unter Rekurs auf die grundrechtlichen Wertungen anders auszutazieren als die Vertragsparteien selbst.“

1117 Siehe dazu unten § 9 I 1 a.

1118 Siehe dazu und zum Folgenden auch unten § 10 II 1 im Kontext des Facebookfalls.

1119 VO (EU) 2022/1925 vom 14.09.2022.

1120 VO (EU) 2022/2065 vom 19.10.2022.

1121 Siehe dazu im Kontext der Plattformregulierung *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138.

1122 *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (2).

weist in diesem Zusammenhang – noch deutlicher als *Rofsnagel* dies tut – darauf, dass digitale Plattformen nicht nur aufgrund der technischen Kontrolle über die Plattform bestimmte Sachzwänge gegenüber den Nutzer*innen der bereitgestellten Infrastruktur ausüben. Die bloße technische Bereitstellung einer Plattform und die bereitgestellten (technischen) Möglichkeiten der Nutzer*innen auf der Plattform werden mit der Einrichtung spezifischer Institutionen und Regeln verknüpft, die die Interaktionen auf der Plattform regulieren: Digitalen Plattformen treten als „private Gesetzgeber“ auf.¹¹²³

V. Von Macht zur Exklusion

Damit konnte *Renner's* These widerlegt werden, dass modal-strukturbezogene Machtphänomene im und für das Privatrecht keine Rolle spielen. Sie bleiben aber deshalb weitgehend für die Privatrechtstheorie unsichtbar, weil sie sich (1.) nicht auf bestimmte Teilrechtsgebiete beschränken und (2.) traditionell innerhalb öffentlich-rechtlicher Institute wie der Grundrechte oder der Grundfreiheiten diskutiert worden sind. Welche Relevanz hat dieses soeben gezeichnete Panorama von Machtphänomenen und ihre Rezeption im Recht sowie in der Rechtswissenschaft für die Analyse des Stadionverbotsfalls? Das Panorama verdeutlicht mehrere Aspekte:

(1.) Zunächst lässt sich sowohl in den Sozialwissenschaften als auch in der Rechtswissenschaft eine Akzentverschiebung hinsichtlich der relevanten Machtbegriffe ausmachen. Während interaktionsbezogene und kausal-konzipierte Machtbegriffe immer weniger die aktuellen sozialen Konflikte beschreiben können, die an das Recht herangetragen werden, werden verstärkt modale und strukturbezogene Machtkonzeptionen betont. Für das hier relevante Rechtsinstitut des Vertrages und das allgemeine Vertragsrecht wurde dies jedoch unzureichend aufgegriffen. Zwar betont *Renner*, dass mit dem Verbraucherrecht auch bestimmte Handlungsoptionen von Privatrechtsakteuren thematisiert werden – dabei handelt es sich jedoch um ein bereits ausdifferenziertes Teilrechtsgebiet. Das allgemeine Vertragsrecht wird von modalen und strukturbezogenen Machtphänomene weitgehend freigehalten, weil aufgrund des Fokus auf der Privatautonomie und der

1123 *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (3 –6); siehe allgemein zu solchen privaten Ordnungen unten § 7 sowie speziell zur privaten Kommunikationsordnung Facebooks unten § 10 II.

bilateralen Vertragsvereinbarung der Bezugspunkt für relevante Machtphänomene von vornherein verengt wird.

(2.) Insbesondere die soeben diskutierten Machtphänomene können am ehesten mit modal-strukturbezogenen Machtbegriffen beschrieben werden: Organisationen im Allgemeinen und Verbände im Besonderen ordnen das soziale Leben innerhalb sozialer Systeme und schaffen damit erst spezifische Handlungsmöglichkeiten, schließen aber gleichzeitig auch andere Handlungsoptionen aus, die nicht auf der Agenda der jeweiligen Organisation stehen. Der Topos der intermediären Gewalten im Unionsrechts verdeutlicht die Rolle, die private Organisationen für die Gesamtstruktur sozialer Systeme einnehmen: Fehlt es an staatlichen Rechtsnormen oder wird ihnen die Rechtssetzungsgewalt übertragen, übernehmen sie die relevante Normsetzung, die das soziale Handeln innerhalb des jeweiligen sozialen Systems steuert. Diese Normsetzung muss dabei nicht zwingend formal erfolgen, sondern kann auch amorphere Formen annehmen, wie Standardisierungen zeigen. Im digitalen Kontext kommen alle Probleme sogar zusammen: Digitale Plattformen steuern nicht nur durch den Einsatz von Technik, sondern ergänzend auch über die Setzung von Verhaltensstandard als soziale Verhaltensnormen auf der jeweiligen Plattform. Als Infrastruktur bestimmen sie noch stärker als frühere Verbandsstrukturen über Handlungsoptionen einzelner Akteure.

(3.) Diese beschriebenen Phänomene weisen jedoch auch einen Bezug zum Vertrag und damit zum Vertragsrecht auf: Die Mitgliedschaft in einer Organisation oder einem Verband wird durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet. Der Vertrag ist das zentrale Mittel, um Mitgliedschaft zu begründen und sich damit der Organisations- und Regelungsmacht der Organisation zu unterwerfen. Dies gilt auch für die Nutzung einer sozialen Plattform im digitalen Kontext. Der Nutzungsvertrag mit der Plattform ist einerseits der Schlüssel für eine einzelne Nutzer*in, die angebotene Infrastrukturleistung der Plattform zu nutzen. Andererseits ist dieser Vertrag das Vehikel für die Erstreckung der Nutzungsbedingungen und Verhaltensstandards.¹¹²⁴ Diese Beispiele zeigen: Anders als dies Renner behauptet, sind auch modal-strukturbezogene Machtphänomene von unmittelbarer Relevanz für das Privatrecht. Allerdings – und diesbezüglich behält er recht – ist es schwierig, diese Machtbeziehungen im Recht abbildbar zu machen. Die Machtphänomene als modal-strukturbezogen zu bezeichnen, kann nur ein erster analytischer Schritt sein. Gerade weil sie kausal-interaktionsbezo-

1124 Siehe dazu ausführlich unten § 10 II.

genen Machtphänomenen diametral entgegenstehen, ist es aus privatrechtstheoretischer Perspektive schwierig, rechtsintern zu reflektieren, welches dieser modal-strukturbezogenen Machtphänomene inwieweit regelungsbedürftig sind. Das Recht ist auf eine konkrete Beschreibung des sozialen Konfliktes angewiesen.

(4.) Geht es damit um die Beschreibung von sozialen Strukturen, können differenzierungs- bzw. systemtheoretische Ansätze herangezogen werden. Damit soll hier die Inklusionsfunktion des Vertrages aufgegriffen werden. Machtphänomene können nicht nur in Relation zu bestimmten Teilrechtsgebieten re-spezifiziert werden, sondern auch – und gerade primär – in Relation zu spezifischen sozialen Systemen. Dies bietet sich insbesondere dann an, wenn sich noch kein spezielles Teilrechtsgebiet wie das Wettbewerbs- oder Verbraucherrecht ausdifferenziert hat, sondern man mit dem allgemeinen Vertragsrecht arbeiten muss. Dann können die einzelnen Funktionsbeschreibungen des Vertrages auf privatrechtstheoretischer Ebene helfen, bestimmte Machtphänomene in Bezug auf diese Funktionen zu denken. Macht, insbesondere modal-strukturbezogene Macht, kann dann auch auf die Inklusionsfunktion spezifiziert werden. Macht bedeutet dann, dass Akteure und Akteurinnen über ihre strukturelle Stellung innerhalb eines sozialen Systems nicht nur allgemein private Regeln setzen, sondern auch Zugangsregeln setzen können. Sie entscheiden mit anderen Worten darüber, ob und nach welchen Kriterien Inklusion in das jeweilige Funktionssystem möglich ist. Wird diese Inklusion verwehrt, kann der Gegenbegriff „Exklusion“ herangezogen werden. Der differenzierungstheoretische Begriff der Exklusion ermöglicht eine Analyse anhand des oben vorgestellten Modells mit spezifischem Bezug zu Inklusions- und Exklusionsmöglichkeiten innerhalb eines sozialen Systems.

(5.) Verschiebt man damit den Machtbegriff hin zu einem Exklusionsbegriff lassen sich die oben angeführten Machtbeispiele auch damit beschreiben: Wird die Inklusion in ein Funktionssystem (ausschließlich) über eine Organisation vermittelt, benötigt eine Akteur*in die Mitgliedschaft in dieser Organisation. Erhält sie diese Mitgliedschaft nicht, gilt sie bezüglich dieses Funktionssystems als exkludiert. Auch Standards können eine exkludierende Wirkung für diejenigen entfalten, die diesen Standards nicht folgen möchten. Auch soziale Plattformen kennen als schärfste Sanktion die Exklusion ihrer Mitglieder, beispielsweise indem für mehrere Tage

die aktiven Funktionen von Nutzeraccounts gesperrt werden, wie der Fall *Facebook* zeigt.¹¹²⁵

(6.) Auch der soziale Konflikt, der dem Stadionverbotsbeschluss zugrunde liegt, kann am ehesten durch den Begriff der Exklusion beschrieben werden. Wie oben dargelegt, kommt dem Zuschauervertrag mit Blick auf den sozialen Konflikt der Stadionverbote eine Inklusionsfunktion zu. Die soziale Macht des DFB besteht hier darin, Regeln in Form der Stadionverbotsrichtlinien für diese Inklusion aufzustellen. Diese Zugangsregeln bestimmen in erheblichem Maße über die Handlungsoptionen der Fußballzuschauer*innen: Erfüllen sie die Bedingungen bzw. haben kein Stadionverbot erhalten, so können sie als Publikum das Stadion betreten und in ihrer Publikumsrolle in das Sportsystem inkludiert werden. Diejenigen, die ein Stadionverbot erhalten haben, wird diese Inklusion verwehrt – ihre sozialen Handlungsoptionen werden dadurch eingeschränkt.

Beschreibt man die Machtbeziehung im Stadionverbotsfall zwischen DFB bzw. dem einzelnen Verein auf der einen Seite und den Fußballfans auf der anderen Seite (bzw. analysiert man die strukturelle Position, die der DFB im Fußballsportsystem einnimmt), dann kommt auf analytischer Ebene dem Topos der „sozialen Mächtigkeit“ keine eigenständige Bedeutung zu. Da diese modal-strukturbezogene soziale Machtstellung nach hier vertretener Ansicht auf die Inklusion bezogen werden muss, kommt es nur noch darauf an, inwieweit der DFB über diese Inklusion entscheiden kann.

VI. Zwischenergebnis

Der Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts hat den Topos der „sozialen Mächtigkeit“ als dogmatischen Abwägungsbegriff etabliert. Damit hat sich die Frage aufgedrängt, ob zumindest Ausschnitte des sozialen Konfliktes mithilfe von Machtbegriffen beschrieben werden können und ob solche Phänomene für das (Vertrags-)Recht relevant sind. Dieses Kapitel konnte zeigen, dass zwar ein privatrechtstheoretischer Diskurs über private Macht und ihre Bedeutung für das Privatrecht geführt wird, dieser jedoch bestimmte soziale Machtphänomene, insbesondere modal-strukturbezogene Machtkonstellationen, ausblendet. Die Beispiele aus der frühen Grundrechtsdogmatik zu ihrer Privatrechtswirkung, der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten, die Verbändediskussion, organisationsso-

1125 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*; näher dazu unten § 10 II.

ziologische Beschreibungen, Standardisierungen sowie Macht durch Technik – heute primär ausgehend von digitalen Plattformen – haben gezeigt, dass die modernen Machtprobleme für das Privatrecht solche modal-strukturbezogener Art sind.

Machtbegriffe allgemein und modal-strukturbezogene Machtbegriffe im Besonderen sind jedoch für das Recht schwer operationalisierbar. In Ergänzung zum Vorschlag, dass Macht und ihre Bedeutung auf einzelne Teilrechtsgebiete re-spezifiziert werden sollte, wurde begründet, dass Macht auch auf soziale Kontexte re-spezifiziert werden kann und sollte. Wendet man damit Macht auf die Inklusionsfunktion des Vertrages an, können modal-strukturbezogene Machtkonstellationen präziser mit dem Begriff der Exklusion beschrieben werden: Relevant und zu beschreiben sind die Umstände, die zu einer sozialen Exklusion aus einem sozialen Funktionssystem führen bzw. diese begünstigen. Auch der Stadionverbotsfall lässt sich als Exklusionskonflikt re-formulieren: Im Zentrum der Auseinandersetzung zwischen dem Fußballultra und dem DFB steht der Ausschluss aus dem Stadion, der – wie noch zu zeigen sein wird – zu sozialer Exklusion führen kann. Diese Exklusion wird dadurch stabilisiert und normalisiert, indem der DFB mit den Stadionverbotsrichtlinien Exklusionsregeln aufgestellt hat. Die genaue Beschreibung dieser beiden Aspekte ist Gegenstand der beiden nachfolgenden Kapitel.

§ 6 Stadionverbote als Exklusionskonflikt

Im vorherigen Kapitel wurde ein Macht- und ein Exklusionspanorama gezeichnet. Dabei wurde die These aufgestellt, dass sich der soziale Konflikt um die Stadionverbote primär als Exklusion durch Organisationen beschreiben lässt; die „soziale Mächtigkeit“ des DFB als Adressat der Gleichbehandlungspflichten durch den Stadionverbotsbeschluss resultiert dabei aus dem sozialen Kontext, den dieser Akteur im Teilsystem (Fußball-)Sport einnimmt: Er entscheidet über die Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) in erheblichem Umfang über die Inklusions- und Exklusionsentscheidungen im Fußballsportsystem. In den folgenden zwei Kapiteln soll dieser sozia-

le Kontext auf der Meso- und Mikroebene genauer aufgezeigt werden. Dieses Kapitel beschreibt dabei primär die Akteurskonstellationen¹¹²⁶ im Fußballsportsystem in ihrer Relevanz zu Stadionverboten, während das nachfolgende Kapitel das normative Governanceregime untersucht.

Zwei zusammenhängende Entwicklungslinien im Fußballsport und seinen Zuschauer*innen führen an den Ausgangspunkt, um den sozialen Konflikt um die Stadionverbote verstehen zu können: (1.) Die Ausdifferenzierung des Fußballsports wird von umfassenden, noch anhaltenden Kommerzialisierungstendenzen begleitet; das Fußballspiel im Stadion wird zu einem Event. Dies hat dazu geführt, dass (2.) Vereine und Verbände neue – insbesondere konsumorientierte – Zuschauergruppen erschließen konnten und die Gestaltung des gesamten Events „Stadionerlebnis“ vermehrt an dieser Gruppe ausrichten. Gleichzeitig differenzierten sich neue Fangruppen heraus: die Ultras. Sie zeichnen sich durch eine traditionale Verbundenheit mit „ihrem“ Verein bzw. „ihrer“ Stadt aus und erheben Anspruch auf Partizipation, also auf Mitgestaltung des Fußballsports. Sie sind es auch, die in erheblichem Umfang von Stadionverboten betroffen sind bzw. waren. Unter Umständen führen Stadionverbote zu sozialer Exklusion, indem davon betroffene Personen aus ihrem sozialen Umfeld (der Ultragruppe) herausgerissen werden und ihnen die Partizipation am Sportsystem erschwert wird.

Das Bedürfnis des DFB nach einem gewaltfreien, kommerziell erfolgreichen Fußballereignis im Fußballstadion führt zur Etablierung von Stadionverboten. Allerdings werden Stadionverbote in der sozialen Welt der beteiligten Akteure unterschiedlich gedeutet: Der DFB sieht sie als notwendige präventive Mittel an, um Gewalt in und um Fußballstadien zu begegnen. In der sozialen Welt der Ultras werden sie jedoch als faktische Sanktion angesehen. In diesem Kontext besteht die soziale Machtposition des DFB darin, über private Ordnungsmechanismen (SVRL) die soziale Exklusion zu normalisieren und den Deutungskonflikt – abgestützt durch das Privatrecht – für sich zu entscheiden. Nach hier vertretener These macht dieser Umstand die „einseitige Bestimmungsmacht“ – wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert – aus.

Zwei Gründe sprechen dafür, auch in einer juristischen Arbeit das Fußballsportsystem eingehend zu beschreiben: (1.) Der soziale Konflikt

1126 Für einen stichwortartigen Überblick aller Akteure und Konfliktlinien mit Bezug zu Stadionverboten, die in diesem Kapitel nicht erschöpfend wiedergegeben werden können, siehe *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (181, 184).

um die Stadionverbote ist in einen vielschichtigen Konflikt eingebettet. Es ist Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz, die sich auch bei Intra-systemkonflikten dazu verpflichtet, einen umfassenden Durchgang durch eine Vielzahl von Rationalitäten bzw. Sichtweisen zu wählen. (2.) Dabei hat die Überführung von soziologischem Wissen in die Wissensbestände der Rechtswissenschaft keinen Selbstzweck. Das Recht bzw. die Rechtswissenschaft neigt an vielen Stellen dazu, einen sozialen Konflikt zu stark zu vereinfachen oder zu dekontextualisieren. Oben konnte dies im Zusammenhang mit dem dogmatischen Begriff der „strukturellen Ungleichgewichtslage“ gezeigt werden: Hier wird das Ungleichgewicht zwischen zwei Akteur*innen (Mikroebene) postuliert, ohne dass der größere soziale Kontext (Meso- und Makroebene) berücksichtigt wird, obwohl es häufig diese Strukturen sind, die sich dann auf die Mikroebene auswirken und zu einer „Ungleichgewichtslage“ führen. Die Ausführungen in diesem Kapitel haben – dem Konzept der Transversalität verpflichtet – primär deskriptiven Charakter. Eine ausführliche Beschreibung des Konfliktes um die Stadionverbote hat jedoch nicht nur methodische Gründe, sondern ist auch im juristischen Diskurs in Anbetracht der teils einseitigen Argumentation in der Entscheidung des BGH¹¹²⁷ und der Bewertung des Stadionverbotsbeschlusses, dass hier im Ergebnis lediglich *common sense* entschieden worden sei,¹¹²⁸ dringend notwendig.

I. Kommerzialisierung des Fußballs

Die Professionalisierung der einzelnen Sportler*innen, also die Etablierung eines Berufs- und Profisports, war eine wesentliche Strukturveränderung, die die Ausdifferenzierung des Systems Sport gefördert hat.¹¹²⁹ Für den Fußballsport ist dies ab dem 24.08.1963 auszumachen:¹¹³⁰ Ab diesem Tag begann der Spielbetrieb der neugeschaffenen Fußballbundesliga unter der Regie des DFB. Die Bundesliga ermöglichte es erstmals, sich als Berufsspie-

1127 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 23.

1128 Ruffert, VerfBlog 2018/4/30.

1129 Zur Ausdifferenzierung des Sportsystems siehe *Schimank*, in: Mayntz et al. (Hrsg.), *Differenzierung und Verselbstständigung*, 1988, S.181 (183 – 194); die Bedeutung der Professionalisierung für diesen Prozess akzentuiert *Stichweh*, *Inklusion und Exklusion*, 2016, S. 147.

1130 Dazu und zum Folgenden *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), *Fanverhalten im Sport*, 2017, S. 183 (186, 192).

ler zu etablieren. Auch wenn die meisten Spieler noch einen weiteren Beruf ausübten, kam es bereits hier zu einer ersten Differenzierung zwischen den beruflichen Spielern auf dem Platz und den Fans auf den Tribünen bzw. am Spielfeldrand. Dadurch entwickelte sich ebenfalls eine eigene Fußballfankultur. Aufgrund der Herausbildung einer organisierten Fankultur und dem wachsenden medialen Interesse stiegen die Einnahmen der Vereine. Dies führte zu einem wachsenden finanziellen Spielraum und damit zur einhergehenden Professionalisierung des Fußballs. Seit der Schaffung der Deutschen Fußballliga (DFL) am 01.07.2001 wurde dann die Grenze zwischen Profi- und Amateursport gezogen. Beschlüsse des DFB und der DFL ermöglichten es, Kapitalgesellschaften am Spielbetrieb teilhaben zu lassen. „Sie sind als logische ökonomische Folge der beschriebenen Kapitalakkumulation innerhalb der Lizenzvereine zu verstehen. Und sie bedienen die Forderung der Bundesligavereine nach wirtschaftlicher, organisatorischer und rechtlicher Selbstständigkeit gegenüber dem DFB“¹¹³¹

Die Professionalisierung des Fußballs, also die Abgrenzung eines eigenständigen Profifußballs gegenüber dem Amateursport, führt dazu, dass sich der Fußball im Laufe des 20. Jahrhunderts zu einem wirtschaftlichen Geschäft entwickelte.¹¹³² Dabei waren es aber nicht nur die internen Prozesse innerhalb des Sportsystems; auch das Wirtschafts- und Mediensystem traten an den neuen Profifußball heran und verstärkten die bisherige Ökonomisierung.¹¹³³ Es kam zu einer Kommerzialisierung des Fußballs.¹¹³⁴ Ab den 1980er Jahren stieg die Fernsehberichterstattung über Fußball und ermöglichte den Zuschauer*innen durch den Einsatz von Technik Perspektiven auf das Spielgeschehen, die Zuschauenden im Stadion aufgrund des festen Platzes nicht möglich sind.¹¹³⁵ Dennoch kam es nicht zu einem Rückgang der Stadionbesucher*innen.¹¹³⁶ Die mediale Aufbereitung von Bundesligaspielen und die Etablierung quotenfähiger Programmformate

1131 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), *Fanverhalten im Sport*, 2017, S. 183 (192).

1132 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (501 f.).

1133 Siehe dazu *Gerhard*, in: Holtz-Bacha (Hrsg.), *Fußball – Fernsehen – Politik*, 2006, S. 44; *Meyen*, M&K 2014, 377.

1134 *Gabler*, *Die Ultras*, 2013, S. 83 – 92 spricht auch von der Kommodifizierung, also der Entwicklung des Fußballs zur Ware.

1135 Vgl. dazu *Gabler*, *Die Ultras*, 2013, S. 84 – 86.

1136 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (504 f.).

hat dazu geführt, dass neue Zuschauerschichten erschlossen werden konnten: die konsumorientierten Zuschauer*innen, die bisher dem Fußball fernblieben.¹¹³⁷

Der bisher letzte Schritt in der Kommerzialisierung des Fußballs ist die „Eventisierung von Stadionbesuchen“. Damit ist gemeint, dass es im Fußballstadion nicht mehr nur um das Fußballspiel auf dem Rasen geht. Der Stadionbesuch soll ein Erlebnis¹¹³⁸ sein, bei dem man sich wohlfühlt und das zum Konsum anregt. Es geht damit um Veränderungen des Events Fußball – nicht um Veränderungen des Sports Fußball an sich: Stehplätze nehmen ab, Logen und Sitzplätze nehmen zu, neue Zielgruppen sollen erschlossen werden. Die Stadien verändern sich: Stadien und Tribünen verlieren ihren örtlichen Bezug und werden nach Sponsoren benannt. Die Verpflegung im Stadion verwandelt sich zum Catering: Bratwurst und Bier werden durch Sushi oder mehrgängige Menüs in den Logen abgelöst.¹¹³⁹

Der Stadionbesuch als Event soll mehr und mehr neue, konsumorientierte Fans anlocken.¹¹⁴⁰ *Peltzer* fasst dies treffend zusammen: „Die traditionellen Fans sind mehr und mehr unerwünscht, da der Verein kaum mehr auf sie angewiesen ist. Die Eintrittspreise nehmen nur noch einen kleinen Teil der Gesamteinnahmen ein (der Großteil stammt aus Sponsoren- und Fernsehgeldern), von den Einnahmen der Stehplätze ganz zu schweigen. Die Stimmung wird inzwischen künstlich durch aufdringliche Musikeinspielungen und Cheerleader von außen beeinflusst. Der Abschied der Vereine von ihrem Stammpublikum – den Fans – folgt einer wirtschaftlichen Logik.“¹¹⁴¹ Diese Entwicklung ist der wichtigste Grund, warum sich der Fußball zum bedeutendsten Zuschauersport in Deutschland entwickelt hat; im Mittelpunkt steht jedoch kaum mehr der Sport an sich, sondern der Fußball als gesellschaftliches Ereignis.¹¹⁴²

Die Ökonomisierung des Fußballs hat Folgen insbesondere für die traditionellen Fans, welche den Fußball primär in seiner sportlichen und emotionalen Bedeutung betrachten: „Vor allem aber sind auch die *traditio-*

1137 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (505).

1138 *Winands*, *Interaktionen von Fußballfans*, 2015, S. 14: Stadionbesuch als das „echte“ Fußballerlebnis.

1139 *Peltzer*, in: *Eick/Sambale/Töpfer* (Hrsg.), *Kontrollierte Urbanität*, S. 285 (286).

1140 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (506 – 508).

1141 *Peltzer*, in: *Eick/Sambale/Töpfer* (Hrsg.), *Kontrollierte Urbanität*, S. 285 (286).

1142 Vgl. *Gabler*, in: *Thole et al.* (Hrsg.), *Fußball als Soziales Feld*, 2019, S. 77 (77).

nellen Fans von der Kommerzialisierung betroffen, als sie eine Vielzahl von Repressionen erdulden mussten, die aufgrund einer Neuausrichtung des kommerzialisierten Fußballs auf *neue* Fans und Sponsoren erfolgten.“¹¹⁴³ Das Fußballerevent ist damit primär an neuen, konsumorientierten Fans ausgerichtet. Da darüber hinaus die wirtschaftliche Bedeutung der Ticketpreise für die einzelnen Vereine gesunken ist, spielen traditionelle Fans mit Dauerkarte, die sich „ihrem“ Verein emotional verbunden fühlen, aus ökonomischer Sicht der Vereine nur noch dahingehend eine Rolle, dass sie mit ihren Sprechchören, Fahnen und Bannern¹¹⁴⁴ zum Stadionevent beitragen.¹¹⁴⁵

Die Ausdifferenzierung des Sportsystems mit seinem Teilsystem des modernen Fußballs wird damit vom Grundkonflikt zwischen Kommerzialisierung und Tradition begleitet. Entlang dieser Konfliktlinie verläuft beispielsweise auch die Diskussion um die sog. „50+1-Regel“.¹¹⁴⁶ Auch wenn es sich nach hier vertretener These bei den Stadionverboten um einen Intrasystemkonflikt innerhalb des Sportsystems handelt,¹¹⁴⁷ zeigt sich hier die Multilateralität des Zuschauervertrages in aller Deutlichkeit: In der Sportinstitution des Fußballstadions treffen die Rationalitäten des Sports, der Wirtschaft und – näher dazu sogleich – der Ultrakultur aufeinander. Hier mündet die Entwicklungslinie „Kommerzialisierung des Fußballs“ in den konkreten sozialen Konflikt um die Stadionverbote. Die Stadionverbote sind ein zentrales Instrument des DFB und der Vereine ihre kommerziellen Interessen gegenüber anderen Interessen abzusichern: Stadionverbote verfolgen nach dem Nationalen Konzept Sport und Sicherheit (NKSS) insbesondere das Ziel, dass alle sportinteressierten Zuschauer*innen gefahrlos zu Sportveranstaltungen gehen und sich diese anschauen können.¹¹⁴⁸ Stadionverbote sind damit ein wichtiges Instrument, um dauerhaft neue Sport-

1143 *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (501).

1144 Siehe dazu unten § 6 II 3.

1145 Vgl. *Gabler*, *Die Ultras*, 2013, S. 90 f.; *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (518): „Trotz allem kann auf die traditionellen Fans nicht verzichtet werden, da sie noch immer für die Stimmung und Emotionen im Stadion entscheidend sind: Die Fankurve wird gebraucht, gerade um die Ereigniskultur zu befördern.“

1146 Siehe dazu aus je unterschiedlicher Perspektive *Scherzinger*, *NZKart* 2020, 496; *Heller*, *SpoPrax* 2021, 186; *Bauers*, *SpoPrax* 2021, 192.

1147 Siehe dazu oben § 2 V 2, § 4 V 4.

1148 *Peltzer*, in: *Eick/Sambale/Töpfer* (Hrsg.), *Kontrollierte Urbanität*, S. 285 (288).

zuschauer*innen zu gewinnen; gleichzeitig sind es jedoch überwiegend traditionsorientierte Fans, welche von Stadionverboten betroffen sind.

II. Sportzuschauer, Fußballfans und Ultras

Der vorherige Abschnitt legte offen, dass es u.a. Kommerzialisierungsprozesse des Fußballs sind, die zur Etablierung von Stadionverboten durch den DFB führten. In diesem Abschnitt geht es hingegen um die Akteur*innen auf der anderen Seite: die Sportzuschauer*innen bzw. Fußballfans. Im Mittelpunkt stehen dabei die Gruppen der Ultras, die als Schnittmenge zwischen Zuschauer*innen und Fans beschrieben werden können. Ein kurzer Blick auf die Geschichte der Ultras zeigt ihre Abgrenzung gegenüber den Hooligans, denen ursprünglich die Stadionverbote galten. Einblicke in die soziale Welt der Ultras leiten zur Konfliktarena Stadionverbot über: Ihre Kritik an Stadionverboten ist eingebettet in eine ganze Konfliktlinie, die zwischen den Ultras und dem DFB verläuft. Dabei wird deutlich, was Ultras von anderen Fans oder Sportzuschauern unterscheidet: ein aktives Element sowie Forderungen nach Partizipation.

1. Fußballfans als Sportzuschauer

Zu den Personen, die von Stadionverboten betroffen sind, können mehrere Perspektiven eingenommen werden: Unterschiedliche theoretische Rekonstruktionen der Personen belichten dabei unterschiedliche Aspekte der Akteur*innen, ihrer Kontexte, ihrer Rollen, usw. Da sich das methodische Programm der Transversalität dazu verpflichtet, zumindest zwei Zugänge zu wählen,¹¹⁴⁹ wird für diese Untersuchung ein differenzierungstheoretischer und ein fansoziologischer Zugang gewählt. Aus Sicht der hier gewählten Differenzierungstheorie können die von Stadionverboten betroffenen Personen als Sportzuschauer*innen beschrieben werden;¹¹⁵⁰ die Fansoziologie bezeichnet diese Personen primär als Fans. Beide Perspektiven überlappen sich und ergänzen einander. Der differenzierungstheoretische Zugang bietet sich besonders gut an, da sowohl wissenschaftstheoretische Vorannahmen dieser Arbeit als auch die oben vorgestellte These der Inklusionsfunk-

1149 Siehe dazu oben § 1 III 3 b.

1150 Siehe zu einer anderen theoretischen Konzeption von Sportzuschauer*innen Strauß, in: ders. (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 7 (11 – 15).

tion des Vertrages auf Differenzierungstheorien aufbauen. Anknüpfend an die Ausführungen zur Inklusionsfunktion des Vertrages geht es bei der Beschreibung von Fans als Sportzuschauer*innen primär um den Themenkomplex Inklusion.

Bereits oben wurde die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Publikumsrolle als generalisierte Kategorie der Inklusion eingeführt.¹¹⁵¹ Dies kann für das (Fußball-)Sportsystem spezifiziert werden: Leistungsrollenträger im Fußballsport sind primär die Leistungssportler*innen und ihre jeweiligen Vereine und sekundär die Organisationen wie der DFB oder die DFL als Veranstalter der Fußballigen, die Betreiber der Fußballstadien sowie Schiedsrichter*innen und Kommentatoren.¹¹⁵²

Für diese Arbeit von größerer Bedeutung ist hingegen die Inklusion einer größeren Anzahl an Menschen über die Publikumsrolle. Dabei können drei große Formen der Inklusion in das Sportsystem ausgemacht werden: Breitensport, Sportzuschauen im Stadion sowie die Sportberichterstattung. Zudem lässt sich eine Rangfolge der Inklusion beobachten: Der größte Teil der Publikumsrolle wird dadurch in das Sportsystem inkludiert, indem er über Medien vermittelte Sportereignisse anschaut. Darauf folgt die Inklusion als Breitensportler*in in Form der sekundären Leistungsrolle; Sportzuschauen im Stadion folgt danach.¹¹⁵³ Für diese letztgenannte Form der Inklusionsaktivität konnten *Schimank* und *Schöneck* zeigen, dass etwa 47 % der Befragten zumindest gelegentlich Sportveranstaltungen besuchen; etwa 54 % hingegen nie. In der Befragung gaben weniger als 10 % an, oft eine Sportveranstaltung zu besuchen.¹¹⁵⁴

Neben diesen Formen der Inklusion interessiert sich die differenzierungstheoretische Perspektive darüber hinaus auch dafür, welche Strukturmerkmale die Publikumsrolle in einem jeweiligen Funktionssystem kennzeichnen.¹¹⁵⁵ Inklusion in das Sportsystem ist – sowohl bezüglich der Rollen Breitensportler*in als auch Zuschauer*in – optional: „Man muss weder Breitensport treiben, noch muss man sich als Zuschauer für Spitzensport

1151 Siehe dazu oben § 4 III 2 a.

1152 Vgl. allgemein zu den Leistungsrollen im Sportsystem *Schimank*, in: Mayntz et al. (Hrsg.), 1988, S. 181 (190 f.).

1153 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (11).

1154 *Schimank/Schöneck*, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (10) auch mit Verweis in Fn. 14 zu anderen Erhebungen, die zu einer ähnlichen Verteilung kommen.

1155 An dieser Stelle zeigt sich die Kontextabhängigkeit des juristischen Topos der Selbstbestimmung; Strukturanalysen von sozialen Systemen können hier die relevanten Kontexte aufdecken, die die Selbstbestimmung beeinflussen.

interessieren; man kann beides oder nur eins von beiden tun oder auch beides lassen. In beiden Hinsichten bindet man sich ferner nicht langfristig, sondern kann die Inklusion jederzeit beenden.¹¹⁵⁶ Diese Optionalität der Inklusion verbindet sich mit einer grundsätzlich großen Exit-Option, was zu einem eher asymmetrischen Inklusionsverhältnis zugunsten des Breitensportlers bzw. der Sportzuschauerin – also der Publikumsrolle – führt: Man kann einen Verein, ein Fitnessstudio oder die Sportart verhältnismäßig leicht wechseln. Auch eine Sportart, für die man sich lediglich als Zuschauer*in interessiert, könne man leicht wechseln.¹¹⁵⁷ Die Publikumsrolle im Sportsystem ist weiterhin in der Sozialdimension grundsätzlich durch einen stark selbstbestimmten Zug gekennzeichnet, der durch die Optionalität sowie der Asymmetrie zugunsten des Inkludierten entstehe.¹¹⁵⁸ „Für die relative Selbst- oder Fremdbestimmtheit eines Inklusionsverhältnisses ist ferner bedeutsam, wie formalisiert es ist – sei es durch Organisationsregeln, denen man als Mitglied oder Klient unterworfen ist, sei es durch rechtliche Regulierungen. Bei der Zuschauerrolle ist beides kaum gegeben – im Gegensatz etwa zur Inklusion als Parteimitglied oder als Verwaltungsklient ins politische System. Als Breitensportler unterliegt man dann, wenn man seinen Sport vereinsförmig betreibt, gewissen organisatorischen Formalisierungen, wobei Sportvereine im Vergleich zu Arbeitsorganisationen oder auch zu anderen Interessenorganisationen, etwa politischen Parteien, wenig formalisiert sind. Noch höhere Selbstbestimmtheit ergibt sich dann, wenn ein Inklusionsverhältnis *kommerzialisiert* ist, weil sich ein an Gewinn orientierter Anbieter in starkem Maße an den Interessen seiner Kunden orientieren muss. Das gilt für Breitensportler, die ihren Sport bei kommerziellen Anbietern betreiben, ebenso wie für Sportzuschauer, die Eintrittspreise bei Veranstaltungen bezahlen – immer vorausgesetzt, der zu entrichtende Preis stellt keine unüberwindbare Zugangshürde dar, die die ‚Konsumentensouveränität‘ auf Null reduziert.“¹¹⁵⁹

Die differenzierungstheoretische Perspektive beschreibt somit die Publikumsrolle im Sportsystem mit den Begriffen Optionalität, Asymmetrie zugunsten des Publikums sowie Selbstbestimmung. Sie unterscheidet dabei nicht zwischen den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Publikumsrolle. Damit deckt sich diese Perspektive weitgehend mit den vorherigen

1156 Schimank/Schöneck, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (9).

1157 Schimank/Schöneck, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).

1158 Schimank/Schöneck, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).

1159 Schimank/Schöneck, Sport und Gesellschaft 2006, 5 (13).

Überlegungen zur Kommerzialisierung des Sportsystems: Die Kommerzialisierung des Fußballs führt dazu, dass sich Vereine und Verbände vermehrt an neuen Zuschauergruppen ausrichten und ihnen ein Stadion- oder Fernseherlebnis bieten wollen. Die Asymmetrie zugunsten der Sportzuschauer spricht dabei zunächst gegen die Annahme, dass der DFB auf der anderen Seite eine soziale Machtposition innehat: Durch die „Konsumentensouveränität“, also ihre selbstbestimmten (Konsum-)Entscheidungen, können die Zuschauer*innen Druck auf Entscheidungsträger ausüben. Das Konzept der Transversalität fordert jedoch einen Durchgang durch potentiell alle Sozialtheorien. Zu fragen ist damit, ob sich zumindest ein anderer, komplementärer Beschreibungsansatz finden lässt, der mögliche Leerstellen der differenzierungstheoretischen Perspektive ausfüllen kann.

2. Sportzuschauer als Fußballfans

Diese andere Beschreibungsmöglichkeit erlaubt die soziologische Fanforschung.¹¹⁶⁰ Sportzuschauer*innen, wie sie soeben beschrieben worden sind, können damit als (Fußball-)Fans rekonstruiert werden. Kernfragen der soziologischen Fanforschung sind dabei Fragen wie: Was unterscheidet Fans von „normalem“ Publikum? Wie werden Zuschauer oder Zuhörer zu Fans? Bei diesen Fragen wird bereits sowohl der Bezug als auch die Akzentverschiebung zum differenzierungstheoretischen Ansatz deutlich: Fans sind auch Teil des Publikums als Zuschauer oder Zuhörer; allerdings unterscheiden sie sich von einem größeren Teil des Publikums und nehmen damit eine spezielle Publikumsrolle ein.

In den letzten Jahren hat sich in der fansoziologischen Literatur eine Definition durchgesetzt, die die Emotionalität von Fans in den Mittelpunkt stellt. Dabei wird an die etymologischen Wurzeln des Begriffs – *fan* als Kurzform für *fanatic* – angeknüpft: Fans sind danach „Menschen, die längerfristig eine leidenschaftliche Beziehung zu einem für sie externen, öffentlichen, entweder personalen, kollektiven, gegenständlichen oder abstrakten Fanobjekt haben und in die emotionale Beziehung zu diesem Objekt Zeit und/oder Geld investieren.“¹¹⁶¹ Diese Definition ist für diese Untersuchung deshalb besonders gut geeignet, weil sie durch die Kriterien „längerfristig“

1160 Einen Überblick dazu geben *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), *Fans*, 2017, S. 1 (11– 14).

1161 *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), *Fans*, 2017, S. 1 (4); diese Definition legt auch *Klein*, *Sicherheit durch Stadionverbote?*, 2019, S. 19 f. zugrunde.

und „handlungsrelevant“¹¹⁶² eine Akzentverschiebung zu „normalen“ Zuschauer*innen ermöglicht. Die Kriterien grenzen Fans von gelegentlichen, passiven Zuschauern ab, die potentiell auch starke Emotionen bei einem Fußballspiel oder Konzert erfahren, die emotionale Beziehung jedoch nach dem Verlassen des Stadions oder Konzerts bereits beendet haben.¹¹⁶³

a. Ausdifferenzierung der Fußballfankultur

Fußballfans weisen eine heterogene Fankultur auf, die sich im Laufe der letzten Jahrzehnte gewandelt und ausdifferenziert hat.¹¹⁶⁴ Bezüglich dieser heterogenen Fankultur existieren zwei grundsätzliche Einteilungsansätze nach Idealtypen:¹¹⁶⁵ Fußballfans können zum einen nach dem Zentrum ihres Interesses bzw. ihrer persönlichen Bedeutung des Fußballs in konsumorientierte, fußballzentrierte und erlebniszentrierte Fans eingeteilt werden.¹¹⁶⁶ Zum anderen existiert eine polizeiliche Kategorisierung der Fans nach ihrer Gefährlichkeit bzw. Gewaltbereitschaft in Kategorie A, B und C.¹¹⁶⁷ Für diese Untersuchung biete es sich an, die Fußballfanstruktur gruppenphänomenologisch zu ordnen und die vorgenannten Kategorisierungsansätze zur Gruppenbeschreibung einzusetzen:

Während in der Vergangenheit sog. Kuttenfans als ausschließlich fußballzentrierte und weitgehend friedliche (Kategorie A) Fußballfans die Fußballfankultur prägten, wird die heutige Fanlandschaft von konsumorientierten Fans¹¹⁶⁸ dominiert. Hinzu treten jedoch Ultras und Hooligans¹¹⁶⁹ als primär fußball- und erlebnisorientierte Fußballfans. Diese beiden Fangruppen sind es auch, die überwiegend von Stadionverboten betroffen sind. Für diese Untersuchung ist die Unterscheidung von Hooligans und

1162 Damit ist gemeint, dass Fan-Sein zwingend mit Handlungen verbunden ist und eine Investition von Zeit und/oder Geld voraussetzt.

1163 Vergleiche die erläuternden Hinweise zur Definition bei *Roose/Schäfer/Schmidt-Lux*, in: dies. (Hrsg.), *Fans*, 2017, S.1 (4 f.).

1164 *Duttler*, in: *Cuntz-Leng* (Hrsg.), *Creative Crowds*, 2014, S. 364 (365 f.).

1165 Siehe zur Rezeption und den Grenzen dieser Ansätze *Klein*, *Sicherheit durch Stadionverbote?*, 2019, S. 21 – 25.

1166 Grundlegend *Heitmeyer/Peter*, *Jugendliche Fußballfans*, 1988, S. 31 – 33; beispielsweise rezipiert von *Sommerey*, *Die Jugendkultur der Ultras*, 2010, S. 36 – 38.

1167 *ZIS – Jahresbericht Fußball 2019/2020*, S. 10 – 12.

1168 *Sommerey*, *Die Jugendkultur der Ultras*, 2010, S. 39 spricht von den „Normalos“.

1169 Zum Hooliganismus siehe *Klein*, *Sicherheit durch Stadionverbote?*, 2019, S. 27 – 54.

Ultras zentral. Jedoch werden beide Fangruppen aufgrund ihrer Gemeinsamkeit – dem Einsatz von Gewalt – häufig fälschlicherweise gemeinsam betrachtet,¹¹⁷⁰ was möglicherweise zu einer unpräzisen Analyse und Bewertung des Stadionverbotskonfliktes führt. Denn wesentlicher Unterschied¹¹⁷¹ zwischen modernen Formen des Hooliganismus und Ultragruppen ist ihr jeweiliges Verständnis von Gewalt und ihr Verhältnis zum Fußball: Hooliangruppen geht es primär um die Anwendung von Gewalt, welche auch losgelöst vom Fußball erfolgen kann. Verabredungen zu gewalttätigen Auseinandersetzungen wie Schlägereien von Hooliangruppen erfolgen daher auch häufiger jenseits von konkreten Fußballbegegnungen.¹¹⁷² Gewalt von Hooligans hat sich weitgehend vom Spielgeschehen gelöst.¹¹⁷³ Solche Verabredungen zur Gewaltanwendungen waren auch Anlass, unterschiedliche strafrechtsdogmatische Figuren weiterzuentwickeln.¹¹⁷⁴ Während damit Hooliangruppen relativ homogen in die polizeiliche Kategorie C als gewaltsuchende Fußballfans eingeordnet werden können, sind Ultragruppen bezüglich Gewalt heterogen: Während zwar der Großteil der Ultras friedlich (Kategorie A) ist und sich ausdrücklich von Gewalt distanziert, gibt es auch gewaltgeneigte (Kategorie B) und einen geringen Teil von gewaltsuchenden Ultras.¹¹⁷⁵ Diese können daher auch als „Hooltras“ bezeichnet werden.¹¹⁷⁶

Gewaltaktivitäten, die auf Hooligans zurückzuführen sind, gehen zwar allgemein und im direkten Stadionumfeld im Besonderen zurück. Dennoch prägen Hooliangruppen als gewaltbereite und gewalttätige Fangruppen nachhaltig das öffentliche Bild der Fußballfans.¹¹⁷⁷ Wenn heute von Gewalt im und um Stadien die Rede ist, geht es jedoch meistens um die Fußball-

1170 So auch ausdrücklich *Kett-Straub*, Neue Kriminalpolitik 2012, 98 (99).

1171 Zur weiteren Abgrenzung siehe auch *Kett-Straub*, Neue Kriminalpolitik 2012, 98 (98 – 102).

1172 Vgl. *Klein*, Stadionverbote, 2019, S. 51 f.

1173 *Pilz*, in: Strauß (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 214 (218 f.).

1174 BGH, Beschl. v. 20.02.2013, 1 StR 585/12; BGH, Urt. v. 22.01.2015, 3 StR 233/14.

1175 Vgl. die Darstellung bei *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 24, 66 – 73.

1176 *Pilz*, in: Strauß (Hrsg.), Sportzuschauer, 2012, S. 214 (231), der den Begriff ausdrücklich einführt, um den kleinen Teil gewaltbereiter „Hooltras“ von der überwiegenden Zahl friedlicher Ultras klar unterscheiden zu können.

1177 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (187).

fanszene der Ultras, die heute auch im Mittelpunkt von Stadionverboten stehen.¹¹⁷⁸

b. Ultras als aktive Fans

Die Ursprünge der Ultrakultur lassen sich Ende der 1960er Jahren in (Nord-)Italien verorten.¹¹⁷⁹ In Deutschland lassen sich Ultras seit etwa 20 Jahren in Fußballstadien beobachten.¹¹⁸⁰ Die meisten von ihnen sind zwischen 15 und 25 Jahre alt, was die Ultras neben einer Fan- auch zu einer populären Jugendkultur mit mehreren Tausend selbsternannten Ultras macht.¹¹⁸¹ Ultras werden als besonders leidenschaftliche und aktive Fans eines Fußballvereins wahrgenommen. Sie unterstützen die Vereinsmannschaft als Gruppe („Support“) insbesondere im Stadion¹¹⁸² z.B. durch Gesänge, Sprechchöre und andere Tribünenrituale und Symbole wie übergroße Fahnen, Spruchbanner, aber auch durch den Einsatz von Rauch sowie Pyrotechnik.¹¹⁸³ Dieser Support und die dadurch entstehende spektakuläre Atmosphäre machen erst das moderne Erlebnis des Stadionbesuches aus.¹¹⁸⁴

In Abgrenzung zu Hooligans und weniger engagierten Fangruppen zeichnen sich Ultras insbesondere durch Engagement für Faninteressen und ihren Wunsch nach Mitwirkung und Mitbestimmung aus.¹¹⁸⁵ Sie selbst beschreiben sich als „harter Kern der aktiven Fanszene, der nicht Beiwerk,

1178 So Klein, Stadionverbote, 2019, S. 55. Ausführlich zu verschiedenen Typologien und Erklärungsversuchen von (Fußball-)Fangewalt Leistner, in: Roose et al. (Hrsg.), Fans, 2017, S. 219 (220 – 241) – dabei wird insbesondere hervorgehoben, dass Gewalt für interaktionszentrierte Fanszenen typisch und konstitutiver Teil der Gruppenidentität ist.

1179 Klode, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 3; Gabler, Die Ultras, 2013, S. 31; Klein, Stadionverbote, 2019, S. 55 – 63.

1180 Zur Entstehung der Ultrakultur in Deutschland siehe Sommerey, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 61 – 67; Gabler, Die Ultras, 2013, S. 54 f.

1181 Vgl. Sommerey, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 79 f.

1182 Ausführlich zu den Interaktionsprozessen von Fußballfans, insbesondere Ultras, innerhalb des Stadions siehe Winands, Interaktionen von Fußballfans, 2015.

1183 Sommerey, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 83 – 92; Bednarsky et al., in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, S. 183 (188); Thalheim, ZJJ 2019, 113 (113).

1184 Winands, Interaktionen von Fußballfans, 2015, S. 18, 128.

1185 Sommerey, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 64 f.; Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (78).

sondern Teil des Fußballs ist.¹¹⁸⁶ Aus dieser Selbstbeschreibung „Teil des Fußballs“ leiten sie Ansprüche auf Mitgestaltung ab und artikulieren Kritik – insbesondere an der fortschreitenden Kommerzialisierung des Fußballs, der Entfremdung der Vereine und Verbände von den Fans, steigenden Ticketpreisen oder an der Wahrnehmung von aktiven Fans als Sicherheitsproblem.¹¹⁸⁷ Es handelt sich dabei um eine Jugendkultur mit spezifisch ausgeprägter Organisation und Struktur.¹¹⁸⁸ Charakteristisch für die Ultrakultur ist ein starker innerer Zusammenhalt und eine ausgeprägte Gruppenidentität.¹¹⁸⁹ Einzelne Ultragruppen weisen an den einzelnen Standorten mit nur wenigen hundert Mitgliedern zwar nur eine geringe Mitgliederzahl auf, können aber heute als die dominierende Fankultur im Fußballsport angesehen werden, weil sie eine stilbildende Wirkung auf andere – auch neue – Fans entfalten.¹¹⁹⁰ In weiterer Abgrenzung zu Hooligans ist die weit überwiegende Zahl an Ultras als friedlich einzuordnen bzw. stellt sich sogar ausdrücklich gegen Gewalt im Fußball.¹¹⁹¹

Ultras zeichnen sich somit als besonders aktive Fans aus, die viel Zeit und Aufwand betreiben, um Fahnen, Gesänge und Choreographien vorzubereiten. Im wissenschaftlichen Diskurs hält sich daher die These, dass der Support das zentrale Thema von Ultras (und somit die zentrale Handlungsorientierung) sei.¹¹⁹² Der Support wird verstanden als „leistungssteigernde Einflussnahme der Veranstaltungsteilnehmer auf ihre präferierte Sportmannschaft während des Wettkampfs“.¹¹⁹³ Darauf aufbauend ließe sich annehmen, dass sich das Handeln der Ultras primär auf das Fußballspiel richtet. Dies deckt sich auch mit einer differenzierungstheoretischen Konstruktion, die den sportlichen Wettkampf um Sieg/Niederlage als Code für die Handlungsorientierung aller am Sportsystem partizipierenden Personen ansieht. Es kommen jedoch Zweifel an dieser Support-These auf: Verstöße gegen die Hausordnung (z.B. durch Zünden von Pyrotechnik)

1186 *Breit/Scherr*, Sozial Extra 2019, 7 (7).

1187 *Sommerey*, Die Jugendkultur der Ultras, 2010, S. 68 f.; *Breit/Scherr*, Sozial Extra 2019, 7 (7).

1188 Siehe dazu *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 8 – 21.

1189 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).

1190 *Bednarsky et al.*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 183 (191); *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (90).

1191 *Klode*, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 19; *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 66.

1192 *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).

1193 *Thalheim*, ZJJ 2019, 113 (113).

und Protestaktionen wie die deutschlandweite „12:12-Kampagne“ führen regelmäßig zu Spielunterbrechungen: „Vielmehr verweisen Verstöße gegen die Veranstaltungsordnung oder spielvernachlässigende Proteste auf weitere Interessen von Ultras, die jenseits von parteiischen Einflussversuchen auf den Wettkampfverlauf zu verorten sind.“¹¹⁹⁴ Außerdem lässt sich ein selbstreflexiver Wettstreit zwischen den Ultra-Gruppen beobachten, der sich teilweise vom Spielgeschehen löst.¹¹⁹⁵ Die Interaktionen der Ultras im Stadion können daher besser als selbstreferenzielle Gruppendynamiken beschrieben werden.

Die aktiven Elemente der Ultrakultur lassen sich jedoch nicht nur auf diesen Support reduzieren. Die Professionalisierung und die Kommerzialisierung des Fußball in der Mitte der 90er Jahre führte zu Identifikationsproblemen der Ultras mit den Spieler*innen und dem Verein. Zu Beginn der Bundesliga stammten die Spieler aus dem regionalen Umfeld des Vereins.¹¹⁹⁶ Aufgrund der Ausdifferenzierung des Profifußballs, die eine berufliche Karriere als Fußballer*in ermöglicht, werden Spieler*innen nicht mehr nach Herkunft, sondern nach spielerischer Leistung und vorhandenem Kapital des Vereins rekrutiert. Dadurch wurde und wird immer noch die Identifikation mit den Spielern schwieriger. Der Verein löst damit die einzelnen Spieler*innen als Identifikationsfixpunkt ab. Die gleichzeitige Kommerzialisierung führte dazu, dass Verbände und Vereine als wirtschaftliche Unternehmen jetzt primär gewinnorientiert arbeiten. Dies widerspricht jedoch der bewahrenden und traditionsbewussten Einstellung der Ultras.¹¹⁹⁷ Die historisch gewachsenen Vereinstraditionen sind für die Suche nach verbleibenden Identifikationspunkten von besonderer Bedeutung, welche jedoch in den letzten Jahren vermehrt weggefallen sind.¹¹⁹⁸ Daraus haben sich schon seit Mitte der 90er Jahre Kampagnen von Fans entwickelt, die ihren Anspruch auf Mitsprache und Partizipation erheben; sie richten sich gegen eine forcierte Kommerzialisierung und Eventisierung im modernen Fußball.¹¹⁹⁹ In Bezug auf Partizipationserwartungen im Sport kann die Ultrakultur als „Streben nach Autonomie und Unabhängigkeit mit Sympathi-

1194 Thalheim, ZJJ 2019, 113 (113).

1195 Vgl. Bednarsky et al., in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 183 (189).

1196 Siehe auch oben § 6 I.

1197 Duttler, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (368).

1198 Ebenda. Siehe auch oben § 6 I.

1199 Duttler, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), Creative Crowds, 2014, S. 364 (368 f.).

en für Gegenkultur¹²⁰⁰ charakterisiert werden. Dazu haben Ultras kreative Mittel des Protests und der Meinungsäußerung gefunden. Im Mittelpunkt steht dabei der Protest in den Stadien.¹²⁰¹ Dort nutzen Ultragruppen Lieder, Spieltagsflyer, Plakate, Spruchbänder und auch ihre Choreographien, um auf Missstände hinzuweisen. Ebenfalls fordern sie Mitsprache bei sport- und vereinspolitischen Entscheidungen.¹²⁰² Diese Medien werden folglich nicht nur zum Support, für Informationen oder als Sozialisierungsmittel eingesetzt, sondern sind auch Ausdrucksform von Protest.

3. Ultras als partizipierendes Publikum

Aus der Perspektive der Differenzierungstheorie sind Fans und Partizipation zunächst Themen, die auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun haben: Fans können zunächst als eher passive Konsumenten gesehen werden, die aus einem Angebot Sportler*innen, Mannschaften, Künstler*innen oder Marken auswählen und „konsumieren“. Partizipation – also hier die Beteiligung an Entscheidungen des Fanobjektes – hat damit augenscheinlich nichts zu tun.¹²⁰³ Bei Fans generell¹²⁰⁴ sowie bei Fußballfans im Besonderen lassen sich jedoch nicht-institutionalisierte Formen der Partizipation beobachten: Wichtigstes Instrument ist hier der Protest als Form der nicht-institutionalisierten Partizipation, zu der Fans auch deshalb greifen, weil ihnen institutionalisierte Möglichkeiten der Einbringung („access“) fehlen.¹²⁰⁵ Protest kommt nicht in allen Fan-Bereichen vor. Im Sportsystem, und hier insbesondere bei Fußballfans, lässt sich jedoch eine ganze Bandbreite an unterschiedlichen Ausprägungen von Protest beobachten.¹²⁰⁶

1200 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), *Fußball als soziales Feld*, 2019, S. 77 (91).

1201 Gabler, *Die Ultras*, 2013, S. 159 – 162.

1202 Duttler, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), *Creative Crowds*, 2014, S. 364 (369).

1203 *Roose/Schäfer*, in: *Roose et al. (Hrsg.), Fans*, 2017, S. 319 (319).

1204 Zur Übertragbarkeit der Partizipationsforschung auf die Fanforschung siehe *Roose/Schäfer*, in: *Roose et al. (Hrsg.), Fans*, 2017, S. 319 (319 f., 322 – 324).

1205 *Roose/Schäfer*, in: *Roose et al. (Hrsg.), Fans*, 2017, S. 319 (325 f.); auch *Klose/Zeyn*, in: *Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport*, 2017, 175 (176) betonen die professionellen Organisationsstrukturen der Fußballvereine ohne oder mit nur geringer institutionalisierter Mitbestimmungsmöglichkeit der Fans als Grund für fehlende Partizipationsmöglichkeiten.

1206 *Roose/Schäfer*, in: *Roose et al. (Hrsg.), Fans*, 2017, S. 319 (326) – dort merken sie in Fn. 7 auch an, dass Ultras eine eigene Fan-(Protest-)Kultur eigener Art seien, die sich teilweise durch einen Widerstand gegen die Fußballverbände auszeichnen.

Hier kommt eine Entwicklung der Publikumsrolle zum Ausdruck, die als „Aufstand des Publikums“ bezeichnet worden ist.¹²⁰⁷ Die wenigsten Publikumsrollen innerhalb der sozialen Funktionssysteme lassen sich lediglich als passive Konsumenten der jeweiligen Leistungsproduktion ansehen.¹²⁰⁸ *Stichweh* schlägt deshalb vor, mit den Begriffen des Amateurs und des *Connaisseurs* als sekundäre Leistungsrollenträger Formen der Inklusion zu beschreiben, die zwar nicht unmittelbar an der Leistungsproduktion eines Funktionssystems beteiligt sind, aber gleichzeitig anders als klassische Publikumsrollenträger ein aktives Element aufweisen.¹²⁰⁹ Inklusion über eine sekundäre Leistungsrolle findet im Sportsystem beispielsweise über den Breitensport im örtlichen Verein statt. Klassische *Connaisseurs* sind z.B. Sport-Analysten. Die beschriebenen Formen von Protest, verbunden mit Forderungen nach Partizipation, der Fußballultras lassen sich jedoch kaum unter diese beiden Kategorien fassen. *Roose* und *Schäfer* schlagen daher eine dritte Kategorie der Inklusionszwischenform vor: das partizipierende Publikum.¹²¹⁰ Auch wenn damit begrifflich der aktive Support der Ultras sowie ihr gestalterischer Anspruch durch Protest beschrieben werden kann, ist damit noch nichts über die tatsächlichen Auswirkungen von Fanprotesten im Fußball gesagt. Die Forderungen nach Mitwirkung und Mitbestimmung im Fußballsportsystem durch die Ultras werden nur in den seltensten Fällen eingeräumt.¹²¹¹ Auch *Klose* und *Zeyn* qualifizieren die fanpolitischen Kampagnen und Proteste (insbesondere zur Preisgestaltung von Tickets oder zur Legalisierung von Pyrotechnik), das Erarbeiten und Durchführen von Choreographien und Ähnlichem lediglich als Vorstufen zu tatsächlicher Partizipation: Die Meinungen der Ultras werden hier zwar gehört, indem durch aktive Handlungen Meinungen und Standpunkte vorgetragen werden, Entscheidungen jedoch verbands- und vereinsintern getroffen werden.¹²¹² Lediglich der organisierte Fandialog oder die funktions- bzw. organisationsgebundene Mitbestimmung durch professionelle Akteur*innen wie Fanbeauftragte oder Fanprojekte werden als tatsächliche Partizipation angesehen.¹²¹³ Tatsächliche Mitbestimmung ist somit nur an

1207 *Gerhards*, Zeitschrift für Soziologie 2001, 163.

1208 Vgl. *Gerhards*, Zeitschrift für Soziologie 2001, 163 (167 – 182).

1209 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 37 – 39.

1210 *Roose/Schäfer*, Fans als partizipierendes Publikum?, 2006, S. 4.

1211 *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).

1212 *Klose/Zeyn*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 175 (178).

1213 *Klose/Zeyn*, in: Schneider et al. (Hrsg.), Fanverhalten im Sport, 2017, 175 (178); sozialpädagogische Fanprojekte und Fanarbeit durch die Vereine sieht auch *Gab-*

den Stellen zu beobachten, an denen sich Verbände und Vereine in ihrer Organisation den Belangen von Fans öffnen.

An dieser Stelle kreuzen sich die beiden hier beschriebenen Entwicklungslinien im Fußballsystem. Die Kommerzialisierung des Fußballs hat dazu beigetragen, dass sich die Sportzuschauer heterogenisieren: Es können nun traditionelle und neue Fans beobachtet werden. Der DFB orientiert sich dabei primär an den neuen, erlebnisorientierten Fans und sorgt mit einer Eventisierung des Stadionerlebnisses in Kombination mit medialer Berichterstattung für eine weitere Fokussierung auf wirtschaftliche Faktoren. Traditionelle Fans, insbesondere die Ultras, sehen sich damit einem Konflikt zwischen Tradition und Kommerzialisierung ausgesetzt.¹²¹⁴ Dabei zeigen der Protest der Ultras sowie mehrere Fanprojekte bzw. -initiativen, dass viele Fußballfans kein bloßer Wirtschaftsfaktor sein wollen, sondern mit ihrer Fankultur respektiert werden wollen; sie stellen damit Forderungen auf, um den Fußball nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Häufige Konflikte zwischen den Ultragruppen und dem DFB treten auf, wenn es um die Gestaltung der im Stadion zugelassenen Fanmaterialien, insbesondere Pyrotechnik¹²¹⁵, geht.¹²¹⁶ Diese Partizipationserwartungen und der damit verbundene Gestaltungsanspruch sind auch unmittelbarer Kontext der Stadionverbote: Das Vorgehen gegen die Vergabepaxis von Stadionverboten ist eine Forderung von vielen.¹²¹⁷

III. Stadionverbote als soziale Arena

1. Hinführung: Interventionen gegenüber Fußballfans

Bei den Ultragruppen handelt es sich demnach – in Abgrenzung zu Hooligans – primär um eine Jugendkultur, die aktive Partizipation am Fußball

ler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S.77 (88 f.) als die einzigen Formen von Partizipation an. Beide weisen jedoch darauf hin, dass diese Fanpartizipation je nach Verein und Ort höchst unterschiedlich ausgeprägt ist.

1214 Dieser Konflikt kommt deutlich in den Interviews bei *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (511 – 515) zum Vorschein.

1215 Dazu ausführlich *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 26 – 76.

1216 Vgl. *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), *Fußball als soziales Feld*, 2019, S. 77 (86).

1217 Vgl. *Bleeker-Dohmen/Stammen/Strasser/Weber*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), *Das Spiel mit dem Fußball*, 2007, S. 499 (515 – 518); *Gabler*, *Die Ultras*, 2013, S. 159 – 162.

fordert. Trotz der weiterhin anhaltenden Abgrenzungsversuche zu Hooligan-angruppen herrscht in Medien und Öffentlichkeit das Bild einer durchgehend gewaltbereiten und -tätigen Fußballfanszene vor.¹²¹⁸ Dass dies nicht in dieser Pauschalisierung zutrifft, konnte soeben gezeigt werden. Dies soll jedoch nicht verharmlost werden: Auch in Ultragruppen kommt es zu Ausübung von Gewalt.¹²¹⁹ Ultragruppen als Jugendkultur sind gerade darauf ausgelegt, etablierte Normen zu übertreten, um damit teilweise ihren Forderungen Gehör zu verschaffen.¹²²⁰ Devianz und teilweise auch Delinquenz – beispielsweise in Form von gewaltförmigem Verhalten – sind Bestandteile von Fußballkultur und der (Selbst-)Inszenierung von Fußballfans.¹²²¹ Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass sich Ultras als Gegenspieler zum DFB sehen und Grenzüberschreitungen zu ihrem Protestinstrumentarium zählen. Der mediale Fokus auf den Fußballsport führt dazu, dass deviantes und delinquentes Verhalten im Zusammenhang mit Fußballspielen als gesellschaftliches und innenpolitisches Problem wahrgenommen wird. Diese verdichtete Problemwahrnehmung war und ist immer noch der Grund für politische und staatliche Institutionen zu intervenieren.¹²²²

Damit ergibt sich ein gesamtgesellschaftliches Dilemma: Der DFB und die Vereine haben ein legitimes wirtschaftliches Interesse daran, gegen gewalttätige Fußballfans vorzugehen. Falls damit Gewalt von Hooligans gemeint ist, sind auch gruppenbezogene Maßnahmen plausibel. Das Recht sichert dies auch ab, da die Veranstalter nicht nur wirtschaftliche Interessen mit dem Anlocken neuer konsumorientierter Fans verfolgen, sondern auch Verkehrssicherungspflichten¹²²³ unterliegen. Während sich ab den frühen 1990er Jahren in den anderen europäischen Staaten stark repressive Maßnahmen etabliert haben, die überwiegend der sozialen Disziplinierung dienen, wurde für Deutschland „in gewisser Hinsicht ein Sonderweg diagnostiziert“.¹²²⁴ Zwar standen und stehen immer noch repressive (und dabei

1218 Vgl. Feltes, *Neue Kriminalpolitik* 2013, 48 (49 f.); Anthonj et al., *SozProb* 2015, 91 (92 – 105).

1219 Dazu ausführlich Klode, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 19 – 21; Klein, *Sicherheit durch Stadionverbote?*, 2019, S. 66 – 73.

1220 Vgl. Breit/Scherr, *Sozial Extra* 2019, 7 (7).

1221 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), *Fußball als soziales Feld*, 2019, S. 77 (79).

1222 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), *Fußball als soziales Feld*, 2019, S. 77 (79).

1223 Allgemein dazu Wagner, in: MüKo-BGB, § 823 Rn. 450 – 462; speziell zu Großveranstaltungen Auerbach, in: Gusy et al. (Hrsg.), *Rechtshandbuch Zivile Sicherheit*, 2017, S. 367; Risch-Kerst, in: Schneider/Köhler/Schuhmann (Hrsg.), *Fanverhalten im Sport*, 2017, S. 111 – 135.

1224 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), *Fußball als soziales Feld*, 2019, S. 77 (79 f.).

insbesondere rechtliche) Elemente wie Verbote, Regulierung, Ausschluss und Überwachung im Vordergrund. Anders als in anderen Staaten lässt sich für Deutschland jedoch ein ganzheitliches Konzept zur Bekämpfung der Gewalt beobachten.¹²²⁵ Die rechtlichen Interventionen werden durch punktuelle soziale Interventionen in zwei Formen ergänzt: Zum einen durch sozialpädagogische Fanprojekte¹²²⁶ und zum anderen durch Fanarbeit der Vereine.¹²²⁷

Innerhalb des Sportsystems wird darüber gestritten, in welches Verhältnis beide Formen der Interventionen zu bringen sind: Der deutsche Profifußball – also das Subsystem Fußballsport in Deutschland – ist rechtlich und kriminologisch durch eine Kontroverse zwischen zwei Lagern gekennzeichnet, die darüber streiten, wie Gewalt im Fußballsport unter Kontrolle zu bringen ist: Während insbesondere Polizei, Innenpolitik und der DFB für eine Ausweitung sicherheitsrelevanter Eingriffe plädieren, heben Fangruppen, Fanprojekte sowie Wissenschaftler*innen den Dialog mit Fans als überlegenes Instrumentarium hervor.¹²²⁸ Diese Kontroverse ist der Kontext für Stadionverbote: „Wenn es darum geht, mutmaßliche Störer von Fußballstadien fern zu halten, setzen Polizei und Fußballvereine in der Regel auf repressive Elemente, die vor allem in der engen Kooperation von Polizei und Vereinen bei der Verhängung von Stadionverboten ihren Ausdruck finden.“¹²²⁹ Peltzer bezeichnete Stadionverbote als zu dem Zeitpunkt „bedeutendstes Kontrollverfahren für Fußballfans“, die insbesondere von Ultras kritisiert werden, da diese am stärksten betroffen sind.¹²³⁰ Die Ausweitung repressiver Interventionen wird als Problem angesehen, weil sie zunehmend die – im doppelten Wortsinn – Spielräume der Ultras einengen.¹²³¹

Der Konflikt um die Stadionverbote erreichte in der Saison 2011/2012 einen neuen Höhepunkt. Bei der Begegnung Fortuna Düsseldorf und

1225 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (79 f.).

1226 Solche sozialpädagogischen Fanprojekte haben zwei Ziele: Zum einen sollen sie eine positive Persönlichkeitsentwicklung von Jugendlichen unterstützen. Zum anderen bilden sie eine Form von Interessenvertretung der Jugendlichen gegenüber den Verbänden, Vereinen und der Politik, siehe dazu näher Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (88).

1227 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (87).

1228 Albers/Feltes/Ruch, MschrKrim 2015, 481 (481).

1229 Albers/Feltes/Ruch, MschrKrim 2015, 481 (481 f.).

1230 Peltzer, in: Eick/Sambale/Töpfer (Hrsg.), Kontrollierte Urbanität, 2015, S. 285 (287).

1231 Gabler, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (91).

Hertha BSC Berlin kam es zu extremen Ausschreitungen während des Spiels. Daraufhin wurde medialer und politischer Druck auf die Vereine ausgeübt, ein neues Sicherheitskonzept zu entwerfen. Die „Kommission Sicherheit“¹²³² der DFL entwickelte daher das „DFL-Sicherheitskonzept“. Dies stieß wiederum bei Ultras und Fanverbänden auf große Ablehnung: Kritik wurde hier insbesondere an strikteren Vergaben von Stadionverboten und der Anwendung von „Kollektivstrafen“ geübt.¹²³³ Zudem wurden Fans nicht mit in die Konzeption eingebunden: Trotz eines übergreifenden Fan-Gipfels, an dem mehrere – teilweise konkurrierende – Ultra-Gruppen zusammenarbeiteten, wurde Ende 2012 das Sicherheitskonzept schlussendlich aber dennoch unverändert und ohne direkte Beteiligung von Fans verabschiedet.¹²³⁴

2. Deutungskonflikt um die Stadionverbote

Der Konflikt um Stadionverbote besteht u.a. – wenn nicht sogar primär – bezüglich ihrer Deutungsweise in der sozialen Welt der am Konflikt beteiligten Akteure:¹²³⁵ Während der DFB, die Vereine, politische Akteure und weite Teile der Bevölkerung Stadionverbote als präventives Instrument zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wahrnehmen, werden Stadionverbote in der Fußballfanszene auch als repressives Sanktionsinstrument interpretiert.¹²³⁶ Diese Konstruktionen werden durch zwei unterschiedliche Argumentationsstränge erzeugt: die zivilrechtliche und die soziale.¹²³⁷

1232 Heute „Kommission Prävention & Sicherheit & Fußballkultur“ des DFB.

1233 Vgl. dazu *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), *Creative Crowds*, 2014, S. 364 (371).

1234 *Duttler*, in: Cuntz-Leng (Hrsg.), *Creative Crowds*, 2014, S. 364 (371 – 374).

1235 Damit folgt diese Untersuchung der Re-Konstruktion des Konfliktes durch eine Situationsanalyse von *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanszene*, 2017, S. 176 (177 – 180).

1236 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanszene*, 2017, S. 176 (176).

1237 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanszene*, 2017, S. 176 (183).

a. Stadionverbote als präventives Sicherheitsinstrument

Die zivilrechtliche Argumentation ist diejenige, mit der auch der juristische Diskurs vertraut ist: Stadionverbote sind ein privatrechtliches Instrument, die auf dem Hausrecht in Verbindung mit den SVRL beruhen. Sie dienen dazu, Störer vom Stadion fernzuhalten. Die Argumentation dient mithin dazu, Stadionverbote als Präventivmaßnahme zu legitimieren. Das Sicherheitskonzept der DFL, auf dem die Stadionverbote basieren, hat u.a. seinen Ursprung in einem gestiegenen Sicherheitsbedürfnis, nach verschiedenen Gewaltereignissen in deutschen Fußballstadien. Dabei fällt jedoch das subjektive Unsicherheitsgefühl mit der objektiven Unsicherheitslage auseinander: die Gefahr, Opfer von Gewalt im Zusammenhang mit Fußballstadien zu werden, ist verhältnismäßig gering; den größten Anteil der Verletzten machen dabei mit fast der Hälfte die konkurrierenden Fangruppen (juristisch: die Störer) selbst aus.¹²³⁸ Auch wenn mit Stadionverboten viele Probleme assoziiert werden (dazu sogleich) und andere Präventivmaßnahmen denkbar sind, können sie grundsätzlich als effektives Mittel zur Gewaltein-dämmung angesehen werden.¹²³⁹

b. Stadionverbote als sanktionierendes Exklusionsinstrument

Damit konkurriert die soziale Argumentation, die insbesondere in der sozialen Welt der Ultras vorgebracht wird. „Die *soziale* Argumentation dient dazu, den repressiven Charakter von Stadionverboten deutlich zu machen.“¹²⁴⁰ Der DFB bezeichnet zwar Stadionverbote ausdrücklich in Abgrenzung zu repressiven Maßnahmen als reine Präventionsmaßnahme.¹²⁴¹ In der sozialen Welt der Ultras werden jedoch Stadionverbote aufgrund ihrer sozialen Exklusionswirkung als Sanktion, und damit teilweise als ungerechtfertigt, empfunden.

1238 Feltes, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (49 f.).

1239 So auch das Ergebnis von Klein, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 185 – 193, 353.

1240 Moldenhauer/Scherer, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (184).

1241 § 1 SVRL.

aa. Exkludierende Wirkung von Stadionverboten

Stadionverbote sind Hausverbote. Davon Betroffene können somit das Stadion – oder andere Bereiche¹²⁴² – nicht mehr betreten. Sie werden entweder von Sicherheitskräften am Eintritt gehindert oder sie machen sich eines Hausfriedensbruchs strafbar. Dieses Betretungsverbot hat damit zunächst eine ortsbezogene Exklusion zur Folge. Stadionverbote haben jedoch darüber hinaus auch zwei weitere exkludierende Wirkungen. Die erste wird mit einem differenzierungstheoretischen Zugang sichtbar: Indem Betroffene keinen Zuschauervertrag mehr abschließen können, können sie auch nicht mehr die Rolle einer Sportzuschauer*in (Publikumsrolle) einnehmen. Da es jedoch weitere Formen der Inklusion in das Sportsystem gibt – Breitensport und mediale Berichterstattung –, findet damit keine gänzliche Exklusion statt. Betroffenen Personen wird damit „nur“ eine Möglichkeit zur Inklusion genommen; gleichzeitig wird damit aber auch die Auswahlfreiheit, zwischen den verschiedenen Formen der Inklusion zu wählen, eingeschränkt.¹²⁴³ Es findet damit kein gänzlicher Ausschluss aus dem Funktionssystem (Fußball-)Sport statt.

Neben dem ursprünglichen Adressatenkreis der Hooligans ist eine Zuschauer- bzw. Fangruppe besonders stark von Stadionverboten betroffen: die Ultras. Stadionverbote bürgen für diese Gruppe die Gefahr einer sozialen Exklusion in Form des Herausbrechens aus der sozialen Gruppe.¹²⁴⁴ Denn in der sozialen Welt der Ultras nimmt die Möglichkeit zum Stadionbesuch einen hohen Stellenwert ein: Die soziale Welt der Fußballfans wird primär durch die zentrale Handlungsverpflichtung in Form der Teilnahme an den Spieltagsritualen geprägt. „Um Mitglied der sozialen Welt der Fußballfans zu sein, ist es unerlässlich, körperlich dort anwesend zu sein, wo die primäre Aktivität – die sichtbare Unterstützung der Mannschaft –

1242 Teilweise werden Stadionverbote nicht nur für das Stadion oder für Fußballveranstaltungen ausgesprochen, sondern auch für andere Veranstaltungen bzw. für Nebenanlagen.

1243 Vgl. oben § 6 II 1 zur Selbstbestimmungsdimension der Sportinklusion.

1244 *Kauerhof*, in: ders./Nagel/Zebisch (Hrsg.), *Stadionverbote im internationalen Vergleich*, 2012, S. 43 (55) spricht ausdrücklich von „Exklusion und Diskriminierung“; *Peltzer*, in: *Eick/Sambale/Töpfer* (Hrsg.), *Kontrollierte Urbanität*, S. 285 (289); *Moldenhauer/Scherer*, in: *Grau et al.* (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176: sozialer Ausschluss (176), Exklusion (185 f.).

stattfindet.¹²⁴⁵ Die zentrale Handlungsverpflichtung in der sozialen Welt der Ultras ist die aktive Teilnahme an den Spieltagsritualen, also der Besuch des Stadions, Auswärtsfahrten, Erlernen und Durchführen der Tribünenpraktiken, usw. Die Teilnahme am Fußballspiel im Stadion ist besonders für Ultras ein bedeutsames kollektives Erlebnis, bei dem Eindrücke gesammelt und in die eigene Fanbiographie integriert werden.¹²⁴⁶ Dies wird durch bundesweite Stadionverbote, die über einen Zeitraum von mehreren Jahren ausgesprochen werden, unmöglich gemacht bzw. erheblich erschwert. Stadionverbote werden daher von Ultras nicht nur als große emotionale Belastung empfunden,¹²⁴⁷ sondern darüber hinaus so wahrgenommen, dass sie dadurch aus ihrem normalen Leben herausgerissen werden.¹²⁴⁸ Manche haben das Gefühl des Ausgeschlossenenseins.¹²⁴⁹ Ein gänzlicher Kontaktabbruch käme daher dem kompletten Ausschluss aus ihrer sozialen Welt gleich. Daher wird als schlimmste Folge von Stadionverboten empfunden, dass man nicht mehr uneingeschränkt bei den Freunden, bei der eigenen Ultragruppe sein kann,¹²⁵⁰ was teilweise dazu führen kann, dass einige – je nach Dauer des Stadionverbots – an ihrer Zugehörigkeit zur Ultragruppe zweifeln.¹²⁵¹

Daher ist es für die Betroffenen wichtig, ein gewisses Maß an Normalität zurückzuerlangen, z.B. durch die Teilnahme an Fahrten ohne Stadionbesuch.¹²⁵² Stadionverbote führen deshalb zwar nur selten zu einem gänzlichen Herausbrechen aus der sozialen Gruppe, indem sich Betroffene von ihrer Bezugsgruppe abwenden.¹²⁵³ Die Gefahr der Exklusion bleibt jedoch. Die (soziale) Exklusion geht damit über den direkten Ort des (physischen) Ausschlusses hinaus: „Stadionverbote exkludieren Personen daher nicht einfach nur räumlich, sondern bergen immer auch die Gefahr, dass diese

1245 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (181).

1246 *Winands*, *Interaktionen von Fußballfans*, 2015, S. 158.

1247 Vgl. *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 103.

1248 Vgl. *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 104.

1249 Vgl. *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 105.

1250 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 107 f.

1251 Vgl. *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 110 f.

1252 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (188); *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 118 f.

1253 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (188); *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 113, 116.

ihren Verpflichtungen nicht ausreichend nachkommen können und somit nicht mehr Teil ihrer sozialen Welt sind.“¹²⁵⁴

Von der sozialwissenschaftlichen Forschung wird dabei eine zusätzliche Gefahr als unbeabsichtigte Nebenfolge von Stadionverboten erkannt: Potentielle Folge einer – ungerechtfertigten – zeitweisen Exklusion ist das Risiko, dass andere Handlungsverpflichtungen gesucht werden, insbesondere bei tatsächlich gewaltbereiten Minderheitsgruppen, also meistens Hooligans.¹²⁵⁵ Feltes spricht in diesem Zusammenhang von Stigmatisierung und *self-fulfilling-prophecy*: „DFL, DFB, Polizei und einige Vereine betreiben dabei etwas, was wir ebenfalls aus der Kriminologie schon lange kennen: Stigmatisierung. Die Mehrheit der friedlichen Fans und auch viele Mitläufer werden als ‚gewaltbereit‘ stigmatisiert (u.a. durch Stadionverbote oder pauschale Ingewahrsamnahmen vor Spielen), mit den aus der Kriminologie bekannten Konsequenzen: Das Etikett wird irgendwann und manchmal dann auch freudig angenommen, weil es Anerkennung und Beachtung in der Peergroup bringt, und es wird dann entsprechend ausgelebt. Die *self-fulfilling-prophecy* wirkt also. Vor allem aber werden die Betroffenen dadurch ausgegrenzt und in die Arme der absolut kleinen Minderheit tatsächlich Gewaltbereiter gedrängt. Die Mehrzahl der Fans ist durchaus erlebnisorientiert unterwegs, distanziert sich aber von Gewalt – und dies auch zunehmend sichtbar.“¹²⁵⁶

Teil des sozialen Konfliktes ist damit die Differenz zwischen Ultras und Hooligans, also die Diversität der Publikumsrolle im Sportsystem. Stadionverbote als präventives Instrument waren historisch primär auf die Zurückdrängung des Hooliganismus gerichtet.¹²⁵⁷ Problematisch ist im Kontext des hier betrachteten sozialen Konfliktes jedoch, dass Stadionverbote auch Ultras treffen, die nur „gelegentlich“ Gewalt im Kontext von Fußballspielen verüben. So ziehen auch *Albers*, *Feltes* und *Ruch* ihr Fazit: „Den mutmaß-

1254 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (189).

1255 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung, 2017, S. 176 (189); bestätigt auch von *Klein*, Sicherheit durch Stadionverbote?, 2019, S. 202 – 208; *Gabler*, in: Thole et al. (Hrsg.), Fußball als soziales Feld, 2019, S. 77 (83).

1256 *Feltes*, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (51).

1257 Vgl. *Gabler*, Die Ultras, 2013, S. 153; deutlich wird z.B. bei *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (491), dass Gewalt im Zusammenhang mit Fußball pauschal mit Hooligans assoziiert wird und daher Stadionverbote ebenso pauschal darauf bezogen werden.

lich polizeibekanntem Störern aus der Untersuchungsgruppe, die innerhalb und außerhalb des Stadions (mitunter schwere) Straftaten begehen, stehen Personen gegenüber, die überwiegend jugendtypische Delikte begehen und bei denen mit dem Eintritt in das Erwachsenenalter mit einem Übergang zur Legalbewährung zu rechnen ist. Die Schwierigkeit liegt in der Differenzierung zwischen den Personengruppen.¹²⁵⁸

bb. Stadionverbote als Sanktion

Aufgrund dieser Exklusionswirkungen sei erkennbar, dass Stadionverbote auch den Zweck und die Funktion einer Sanktion erfüllen.¹²⁵⁹ Stadionverbote werden in der sozialen Welt der Ultras weitgehend als Strafe, nicht als Präventivmaßnahme, wahrgenommen.¹²⁶⁰ Diese Bewertung wird teilweise auch von Sicherheits- und Stadionverbotsbeauftragten geteilt.¹²⁶¹ Auch die in § 5 der SVRL vorgesehenen Kriterien zur Festsetzung der Dauer des Stadionverbots haben größere Ähnlichkeit mit Strafzumessungsgründen als Kriterien für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr, sodass sie auch objektiv einen gewissen Strafcharakter aufweisen.¹²⁶² Das Stadionverbot als Sanktionsinstrument diene dazu, Gruppen von Fußballfans (insbesondere Ultras) zu kontrollieren und zu regulieren.¹²⁶³ Teilweise wurde daraus die Konsequenz gezogen, Stadionverbote als Strafe im rechtlichen Sinne zu qualifizieren¹²⁶⁴ und sie als verfassungsrechtlich unzulässige Privatstrafe einzuordnen.¹²⁶⁵ Diesen Schritt geht diese Untersuchung nicht; er erscheint

1258 *Albers/Feltes/Ruch*, MSchrKrim 2015, 481 (493), die in diesem Zusammenhang auch darauf hinweisen, dass eine Ausweitung von staatlichen und privaten Eingriffsmaßnahmen nicht zielführend seien.

1259 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (184); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (186).

1260 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 127. Zu beachten ist jedoch, dass es auch vereinzelte Ultras gibt, die mehr oder weniger bewusst und zielgerichtet auf ein Stadionverbot hinarbeiten und das Stadionverbot als „Statussymbol“ sehen, siehe dazu die differenzierten Aussagen bei *Klein*, *Stadionverbote*, 2019, S. 261 – 271.

1261 *Klein*, *Stadionverbote*, 2019, S. 173 – 178.

1262 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 91.

1263 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (184).

1264 *Albers/Feltes/Ruch*, MSchrKrim 2015, 481 (483).

1265 *Kleczewski*, in: *Kauerhof/Nagel/Zebisch* (Hrsg.), *Zuschauer als Störer*, 2010, S. 69 (78 – 83).

auch wenig überzeugend, da damit ignoriert würde, dass es sich beim Hausverbot dogmatisch um ein Privatrechtsinstitut handelt, das zumindest auch präventiven Charakter hat. Relevant ist hingegen, dass aufgrund des aufgezeigten Deutungskonfliktes der Sanktionscharakter von Stadionverboten auf deskriptiver Ebene anerkannt wird. Sie sollten sowohl als Präventiv- als auch als Sanktionsmaßnahme (Mischcharakter) gesehen werden,¹²⁶⁶ um eine bessere argumentative Ausgangsbasis für den Umgang mit Stadionverboten zu finden.

Auch wenn eine Mehrheit der Ultras eine negative Einstellung gegenüber Stadionverboten hat,¹²⁶⁷ ist zu betonen, dass Stadionverbote in der sozialen Welt von Fußballfans nicht durchweg als „ungerecht“ angesehen werden. Vielmehr sprechen auch Fußballfans davon, dass Stadionverbote als Sanktion bzw. Sicherheitsinstrument gerechtfertigt sein können, um Personen auszuschließen, die den Fußball lediglich als Vorwand für Gewalt verwenden oder wenn Stadionverbote als Sanktion auf ein strafrechtliches Verhalten ausgesprochen werden.¹²⁶⁸ Hier wird ebenfalls die Abgrenzung von Ultras zu Hooligangruppen deutlich. Dieser nur augenscheinliche Widerspruch, dass auch Ultras Stadionverbote als sinnvolles Instrument ansehen, wird dadurch verständlich, dass „Stadionverbote die Marginalisierung der betroffenen Person beinhalten“. Damit ist gemeint, dass Stadionverbotler*innen keine Möglichkeit haben, ihre Perspektive auf eine fragliche Situation zu schildern, die zum Hausverbot geführt hat; sie werden in ihren Belangen nicht gehört.¹²⁶⁹ An dieser Stelle zeigen sich (1.) die Forderungen nach Partizipation und (2.) die gruppenbezogene Aussprache von Stadionverboten: Stadionverbote sind zwar in der sozialen Welt der Ultras ein geeignetes Gewaltpräventionsmittel. Aber nur, wenn die Stadionverbote „die Richtigen“ treffen und nicht zu einem kollektiven Ausschluss ganzer Ultragruppen führt. Ultras wollen Stadionverbote aushandeln; sie wollen nicht passiv das Ordnungssystem des DFB hinnehmen. Das ist der entscheidende Punkt; dies ist der Aspekt, um den es betroffenen Fußballfans primär geht: „sich Gehör zu verschaffen, um die eigene Unschuld zu beweisen und die

1266 So auch *Kauerhof*, in: ders./Nagel/Zebisch (Hrsg.), *Stadionverbote im internationalen Vergleich*, 2012, S. 43 (55 f.).

1267 Vgl. *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 124 f.

1268 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 129 – 132; *Feltes*, *Neue Kriminalpolitik*, 2013, 48 (64); *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (187).

1269 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (187).

Ungültigkeit dieser aufzudecken und sichtbar zu machen.¹²⁷⁰ Mit anderen Worten: Fehler auf der Seite des DFB und der Vereine aufzudecken.

cc. Stadionverbote auf Verdacht und Unschuldsvermutung

In diesem Zusammenhang wird in der sozialen Welt der von Stadionverboten betroffenen Personen auch das Thema einer „Unschuldsvermutung“ bzw. die Vergabe von Stadionverboten „auf Verdacht“ hervorgehoben. Wie gezeigt, werden Stadionverbote von den Betroffenen als negative Sanktionierung wahrgenommen. Diese Charakterisierung als (faktische) Strafe führt dazu, dass sich die normative Erwartung bildet, dass auch hier der rechtsstaatliche Grundsatz der Unschuldsvermutung gelte. Es geht zudem darum, dass hier die Schuld oder Unschuld nicht in einem bestimmten Verfahren bewiesen bzw. widerlegt wird, sondern: „Die Wahrnehmung von Unschuld wird aus der Perspektive der Subwelt der Stadionverbotler_innen durch andere Akteur_innen *ungültig* gemacht.“¹²⁷¹

Innerhalb der einzelnen Ultragruppen wird über die häufige Erfahrung berichtet, dass Fans Stadionverbote erteilt werden, obwohl es dafür keinen Anlass gab, also eine Person keine Gewalt o.ä. angewendet hat oder überhaupt an einem fraglichen Ort anwesend war.¹²⁷² Diese Erfahrungen verstärken die mangelnde Nachvollziehbarkeit von Stadionverboten in der sozialen Welt der Ultras.¹²⁷³ Ein Großteil der Ultras nimmt die Aussprache von Stadionverboten als willkürlich wahr.¹²⁷⁴ Stadionverbote werden weiter als wenig gerechtfertigt angesehen, wenn sie als „Kollektivstrafen“¹²⁷⁵ bzw. als „Sippenhaft“¹²⁷⁶ empfunden werden. Damit ist gemeint, dass gegenüber einer gesamten Ultragruppe pauschal und ohne Einzelfallprüfung ein Stadionverbot ausgesprochen wird, insbesondere wenn es sich um Gewaltan-

1270 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (187).

1271 *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballfanforschung*, 2017, S. 176 (185).

1272 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 98 – 100.

1273 *Klode*, *Pyrotechnik und Stadionverbote*, 2012, S. 101 f.

1274 *Pilz/Wölki*, in: *Pilz* (Hrsg.), *Wandlungen des Zuschauerhaltens im Profifußball*, 2006, S. 63 (150 – 152).

1275 *Gabler*, *Die Ultras*, 2013, S. 143 – 146.

1276 So beispielsweise die Bezeichnung bei *Henseler*, *Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots*, 2016, S. 136.

wendung aus der Gruppe heraus handelt.¹²⁷⁷ Eng damit zusammen hängt ein weiterer Kritikpunkt: Vor der letzten Änderung der SVRL bzw. vor der Stadionverbotsentscheidung durch das Bundesverfassungsgericht gab es keine bzw. nur eine als unzureichend¹²⁷⁸ empfundene Anhörungsmöglichkeiten, wodurch Stadionverbote als illegitim zurückgewiesen worden sind.¹²⁷⁹ Die weit überwiegende Zahl der Ultras erwartet jedoch die Möglichkeit einer Gegendarstellung, wenn ihrer Meinung nach Stadionverbote zu Unrecht ausgesprochen werden.¹²⁸⁰

Diese soziale Konfliktlinie wird auch in der rechtlichen Dogmatik der Stadionverbote als Hausverbote gespiegelt: Hier geht es um die Störereigenschaft eines Fußballfans. Unproblematisch ist die Bestimmung der Störereigenschaft bei Fußballfans, welche sich selbst an gewalttätigen Auseinandersetzungen beteiligen oder Pyrotechnik zünden.¹²⁸¹ „Weniger klar erscheint dieser logische Zusammenhang, wenn ein Zuschauer zunächst einmal nur in Verdacht steht, gestört zu haben, weil er sich in einer Gruppe befand, aus der heraus es erwiesenermaßen zu Beeinträchtigungen kam.“¹²⁸² Dies ist aber gerade der auch in der sozialen Welt der Ultras als problematisch wahrgenommene Fall, welcher auch Gegenstand des in dieser Untersuchung behandelten Falls des Stadionverbots ist. Dabei existieren zwei denkbare dogmatische Konstruktionsmöglichkeiten, um den Kreis der Unterlassungsschuldner zu erweitern, indem die Anforderungen an eine Störereigenschaft abgesenkt werden:¹²⁸³

Für den BGH war für die Gefahrenprognose die Zugehörigkeit des Fußballfans zur Ultragruppe der Münchener Schickeria zentral, da eine strafrechtliche Beteiligung an den Ausschreitungen nicht nachgewiesen

1277 Klode, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 127 – 129; Feltes, Neue Kriminalpolitik 2013, 48 (51).

1278 Die alte Fassung der SVRL sah lediglich eine optionale nachträgliche Anhörung vor.

1279 Klode, Pyrotechnik und Stadionverbote, 2012, S. 141 f., 147 f. Sie schlägt daher auf S. 148 f. auch eine obligatorische Anhörung vor und erhofft sich dadurch ein besseres Klima zwischen Fans und Vereinen.

1280 Pilz/Wölki, in: Pilz (Hrsg.), Wandlungen des Zuschauerhaltens im Profifußball, 2006, S. 63 (151).

1281 Siehe auch Henseler, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 128.

1282 Henseler, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 128 f.

1283 Dass es genau darum in der Diskussion geht, hebt zutreffend Henseler, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 129 hervor.

werden konnte. Da der Fußballfan nicht nur zufällig Teil dieser Gruppe war, sondern freiwillig Teil von ihr ist, könne man davon ausgehen, „dass er sich bei Fußballveranstaltungen in einem zu Gewalttätigkeiten neigenden Umfeld bewegt und von ihm deshalb künftige, Dritte gefährdende Störungen zu besorgen sind.“¹²⁸⁴ Damit konstruierte der BGH eine Sonderdogmatik der Störereigenschaft bei Stadionverboten. Zu Recht wurde die Gruppenzugehörigkeit als Gefahrprognosekriterium kritisiert.¹²⁸⁵ In der Literatur wurde als funktionales Äquivalent dogmatisch vorgeschlagen, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB analog bzw. lediglich dessen Rechtsgedanken auf Unterlassungsansprüche zu übertragen.¹²⁸⁶ Dabei ist zwar anerkannt, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB über seinen ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus, auf verschiedene Ansprüche angewendet werden kann.¹²⁸⁷ Gegen eine Analogie im konkreten Fall spricht jedoch, dass § 830 Abs. 1 S. 2 BGB als zentrales Tatbestandsmerkmal vorsieht, dass alle Beteiligten zumindest eine relevante aktive Handlung selbst vornehmen. Befindet sich jemand in einer Gruppe, aus der heraus es zu Störungen kommt, ohne selbst irgendeine Handlung vorzunehmen, fehlt es an diesem zentralen Merkmal, auf das auch bei einer Analogie nicht verzichtet werden kann.¹²⁸⁸

Unabhängig davon, welche dieser beiden dogmatischen Konstruktionen überzeugender ist, und auch unabhängig davon, dass gegen beide erhebliche Einwände sprechen, soll hier aus der Beobachterperspektive die Folge dieser Privatrechtsdogmatiken aufgedeckt werden: Hier zeigt sich, dass die privatrechtlichen Grundinstitute Eigentum und Vertrag, die Störereigenschaft bzw. das methodische Instrument der Analogie in Bezug auf

1284 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 23.

1285 *Kleszczewski*, JZ 2010, 251 (252 f.) sowohl mit kriminologischen Einwänden und einem Vergleich zum Sicherheitsrecht; ähnlich auch *Ruch*, JZ 2015, 936 (938 f.); leicht kritisch ebenfalls *Heermann*, NJW 2010, 537; die Diskussion aufbereitend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 110 – 123.

1286 So insbesondere *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (498 – 500); *Schmitt*, Stadionverbot, 2013, S. 165 – 185; die Diskussion gut nachzeichnend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 129 – 138.

1287 Siehe dazu *Förster*, in: BeckOGK-BGB, § 830 Rn. 44; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 830 Rn. 52 – 56.

1288 So überzeugend *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 136 f.; auch das LG Köln, NJW-RR 1990, 865, das eine analoge Anwendung von § 830 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 1004 Abs. 1 BGB befürwortet, verzichtet nicht auf dieses Kriterium; a.A. aber *Walker*, in: FS Schapp, 2010, S. 491 (498 f.), der auch das geringe Gewicht der bloßen Anwesenheit in der Gruppe als ausreichenden Beitrag ansieht.

den Stadionverbotskonflikt nicht neutral sind. Mit beiden dogmatischen Ansätzen zur Ausweitung der Stadionverbotsadressat*innen positionieren sich der BGH und die Befürworter dieser Rechtsprechung entweder ausdrücklich-willentlich oder implizit auf der Seite des DFB und der Vereine. Indem durch die Brille des Privatrechts ausschließlich die zivilrechtliche Deutungsweise von Stadionverboten als präventives Sicherheitsinstrument wahrgenommen wird, wird die sanktionierend-exkludierende Wirkung von Stadionverboten verkannt. Gleichzeitig stabilisiert das Privatrecht im Ergebnis die von den Ultras kritisierte Praxis, dass Stadionverbote aufgrund der bloßen Gruppenzugehörigkeit – also „auf Verdacht“ – ausgesprochen werden. Das Privatrecht ist bzw. wird damit parteiisch.

c. Stadionverbote als Inklusions- und Hegemonie-Spiel

Dieser soziale Deutungskonflikt um die Stadionverbote als präventives Sicherheitsinstrument oder als exkludierendes Sanktionsinstrument kann auch differenzierungstheoretisch re-formuliert werden: Differenzierungstheoretisch ausgedrückt wirken hier das Inklusions- und das Hegemonie-Spiel zusammen. *Schimank* beschreibt fünf Muster von Konfliktstrukturen in der funktional differenzierten Gesellschaft, die als Kämpfe um Differenzierungsstrukturen verstanden werden können.¹²⁸⁹ Teil des Inklusions-Spiels ist der oben angesprochene „Aufstand des Publikums“, womit gemeint ist, dass sich eine Konfliktlinie entlang der Gestaltungsansprüche der Leistungsrollenträger und der Publikumsrollenträger bildet: Das Publikum wendet sich gegen eine „Bevormundung“ durch die teilsystemischen Leistungsproduzenten.¹²⁹⁰ Unter dem Hegemonie-Spiel versteht er eine Konfliktlinie zwischen unterschiedlichen Leistungsrollenträgern innerhalb eines sozialen Systems, die dadurch entsteht, dass eine Teilgruppe der Leistungsproduzenten die Leistungsproduktion dominiert und diese Hegemonie wahren möchte, diese aber gleichzeitig von anderen Teilgruppen streitig gemacht wird.¹²⁹¹ Die Kritik der Ultras an der konkreten Ausgestaltung der Stadionverbote ist auch Ausdruck ihres Selbstverständnisses ihrer Rolle im Fußballsportssystem. Sie artikulieren Kritik an Stadionverboten und dem DFB, weil sie nicht bloß als passive Publikumsrolle die Regeln des kollektiven Leistungsrollenträgers des DFB akzeptieren wollen, sondern aktiv

1289 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), *Soziale Differenzierung*, 2011, S. 261 (261).

1290 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), *Soziale Differenzierung*, 2011, S. 261 (271 f.).

1291 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), *Soziale Differenzierung*, 2011, S. 261 (279 f.).

gestalterischen Einfluss auf den Fußballsport nehmen wollen. Gleichzeitig laufen sie als Adressaten der Stadionverbote Gefahr, aus dem Fußballsystem exkludiert zu werden.

IV. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurden vielfältige Perspektiven auf Stadionverbote geworfen – mit einem Fokus auf die Konstellation der beteiligten Akteure. Stadionverbote weisen nicht nur eine präventiv-privatrechtliche Dimension auf, sondern entfalten insbesondere aus der Perspektive der Ultras eine sanktionierende und exkludierende Wirkung. Der Konflikt um die Stadionverbote kann damit primär als Exklusionskonflikt beschrieben werden: Die Ultragruppen auf der einen und der DFB bzw. die Vereine auf der anderen Seite streiten im Zuge der Kommerzialisierung allgemein um Herrschafts- und Ausgestaltungsansprüche im Fußballsystem. Der Deutungskonflikt um die Stadionverbote und die Frage nach ihrer Ausgestaltung ist einer von vielen Streitpunkten und symptomatisch für den Machtkampf im Fußball. Bei der Frage nach der Ausgestaltung der Vergabe von Stadionverbotten geht es um die Frage, nach welchen Kriterien Fußballfans am Stadionerlebnis partizipieren können. Oder negativ ausgedrückt: nach welchen Kriterien im Fußballsystem Fußballfans exkludiert werden sollen. Diese Konfliktlinie innerhalb des Hegemoniekampfes im Fußballsystem hat besonders negative Konsequenzen für die Ultras: Als Adressaten der Stadionverbote laufen sie Gefahr, aus dem Fußballsystem und der eigenen Ultragruppe exkludiert zu werden. Vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bzw. vor Änderung der SVRL haben das Privatrecht allgemein und die Rechtsprechung des BGH zu Stadionverboten im Besonderen die vom DFB gesetzten Exklusionsregeln einseitig zu dessen Gunsten stabilisiert.

§ 7 Soziale Ordnung durch private Akteure

In den letzten beiden Kapiteln wurde der soziale Konflikt um die Stadionverbote mithilfe der Begriffe Macht bzw. Exklusion beschrieben. Der Konflikt um die Stadionverbote zeichnet sich dadurch aus, dass innerhalb des Fußballsportsystems ein Deutungskonflikt zwischen dem DFB und den Ultragruppen besteht, der symptomatisch für den Kampf um Geltungsansprüche im System ist. Der Konflikt um die Stadionverbote verweist jedoch auf einen weiteren Problemkreis des sozialen Konfliktes: Die Stadionverbote beruhen auf den Stadionverbotsrichtlinien (SVRL). Als verbandrechtliches Innenrecht sind sie ein Beispiel für die Schaffung und Durchsetzung privater Ordnungssysteme. Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich dabei nicht nur um einen untergeordneten Aspekt des Konfliktes, sondern um ein wesentliches Strukturmerkmal innerhalb des Sportsystems, das Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung hat. Durch das private Ordnungssystem, welchem die SVRL angehören, werden die Exklusionen aus dem Fußballsportssystem institutionalisiert.

Während das vorangegangene Kapitel einen deutlichen Fokus auf die Publikumsrolle im Fußballsportssystem – insbesondere die Zuschauer*innen und Fans – gelegt hat, wird in diesem Kapitel ein Fokus auf den kollektiven Leistungsrollenträger DFB gelegt. Mit dem Rückgriff auf den Topos der privaten Ordnung erhofft sich diese Untersuchung eine weitere Konfliktlinie im Stadionverbotsfall offenzulegen, die generalisiert und auch für die anderen hier diskutierten Fälle der Gesellschaft re-spezifiziert werden kann. Der Forschungsstrang zu privaten Ordnungen soll damit nicht weitergesponnen werden; stattdessen soll auf bisherige Forschungsergebnisse zurückgegriffen werden und diese auf den Stadionverbotsfall angewendet werden.

In diesem Kapitel wird zunächst der Begriff der privaten Ordnung eingeführt und in Bezug zu ähnlichen Topoi gebracht. Private Ordnungssysteme lassen sich darauf aufbauend in ein größeres System sozialer Ordnung innerhalb der funktional differenzierten Gesellschaft einordnen (I.). Innerhalb dieses generalisierten Konzeptes lassen sich Beschreibungen auch für Phänomene privater Ordnungen innerhalb des Sportsystems re-spezifizieren. Die Stadionverbote, welche auf den SVRL beruhen, sind dabei in die Sicherheitsarchitektur des (deutschen) Fußballsports eingebunden

und bilden damit einen Teil privater Ordnung, der die Exklusion aus den Systemzusammenhängen normalisiert (II.). Zuletzt wird der häufig im Kontext privater Ordnung aufzufindende Topos der Legitimation privater Ordnungen aufgegriffen. Hier wird sich zeigen, dass der Begriff der Legitimation nur eine beschränkte Bedeutung für die in dieser Untersuchung adressierten Phänomene hat, die dort diskutierten Konzepte jedoch für eine spätere rechtsdogmatische Re-Konstruktion fruchtbar gemacht werden können (III.).

I. Private Ordnung als soziale Ordnung

1. Ausgangspunkt: Pluralität von normativen Ordnungssystemen

Eine der Grundfunktionen des Rechts wird – aus systemtheoretischer Perspektive – dahingehend beschrieben, dass es normative Erwartungen stabilisieren soll.¹²⁹² Diese generalisierte Beschreibung lässt sich dahingehend spezifizieren, dass rechtliche Regelungen – indem sie Erwartungen stabilisieren – Konflikte vermeiden oder Konflikte mediatisieren können und dadurch zu sozialer Ordnung beitragen können.¹²⁹³ Durch Rechtsnormen werden (meist abstrakt-generelle) Verhaltensprogramme bereitgestellt, an denen sich Personen in wiederkehrenden Situationen orientieren können und als Grundlage für zu erwartendes Verhalten von Interaktions- und Kommunikationspartner*innen machen können. Recht ist damit eine normative Ordnung, weil sie Verhaltenssätze als Sollens-Sätze an die Rechtsunterworfenen heranträgt.

Recht ist jedoch nicht die einzige normative Ordnung innerhalb (moderner) Gesellschaften. Neben das Recht treten andere normative Ordnungssysteme, die jeweils andere Verhaltensmuster von ihren „Unterworfenen“ erwarten.¹²⁹⁴ „Wir finden in der heutigen Welt eine Fülle normativer Ordnungen, die einander ergänzen, überlappen, miteinander im Wettbewerb

1292 Grundlegend *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S.124 – 143; *ders.*, Rechtssoziologie, 2008 [1983], S. 99 – 105; dies aufgreifend *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (250 – 253); *Baer*, Rechtssoziologie 2021, S. 124.

1293 Vgl. *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 f.

1294 Grundlegend *Forst/Günther*, in: dies. (Hrsg.), Die Herausbildung normativer Ordnungen, 2011, S. II.; mit historischer und ethnologischer Akzentuierung *Fahrmeier/Imhausen*, in: dies. (Hrsg.), Die Vielfalt normativer Ordnungen, 2013, S. 7; *Forst/Günther*, in: dies. (Hrsg.), Normative Ordnungen, 2021, S. 9.

stehen, die einander beeinflussen, einander bekämpfen.¹²⁹⁵ In der Rechtswissenschaft traditionell thematisiert werden dabei insbesondere die Moral¹²⁹⁶ und die Religion.¹²⁹⁷ Die frühe Rechtssoziologie – und hier allen voran *Eugen Ehrlich* – identifizierte jedoch schon früh, dass daneben auch andere normative Systeme existieren, an denen Menschen ihr Verhalten orientieren und neben oder anstelle des Rechts treten bzw. den Ausgangspunkt für Rechtsregeln bilden.¹²⁹⁸ Das staatliche Recht ist nur einer von vielen solcher Faktoren.

2. Phänomenologie privater Ordnungen

In der Rechtswissenschaft ist in den letzten 30 Jahren das Erkenntnisinteresse an verschiedenen – allen voran privaten – Ordnungssystemen gewachsen. Diese werden unter den Schlagwörtern – mit teilweiser Verschiebung der Erkenntnisinteressen und der Untersuchungsgegenstände – private Ordnung¹²⁹⁹, privates Recht¹³⁰⁰, private Regelsetzung¹³⁰¹, private Rechtsetzung¹³⁰², Selbstregulierung im Privatrecht¹³⁰³, *private ordering*¹³⁰⁴ oder transnationales Recht¹³⁰⁵ erforscht. Verschiedene Strömungen innerhalb der Rechtswissenschaft, insbesondere die Rechtssoziologie und die

1295 *Michaels*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 39 (41).

1296 *Ellscheid*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, S. 201.

1297 Rechtshistorisch *Jansen*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung* 132, (2015), 29. In jüngerer Zeit ist das Verhältnis zwischen Recht und Religion durch das Beschneidungsurteil des LG Köln, Urt. v. 07.05.2012, 151 Ns 169/11 neu diskutiert worden, siehe dazu *Wiater*, *NVWZ* 2012, 1379.

1298 Vgl. *Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1989 [1913], S. 144 f.; siehe dazu *T. Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 72 – 80.

1299 *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006.

1300 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 1 (2 f.).

1301 *Engler*, *Private Regelsetzung*, 2017.

1302 *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987.

1303 *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010.

1304 *Statt aller Schwarcz*, 97 *Northwestern University Law Review* 319 (2002). Die Forschungsrichtung des *private ordering* fokussiert sich dabei auf empirische Studien, die Situationen identifizieren, in denen insbesondere „*market communities*“ selbst Recht und soziale Ordnung ohne staatliche Intervention etablieren, siehe dazu *Sagy*, 45 *Law & Society Review* 923, 924 (2011).

1305 *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009; *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013; *G.-P. Calliess/Maurer*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 1; zum Transnationalen Recht als (rechts-

Privatrechtstheorie, beobachten und analysieren unterschiedliche Erscheinungsformen von sozialer Ordnung, die weitgehend neben oder außerhalb der staatlichen Rechtsordnung existieren. Ein wichtiger Grund für dieses gestiegene Interesse an solchen Phänomenen liegt darin, dass private Regeln und Ordnungen in ihrer Funktion, Wirkung und Struktur staatlichen Rechtsnormen (annähernd) gleichkommen.¹³⁰⁶

Zu den klassischen Untersuchungsbereichen gehören beispielsweise¹³⁰⁷ Musterverträge von Branchenorganisationen, Klauselwerke in Franchising-Netzwerken oder Standards transnationaler Expertengremien.¹³⁰⁸ Als Phänomene privater Rechtserzeugung werden insbesondere die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, technische und auf die Rechnungslegung bezogene Standards¹³⁰⁹, Codes of Conduct bzw. Corporate Governance-Kodizes¹³¹⁰ sowie Phänomene im transnationalen Recht genannt.¹³¹¹ Solche Phänomene im transnationalen Recht, also grenzüberschreitende Prozesse, sind typische Räume privater Selbstregelung.¹³¹² Sie werden gemeinhin als *lex mercatoria*,¹³¹³ *lex sportiva*,¹³¹⁴ *lex technica*,¹³¹⁵ *lex informatica*¹³¹⁶ o.ä. bezeichnet. Die damit angesprochenen Regelwerke stehen für international selbstgeschaffenes – privates – Recht, das sich eigeninitiativ und im Ansatz außerhalb nationalstaatlicher Bezüge entwickelt.¹³¹⁷ „Transnationales Recht ist ein

theoretischer) Methode *Zumbansen*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 557.

1306 *Engert*, RW 2014, 301 (308).

1307 Siehe auch die umfangreiche Zusammenstellung aus der Perspektive der Selbstregulierung bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 48 – 210.

1308 *Renner*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, S. 1929 (1929 mwN).

1309 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481 – 493); *Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (780); ausführlich zu Standards *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 201 – 250.

1310 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (495 – 500).

1311 Dazu *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (501 – 504 mwN).

1312 So einleitend *Röthel*, JZ 2007, 755 (755).

1313 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (755 f. mwN); *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 65 – 103.

1314 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (757 f.); *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 129 – 156.

1315 Dazu *Röthel*, JZ 2007, 755 (758 – 761).

1316 Dazu *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 104 – 128; speziell zur Internetregulierung *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 109 – 120.

1317 *Röthel*, JZ 2007, 755 (755).

institutioneller Rahmen für grenzüberschreitende Interaktion, Transaktion und Kommunikation jenseits des Nationalstaats. Im Unterschied zum territorial und hierarchisch organisierten nationalen und internationalen Recht ist es in eine Vielzahl funktional spezialisierter Rechtsregimes fragmentiert, die in pragmatischer Weise verschiedene Institutionen privater (Normen, alternative Streitschlichtung, soziale Sanktionen) und staatlicher (Gesetze, Gerichte, Zwangsvollstreckung) Herkunft kombinieren, wobei letztere aus ihrem nationalen Kontext entbettet werden.¹³¹⁸ In letzter Zeit stärker in den Fokus geraten sind phänomenologisch die privaten Ordnungen, welche von und/ oder auf digitalen Plattformen aufgestellt werden.¹³¹⁹

Mit der *lex sportiva* – der „weltweiten Sportrechtsordnung“¹³²⁰ – nähern wir uns dem in dieser Untersuchung relevanten Phänomen der verbandsrechtlichen Regelung von Stadionverboten. Bezüglich der Reichweite des Begriffs der *lex sportiva* besteht Uneinigkeit: Während einige darunter allgemein phänomenologisch sämtliche private Regelsetzung im Sportbereich verstehen, sodass beispielsweise auch die Regelwerke der internationalen Sportverbände unter den Begriff gefasst werden,¹³²¹ verengen andere den Topos auf „allgemeine, sportartübergreifende Rechtsgrundsätze des internationalen Sports“, wie sie sich insbesondere durch den CAS in Form eines Willkürverbots, eines Verhältnismäßigkeitsprinzips, des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Prinzips der Chancengleichheit aller Wettkampfteilnehmer*innen und des Fair-Play-Grundsatzes herausgebildet haben.¹³²² Da diese Untersuchung primär einen beschreibenden Zugang privater Ordnungen wählt, soll hier die *lex sportiva* in einem weiten Sinne verstanden werden.¹³²³ Aus differenzierungstheoretischer Perspektive, wie

1318 So die Definition von G.-P. Calliess/Maurer, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S.1 (3 f.); ausführlich zu unterschiedlichen Spielarten und einer möglichen Zusammenführung *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 165 – 185.

1319 *Wielsch*, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61; *H. Schweitzer*, *ZEuP* 2019, 1; vgl. auch *Spindler*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* 2014, S. 193 (210 – 217); *Mendelsohn*, *MMR* 2021, 857. Dies wird am Beispiel Facebook unten unter § 10 II 2 aufgegriffen.

1320 *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 84.

1321 *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 130: „Im Mittelpunkt einer *lex sportiva* stehen die Satzungen und Regelwerke der Verbände.“; so wohl auch *Röthel*, *JZ* 2007, 755 (757 f.).

1322 *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 84 (84 – 86).

1323 Siehe zu weiteren Vorteilen einer solchen Begriffsdefinition *Valero*, *Int Sports Law J* 2014, 3 (4 f.).

sie diese Untersuchung einnimmt, ist die *lex sportiva* auch deshalb interessant, weil die rechtswissenschaftliche Beobachtungsperspektive neben dem Wirtschaftssystem früh den Sport als gesellschaftliches Funktionssystem mit eigenem Autonomiebereich identifiziert hat.¹³²⁴ Die private Ordnung des Sports ist dabei symptomatisch für die großen Überschneidungen der Perspektiven funktionaler Differenzierung und privater – teilweise transnationaler – Ordnungen.

Spezifische Untersuchungsgegenstände der *lex sportiva* in der Rechtswissenschaft, auch gerade hinsichtlich ihrer Wechselwirkungen mit dem staatlichen Recht, sind dabei Themen wie Doping¹³²⁵ und die Zulassung bzw. der Ausschluss von Sportler*innen zu bzw. von Wettkämpfen, wofür in der deutschen und europäischen Diskussion paradigmatisch der Fall *Pechstein* steht.¹³²⁶ Hier zeigt sich, dass bereits die klassischen Untersuchungsgegenstände Phänomene von Exklusion bilden.

Allerdings unterscheiden sich die oben angesprochenen SVRL in zweifacher Hinsicht von diesen klassischen Untersuchungsgegenständen der *lex sportiva*. Zum einen werden die SVRL nicht von internationalen Sportverbänden, wie z.B. der FIFA für den Fußballsport, geschaffen, sondern vom deutschen Fußballsportverband, dem DFB. Private Regelsetzung oder die Schaffung privater Ordnungen ist damit kein ausschließlich oder primär transnationales Phänomen, sondern ist auch im nationalen Kontext zu beobachten.¹³²⁷ Damit zeigt sich, dass die Perspektive des Transnationalen Rechts nur einen Teil der Phänomene privater Ordnungen erfasst. Insbesondere stellt sich in nationalen Konstellationen privater Ordnungen weniger die rechtstheoretische Frage nach der Rechtsqualität dieser Ordnungen,¹³²⁸ weil sie regelmäßig – wie auch im Fall der Stadionverbote –

1324 Nolte, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107 (108 f. mwN); ähnlich auch N. Ipsen, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 129. Siehe zum Sportsystem auch oben § 4 III 2, V 4 und § 6 II 1.

1325 Zur World-Anti-Doping-Agency (WADA) siehe Adolphsen, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (96 – 101).

1326 BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*; zuvor OLG München, Teilurt. v. 15.01.2015, U 1110/14 Kart; nunmehr BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*; siehe dazu im Kontext Transnationalen Rechts Grünberger, Der Staat 55 (2016), 117 (124 f., 130 – 133).

1327 Teilweise wird auch die nationale Ebene der privaten Ordnung des Sports als *lex sportiva* bezeichnet: so z.B. von Nolte, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 107 (108).

1328 Siehe dazu Engler, Private Regelsetzung, 2017, S. 33 f.; Bachmann, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207 (209 – 212); im transnationalen Kontext

in privatrechtliche Handlungsformen wie Vertrag oder Satzung, also staatliches Recht, eingebunden sind. Es fehlt der für das transnationale Recht typische, im Vergleich zu nationalen Kontexten, veränderte institutionelle Rahmen, der insbesondere durch grenzüberschreitende Interaktionen entsteht¹³²⁹ und sich in der Folge in einer Entkopplung der Evolution von (nationaler) Politik und (inter- bzw. transnationalem) Recht manifestiert und stabilisiert. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage nach der rechtsdogmatischen Antwort auf solche privaten Ordnungen umso mehr.¹³³⁰ Aufgrund dieser starken nationalstaatlichen Einbettung¹³³¹ und dem hier verfolgten Erkenntnisinteresse des Regelungszugriffs des deutschen Rechts sollen in diesem Abschnitt private Ordnungen mit dem Blick eines weichen Rechtspluralismus¹³³² betrachtet werden. Die sich typischerweise aus der Perspektive eines harten Rechtspluralismus stellende Frage nach der Legalität, also der Rechtsnormqualität, einer privaten Ordnung wird hier nicht erheblich.¹³³³

Zum anderen adressieren die SVRL in erster Linie die Zuschauer*innen im Stadion, also soziologisch gesprochen die Publikumsrolleninhaber des Fußballsportsystems. Die bisher untersuchten Regelungen adressieren primär die Sportler*innen, und damit die Leistungsrollenträger des Fußballsportsystems. Daher wurde bei solchen Regelungen im wettbewerbsrechtlichen Kontext auch häufig von genuin sportbezogenen Regeln ge-

Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 186 – 208; *Michaels*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 39 (43 – 56); *T. Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 qualifizieren einige der privaten Ordnungen als „sekundäre Rechtsquelle[n]“.

1329 Vgl. *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (155 f.).

1330 So auch *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (19): „Eher geht es um die Unsicherheit, ob das bestehende nationalstaatliche Recht das Private Recht angemessen und wirkungsvoll einfängt und ‚einhegt‘“.

1331 Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten wie das Recht auf (transnationale) private Regelsetzung reagieren kann *N. Ipsen*, Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, 2009, S. 231 – 239; *Michaels*, 51 The Wayne Law Review 1209, 1227 – 1237 (2005); dies. rezipiert *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie II, 2015, S. 1929 (1930).

1332 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen *weak* und *strong legal pluralism* siehe *Griffiths*, 24 Journal of Legal Pluralism 1, 8 – 14 (1986); *Michaels*, 51 The Wayne Law Review 1209 (2005); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 208 – 211.

1333 Zutreffend weist *Bachmann*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 207 (209 – 212) darauf hin, dass die Legalitätsfrage – man müsste konkretisieren: in einigen Fällen – von untergeordneter Bedeutung ist.

sprochen.¹³³⁴ Die SVRL sind damit ein anschauliches Beispiel dafür, wie private Ordnungen auch auf das jeweilige Publikum in einem sozialen Funktionssystem ausgedehnt werden.¹³³⁵

3. Private Regelsetzung als Teil privater Ordnungen

Bisher wurden die Begriffe private Ordnung oder private Regel ohne weitere Klärung ihrer Bedeutung verwendet. Dies soll an dieser Stelle geschehen. Eine Erklärung der Begriffe, wie sie für diese Untersuchung verwendet werden, ist notwendig, weil sie jeweils unterschiedliche Ausschnitte bzw. Dimensionen privater Regelsetzung mit ihrem Bezug zum (staatlichen) Recht beschreiben.

Der Begriff der *privaten Regel* ist als Ausgangspunkt zu betrachten. Dieser steht für jeden Satz, der ein Ge- oder Verbot zum Ausdruck bringt, unabhängig davon, ob er von den Adressaten selbst oder von anderen gesetzt wurde.¹³³⁶ Private Regeln können dabei alles Mögliche sein, auch die partnerschaftliche Einigung, dass man am kommenden Freitag gemeinsam ins Theater geht. „In allen Lebensbereichen schaffen Private Regeln und Muster für Regeln.“¹³³⁷ Privat ist eine Regel, wenn sie nicht vom Staat erzeugt wird. Indem jede Form von Regeln innerhalb menschlicher Interaktionen Verhalten antizipierbar werden lässt, tragen auch private Regeln zur Bildung gesellschaftlicher Ordnung(en) bei.¹³³⁸ Solche privat aufgestellten Regeln können bei einer gewissen Verfestigung zu sozialen Normen werden.¹³³⁹ Private Regeln können aber auch über spezifische Mechanismen, insbesondere über privatrechtliche Institute, in die Rechtsordnung eingebunden werden: Eine Regel kann beispielsweise die Form eines Ver-

1334 Siehe dazu oben § 3 IV 4 b.

1335 Thematisiert wird bislang lediglich die Ausdehnung privater Ordnungen von (Sport-)Verbänden auf Nichtmitglieder, wobei damit nur Vereine und deren Mitglieder gemeint sind, die nicht unmittelbare Mitglieder des Dachverbandes sind, siehe dazu *Heermann*, ZIP 2017, 253.

1336 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 20 – 25, insbesondere S. 22; dem folgend *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 23.

1337 *Bunke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (1).

1338 Vgl. *Bunke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (1 f.).

1339 Zu sozialen Normen und ihrer Abgrenzung zum Recht siehe *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 199 – 203; *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 162 – 186.

trages oder einer Satzung einnehmen.¹³⁴⁰ Hier begegnet uns die bereits oben angesprochene Ordnungsfunktion des Vertrages:¹³⁴¹ Der Vertrag ist das Instrument der Wahl, mit dem Private untereinander Regeln rechtliche Verbindlichkeit verleihen können.¹³⁴² Eine private Regel kann so über das Privatrecht zu *privatem Recht* werden, also Recht, das nicht-staatliche Akteure erzeugt haben.¹³⁴³ Bis hierhin bestehen aus klassisch dogmatischer Sicht keine großen Besonderheiten, weil private Regeln aus der Perspektive des Privatrechts ohnehin (nur) in ihrer privatrechtlichen Erscheinungsform wahrgenommen werden.¹³⁴⁴

Private Regeln bzw. privates Recht können jedoch eine umfassendere soziale und/ oder rechtliche Wirkung entfalten; sie müssen sich nicht zwingend auf einen Fall oder wenige begrenzte Fälle beschränken, sondern können – wie die oben erwähnten Beispiele zeigen – abstrakt-generelle Wirkung für eine Vielzahl von Fällen für sich beanspruchen. Dies kann als *private Ordnung* bezeichnet werden. Erst an dieser Stelle zeigt sich das gesteigerte Interesse der Rechtswissenschaft: Private Regeln ähneln mehr und mehr in ihrer Form und ihrer Wirkung staatlichen Regeln, also Rechtsnormen.

Als Ausgangspunkt dieser Überlegung zum Zusammenhang zwischen privaten Ordnungen und privater Regelsetzung kann u.a. der Theoriestreit bezüglich der Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen herangezogen werden:¹³⁴⁵ In der Vergangenheit wurde intensiv darüber gestritten, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertrag¹³⁴⁶ oder als Rechtsnorm¹³⁴⁷

1340 Bumke/Röthel, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (3), dort auch zu weiteren Verknüpfungen mit der Rechtsordnung. Allgemein zu solchen „Inklusionsnormen“ Köndgen, AcP 206 (2006), 477 (518 – 521); Eifert, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 19 Rn. 62 – 66.

1341 Siehe oben § 3; die Funktion des Vertrages zum Aufbau transnationaler Ordnungen akzentuiert Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 154 – 158.

1342 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 255, die deshalb auch vom „Vertrag als Grundmodell der Selbstregulierung“ sprechen.

1343 Bumke/Röthel, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 1 (3): „Wenn private Regeln auf die geschilderten Weisen in die Rechtsordnung eingebunden werden, lassen sie sich als ‚Privates Recht‘ bezeichnen.“

1344 Darin ist der Grund zu sehen, warum eines der Frühwerke der Forschung zu privaten Ordnungen lediglich diese klassischen privatrechtlichen Institute thematisiert: F. Kirchhof, Private Regelsetzung, 1987, S. 181 – 485.

1345 Siehe dazu Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 119 f.

1346 Lehrmann-Richter, in: BeckOGK-BGB, § 305 Rn. 39.

1347 Pflug, AG 1992, 1 (5 – 10), der dort auch deutlich macht, dass es beim Streit Vertrags- vs. Normtheorie nicht primär um die Beschreibung von AGB geht, sondern

zu qualifizieren seien. *Bachmann* konnte überzeugend zeigen, dass dieser Streit sinnlos ist, weil beide Positionen aneinander vorbeireden.¹³⁴⁸ Aus dogmatischer Sicht überzeugt die Ansicht, welche AGB als Vertrag qualifizieren, weil es sich dabei um eine spezifische Regelsetzung zwischen zwei individuellen Privatrechtsakteuren handelt, die durch gegenseitige Zustimmung Geltung zwischen diesen Akteuren entfaltet. Die sog. „Normtheorie“ hat dagegen primär die soziale Wirkung von AGB betont und ihre rechtliche Form weitgehend als unbedeutend abgetan. Beide Positionen betonten damit lediglich zwei zwar zusammenhängende, aber aus rechtlicher Sicht zu trennende Aspekte von AGB: ihre rechtliche Form (Vertrag) auf der einen Seite und ihre soziale Wirkung bzw. Funktion (Norm) auf der anderen Seite.

Die Vertragstheorie alleine kann jedoch nur Situationen erklären, in denen ein individueller AGB-Aufsteller identifiziert werden kann. Wir beobachten jedoch Phänomene, in denen nicht nur ein einzelner Privatrechtsakteur in einer Vielzahl von Fällen standardisierte Verträge verwendet, sondern Situationen, in denen mehrere Privatrechtsakteure die gleichen AGB verwenden. Zu der Regelsetzung durch AGB treten weitere Faktoren, die ihre Ausbreitung auf einen ganzen ökonomischen oder sozialen Bereich begünstigen: „Zu privatisierter oder ‚gesellschaftlicher‘ Rechtssetzung werden AGB, sobald ihr Gebrauch durch Verbände organisiert und damit ihr Geltungsbereich schlagartig verbreitert wird. Rechtssetzung ist dann aber nicht in erster Linie die Aufstellung der AGB, sondern die generalisierende Gebrauchsempfehlung durch einen sozialen Verband.“¹³⁴⁹ Durch diese Empfehlung werden allgemein verfügbare Regelungsmuster bereitgestellt, sodass ein Stück rechtlicher Struktur mit zumindest sektoraler – oder gar allgemeiner – Geltung erschaffen wird.¹³⁵⁰ Bloße Gebrauchsempfehlungen durch einen Dachverband sind jedoch nicht die einzigen Möglichkeiten, wie private Regelsetzung zu privater Ordnung werden kann. In Bezug auf private Standardsetzung wurden beispielsweise Netzwerkeffekte als maß-

darum, welches grundsätzliche Legitimationskonzept auf sie angewendet werden sollte.

1348 Dazu und zu den folgenden Ausführungen *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 108 – 123.

1349 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481).

1350 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (481) weist hier in Fn. 10 auch darauf hin, dass dies beispielsweise im Bereich der Kreditwirtschaft beobachtet werden kann, wenn die AGB-Banken bzw. AGB-Sparkassen fast ausnahmslos Verwendung finden.

gebliche ökonomische Größe betont, die ihre Ausbreitung begünstigen.¹³⁵¹ Netzwerkeffekte können ebenfalls als ein Faktor für die Verbreitung von AGB angesehen werden, die von Internetplattformen aufgestellt werden: Hier sind es die Netzwerkeffekte, die ökonomisch zu größeren Marktanteilen führen, die damit wiederum mit ihren selbstgesetzten Regeln nicht nur den Markt, sondern die dazu parallel laufende Kommunikation regeln.¹³⁵²

Verbreitet sich damit eine private Regelung durch weitere rechtliche oder außerrechtliche Umstände in einem sozialen System, so kann von privater Ordnung oder *Private Governance* gesprochen werden. *Governance* kann als die Gesamtheit der kollektiven Einflüsse auf ein soziales System definiert werden.¹³⁵³ Sind diese Einflüsse dominierend privat – und damit nicht staatlich – kann von *Private Governance* oder privater Ordnung gesprochen werden. Der Begriff der privaten Ordnung löst damit als primär rechtstheoretischer Begriff die dogmatisch unpräzise „Normtheorie“ ab, weil er rechtliche Form und soziale Wirkungen miteinander vereinen kann.

Bezüglich des Untersuchungsgegenstandes besteht zwischen den Forschungsströmungen privater Regelsetzung und privater Ordnung eine Nähe zu der Forschungsrichtung der Selbstregulierung.¹³⁵⁴ Bezüglich des Erkenntnisinteresses bestehen jedoch leichte Unterschiede: Die Perspektive der Selbstregulierung nimmt primär die Perspektive der Gesetzgebung oder der Regulierung ein und fragt nach dem Verhältnis zwischen staatlicher (Fremd-)Regulierung und privater (Selbst-)Regulierung.¹³⁵⁵ Die Begriffe private Ordnung und privates Recht werden hier dem Begriff der Selbstregulierung vorgezogen, weil es nicht primär um eine Steuerungsfrage der Vor- und Nachteile von Selbstregulierung gegenüber staatlicher Steuerung geht. Das Erkenntnisinteresse ist hier auf ein besseres Verständnis der Formen und Wirkungen privater Ordnungsmuster gerichtet. Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch auf Erkenntnisse der Selbstregulierungsforschung zurückgegriffen werden kann – dies insbesondere deshalb, weil sie sich

1351 Engert, RW 2014, 301 (309 – 321).

1352 Siehe dazu im Kontext von Facebook unten § 10.

1353 Köndgen, AcP 206 (2006), 477 (514), der den Begriff dort auch zu Government, Regulierung und sozialer Kontrolle abgrenzt.

1354 Zum Begriff und zu Erscheinungsformen *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 8 – 46; zur begrifflichen Abgrenzung näher *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 41 – 47.

1355 Deutlich bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 32: „Der Ausdruck der Selbstregulierung bildet daher einen Gegenbegriff zu einer rein staatlichen Regelschaffung.“

selbst einen allgemeineren Zugriff auf die hier untersuchten Phänomene zuschreibt.¹³⁵⁶

4. Private Ordnung als Teil sozialer Ordnung

Das Erkenntnisinteresse der Rechtswissenschaft ist primär auf private Ordnungen gerichtet, weil diese hinsichtlich Wirkung und Struktur staatlichen Rechtsregeln gleichkommen. Was bedeutet aber Ähnlichkeit oder Vergleichbarkeit hinsichtlich ihrer Wirkungen? Ein Vergleichsparameter kann dabei ihr jeweiliger Beitrag zu sozialer Ordnung sein. Um dies zu verdeutlichen, bietet sich das von *Ellickson* entwickelte Modell der „*Theory of Social Control*“ an.¹³⁵⁷ In der Soziologie wird dabei der Begriff der sozialen Kontrolle genutzt, um zu beschreiben, warum Personen (nicht) von Regel abweichen.¹³⁵⁸ *Ellickson* verwendet den Topos *Social Control* in einem abweichenden Begriffsverständnis: Er möchte damit unterschiedliche Formen von gesellschaftlichen Ordnungssystemen beschreiben. Ein präziserer Begriff im Deutschen ist daher „soziale Ordnung“ – ein weiterer soziologischer Grundbegriff.¹³⁵⁹ Auch *Bachmann* begreift sein Modell privater Ordnungen primär als Konzept sozialer Ordnung.¹³⁶⁰

Ellickson typologisiert die unterschiedlichen Elemente sozialer Ordnung in drei Kategorien: *first-party control*, *second-party control* und *third-party control*. Damit werden grob die maßgeblichen Akteure sozialer Ordnung kategorisiert: Die Ordnung kann durch einen selbst, durch den unmittelbaren Interaktionspartner oder durch einen dritten Akteur gesetzt werden. Sein Erkenntnisinteresse ist auf die funktionalen Äquivalente zu staatlichem Recht gerichtet. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass gesellschaftliche Normen und Institutionen in unterschiedlichem Maße da-

1356 Vgl. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 21 f.

1357 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 123 – 136.

1358 Siehe zu sozialer Kontrolle und Devianz *Menzel/Wehrheim*, in: Kneer/Schroer (Hrsg.), Handbuch Spezielle Soziologien, 2010, S. 509.

1359 Siehe auch *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 Fn. 70, der ebenfalls *social control* mit sozialer Ordnung übersetzt und Bezüge zu Herrschaft herstellt; zu unterschiedlichen soziologischen Konzepten sozialer Ordnung siehe *Abels*, Einführung in die Soziologie, Bd. 1, 2019, S. 59 – 118.

1360 *Bachmann*, Private Ordnungen, 2006, S. 8 – 17 greift jedoch weniger auf ein soziologisches Begriffsverständnis zurück, sondern setzt sich mit „sozialethische[n] Lebensentwürfe[n]“ auseinander, „die dem Ordnungsgedanken einen prominenten Platz eingeräumt haben“ (Zitat auf S. 8).

zu geeignet sind, kooperatives Verhalten herbeizuführen. Er unterscheidet zwischen verschiedenen Akteuren, die soziale Regeln setzen bzw. Sanktionen bei Nichteinhaltung dieser Regeln ausüben: Derjenige, der *first-party control* ausübt, nennt *Ellickson* „actor“. Die Person, die *second-party control* ausübt, ist die „*person acted upon*“. Von größerer Bedeutung sind jedoch die Akteure der *third-party control*. Hier unterscheidet *Ellickson* *non hierarchially organized social forces, organizations (non governmental hierachies)* und *government (state hierachies)*.¹³⁶¹ Der Begriff der *organizations* deckt sich dabei mit dem soziologischen Begriff der Organisation.¹³⁶²

Basierend auf der Einteilung von Elementen sozialer Ordnung und den fünf Akteuren, können jeweils unterschiedliche Begriffe für die Regeln verwendet werden, die diese fünf Akteure erlassen: *Ethics* als moralische Regeln, die sich einzelne Akteure selbst geben, *contracts* zwischen zwei Akteuren sowie *norms, organization rules* und *law* als die Formen von Drittakteuren.¹³⁶³ Er entwickelt dann auch einzelne Begriffe für unterschiedliche Formen der Sanktionen, die auf dem Verstoß gegen die jeweiligen sozialen Regeln beruhen sowie Begriffe für das „*combined system*“ aus Regel und Sanktion.¹³⁶⁴ Dabei handelt es sich – wie *Ellickson* selbst erkennt – um Idealtypen, in der Form, dass es eine Stilisierung ist, dass ein Akteur eine Regel setzt und diese gleichzeitig durchsetzt; vielmehr können in der Realität hybride Formen auftreten, in denen eine von Akteur A gesetzte Regel von Akteur B durchgesetzt wird.¹³⁶⁵ Weiter unterscheidet *Ellickson* in diesem System fünf Typen von Regeln, die in sozialen Ordnungssystemen auftreten können: Verhaltensregeln (*substantive rules*), Sanktionsregeln (*remedial rules*), Verfahrensorderungen vor Sanktionsentscheidungen (*procedural rules*), Verfassungsnormen der Akteure (*constitutive rules*) sowie Meta-Regeln, wonach geregelt wird, welcher Akteur in welcher Situation zuständig ist (*controller-selecting rules*).¹³⁶⁶

Ellicksons Modell ist für eine beschreibende Analyse von Phänomenen privater Ordnungen deshalb besonders gut geeignet, weil unterschiedliche Autoren, Normtypen und Ordnungssysteme als grundsätzlich funktional äquivalent angesehen werden und Überschneidungen oder Ersetzungen

1361 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 126 f.

1362 Siehe dazu auch oben § 5 IV 2 b.

1363 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 127.

1364 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 131.

1365 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 131 f.

1366 *Ellickson*, Order without Law, 1994, S. 132 – 135.

zwischen ihnen von vornherein mitgedacht werden. Damit stellt das Modell Kategorien bereit, die den Staat und das staatliche Recht nur als eines von vielen Mosaikteilchen im Geflecht sozialer Ordnung begreift und nicht den Staat als Blaupause für Ordnungsmuster ansieht. Allerdings wird der Staat als relevanter Akteur nicht völlig ignoriert. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil private Ordnungen selten gänzlich privat sind.¹³⁶⁷ Es „entstehen auch hybride Regime, bei denen staatliche, wirtschaftliche und zivilgesellschaftliche Akteure so eng zusammenwirken, dass die klassischen Unterscheidungen zwischen hoheitlich und privat, zwischen Staat und Markt und zwischen Recht und sozialen Normen zunehmend verschwimmen.“¹³⁶⁸ Im Regelfall bedingen sich private Ordnungssysteme mit staatlichen Ordnungssystemen, was bereits daran liegt, dass – wie gezeigt – private Ordnungssysteme mithilfe (staatlicher) Rechtsinstitute aufgebaut werden. Dies trifft insbesondere auf die Ordnungsstruktur im Sportsystem zu, die durch ein Zweisäulenmodell der *lex sportiva* und der *lex extra sportiva*, also einer Wechselwirkung zwischen privater Ordnung und staatlicher Ordnung gekennzeichnet ist.¹³⁶⁹ Diese Verschränkungen in der hybriden Ordnungsstruktur des Sports werden besonders bei den Stadionverboten deutlich: Den Selbstregulierungskräften der Sportorganisationen werden im Besonderen Grenzen für eine adäquate Lösung von Gewaltproblemen im Zusammenhang mit Fußballspielen attestiert,¹³⁷⁰ wodurch erklärt werden kann, dass gerade Stadionverbote eine hybride Verschränkung aus privater Regelsetzung und staatlicher Durchsetzung bilden. Die Regelsetzung in Form der Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) als – im Modell *Ellicksons* – *remedial rule* erfolgt allein durch die Organisation DFB. Die eigentliche Durchsetzung als Aussprache eines Hausverbots wird dann aber über die Privatrechtsinstitute Vertrag und Eigentum stabilisiert, sodass diesbezügliche Konflikte vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden.

1367 *Sagy*, 45 *Law & Society Review* 923 (2011); *Möllers/Fekonja*, *ZGR* 2012, 777 (779); vgl. auch *Köndgen*, *AcP* 2006, 477 (495 – 498); *Schmalenbach*, *VVdStRL* 76 (2017), 245; *Kahl*, *VVdStRL* 76 (2017), 343; *Cornils*, *VVdStRL* 76 (2017), 391; ausführlich zur Regelsetzung als „staatlich-privat interaktiver Prozess“ siehe *S. Augsberg*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 95.

1368 *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 155 (160).

1369 Zu diesen Wechselwirkungen *Nolte*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 107.

1370 *Nolte*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 107 (110 f.). Zu Gewalt im Fußballsport siehe *Albrecht*, *MschKrim* 2006, 158.

5. Zunahme privater Ordnungen in der funktional differenzierten Gesellschaft

Legt man das allgemeine Modell sozialer Ordnung von *Ellickson* zugrunde, gehören private Regeln und private Ordnungen schon immer grundlegend zum sozialen Ordnungsmix. Es gibt jedoch spezifische Gründe, warum in den letzten 30 Jahren vermehrt Formen von privater Ordnung – insbesondere in (hybriden) Formen der *norms* oder *organization rules* – beobachtet werden können, die an die Stelle des staatlichen Rechts treten.¹³⁷¹ Aus ökonomischer Sicht¹³⁷² können private Ordnungen als Antwort auf Politik-, Staats- und Rechtsversagen gesehen werden.¹³⁷³ Insbesondere die Globalisierung sozialer Systeme bei gleichzeitigem Fokus der politischen Systeme auf den Nationalstaat führen zu privaten Ordnungen im transnationalen Kontext. Zuletzt entfalten private Ordnungen komparative Kostenvorteile.

Aus rechtssoziologischer Sicht sind es insbesondere die Phänomene der Arbeitsteilung und der funktionalen Differenzierung, die zu einem Wissensproblem führen: Je komplexer (also insbesondere ausdifferenzierter) die Welt wird, desto weniger kann es dem politischen System und einem darauf bezogenen nationalen Recht gelingen, das in den unterschiedlichen Funktionssystemen der Gesellschaft vorhandene dezentrale Wissen „einzuholen“ und adäquat rechtsförmig abzubilden.¹³⁷⁴ Darüber hinaus kann in der Struktur des staatlichen Rechts selbst ein entscheidender Grund gesehen werden: „Es ist der zu hohe Generalisierungsgrad des staatlichen Rechts, welches der Nachfrage nach partikularen, sektoralen oder lokalen Ordnungen nicht nachkommen kann.“¹³⁷⁵ Funktional differenzierte, fragmentierte Gesellschaften bilden damit teilsystemspezifisch eigene Regelord-

1371 Zum Folgenden *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (511 – 513) und ausführlich *Schepel*, *The Constitution of Private Governance*, 2005, II – 34.

1372 Dass sich in der Literatur ökonomische Gründe getrennt von anderen Gründen finden lassen, hängt u.a. damit zusammen, dass viele Autor*innen im Bereich privater Ordnungen auch rechtsökonomisch sozialisiert sind, so *Sagy*, 45 *Law & Society Review* 923, 925 (2011).

1373 Zum Rechtsversagen in transnationalen Kontexten *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 99 – 109.

1374 Ähnlich *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (513).

1375 *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (513). Von einer „nachlassende[n] Steuerungskraft“ sowie einem „starre[n] Korsett“ sprechen *T. Möllers/Fekonja*, ZGR 2012, 777 (778 f.); Vgl. auch *Ossenbühl*, in: HdStR V, 2007, § 100 Rn. 71 – 76; weniger Bedenken bei *Reimer*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2012, § 9 Rn. 84 – 94.

nungen aus.¹³⁷⁶ Damit besteht ein enger Zusammenhang zwischen funktionaler Differenzierung und privater Ordnungen: Die sozialen Ordnungsmuster, die innerhalb der einzelnen sozialen Systeme gelten, nehmen nicht (mehr) oder nur teilweise die Form staatlichen Rechts an. Die Ordnung der einzelnen Teilsysteme nimmt heute die Form privater Ordnungen ein. Hier ist der Verknüpfungspunkt des differenzierungstheoretischen Begriffs der systeminternen Governance-Strukturen¹³⁷⁷ mit dem (privat-)rechtstheoretischen Begriff der privaten Ordnungen zu sehen. Zwar gab es schon immer mehr oder weniger große Anteile privater Regeln in allen Sozialsystemen; meistens waren diese jedoch punktuell. Sobald aber eine soziale Gruppe größer wird, werden generelle Regeln, Standards und Prinzipien die Hauptinstrumente der sozialen Ordnung.¹³⁷⁸

II. Die Stadionverbotsrichtlinien als private Ordnung durch den DFB

Dieses generalisierte Analyse- und Beschreibungsraster privater Ordnungen lässt sich auch für die Fälle der Stadionverbote re-spezifizieren. Die Wirkungen der Stadionverbote wurden im vorherigen Kapitel ausführlich thematisiert. Hier geht es darum, Stadionverbote aus der Sicht privater Ordnungen zu betrachten

1. Autonomie und Hierarchie im deutschen Fußballsport

a. Lex sportiva als private Ordnung

Die traditionelle globale Sportstruktur ist durch verschiedene hierarchische Ebenen gekennzeichnet, an deren Basis der Sportler und die Sportlerin steht: Die Sportler*innen sind Mitglied in einem Verein. Diese Mitgliedschaft wird durch Vertrag begründet (Beitritt).¹³⁷⁹ Dieser Verein ist entweder direkt oder vermittelt durch weitere Ebenen Mitglied in einem Lan-

1376 So *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 3 u.a. mit Verweis auf *Michaels/Jansen*, in: *Jansen/Michaels (Hrsg.), Beyond the State*, 2008, S. 69 (97); *Trute*, DVBl. 1996, 950.

1377 Siehe dazu oben § 2 V I.

1378 Vgl. *Schuppert*, in: *Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 31 (32).

1379 *Adolphsen*, in: *Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht*, 2012, S. 93 (93); zur Begründung der Mitgliedschaft durch Vertrag siehe *Leuschner*, in: *MüKo-BGB*, § 38 Rn. 41 – 46.

desverband, der wiederum Mitglied im entsprechenden internationalen Fachverband ist.¹³⁸⁰ Die Regelsetzung, und damit die Bildung einer privaten Ordnung, verläuft hier im Grundsatz von oben nach unten. Da die Mitgliedschaft jedoch jeweils auf die unmittelbar darauffolgende Ebene beschränkt ist, schließen insbesondere Sportler*innen regelmäßig sog. Unterwerfungsvereinbarungen mit den jeweiligen übergeordneten Ebenen ab, durch die sie unmittelbar an die Regeln der Dachverbände gebunden werden.¹³⁸¹ Je nach Organisationsstruktur besteht auch die Möglichkeit einer Doppelmitgliedschaft.¹³⁸² Der Organisations- und Regelaufbau des Sports kann daher als „pyramidenförmiger Aufbau des Sportverbandswesens“ mit einer „monopolistisch-hierarchischen Organisationsstruktur“ beschrieben werden.¹³⁸³ Treffend beschreibt es *Adolphsen*: „Die so entstehende Struktur ist neben den beschriebenen Hierarchien von der Monopolstellung der Verbände geprägt. Es gibt für jede Sportart im Grundsatz nur einen nationalen Verband und auch nur einen internationalen Verband, der die jeweilige Sportart international bei olympischen Spielen repräsentiert. Dieses ist in Einzelfällen durchbrochen, so namentlich im wohl bekanntesten Beispiel des Boxsports, aber auch im Schach und zwischenzeitlich auch im Snowboard-Bereich. Soweit das sog. Einplatzprinzip realisiert wird, besteht für den Sportler keine Wahlmöglichkeit – er kann nur in dem jeweiligen nationalen oder internationalen Verband nach dessen Regeln seinen Sport betreiben oder ihn sonst außerhalb der organisierten Sportausübung privat durchführen.“¹³⁸⁴ Diese hierarchische Struktur folgt aus der Eigenrationalität des Sportsystems – aus dem Erfordernis einheitlicher Regeln und weltweitem Leistungsvergleich im Wettkampfsport.¹³⁸⁵ Dies wird erst durch das „Ein-Platz-Prinzip“ möglich.¹³⁸⁶

1380 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).

1381 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).

1382 *Leuschner*, in: MüKo-BGB, Vor § 21 Rn. 142; ausführlich *Heermann*, ZIP 2017, 253 zu den Möglichkeiten der Verbände, ihre private Ordnung auf Nichtmietgliedvereine und deren Mitglieder zu strecken.

1383 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67.

1384 *Adolphsen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 93 (94).

1385 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67.

1386 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 67 f. mwN.

b. Stellung und Aufbau des DFB

Diese generelle Struktur im Sportsystem lässt sich auch für den Fußballsport re-spezifizieren. Der Profifußball in Deutschland und Europa ist pyramidenartig organisiert: An der globalen Spitze steht insbesondere die FIFA, an der europäischen Spitze die UEFA und an der nationalen Spitze steht der DFB.¹³⁸⁷ Der DFB – der Deutsche Fußball-Bund e.V. – ist die Dachorganisation und der Spitzenverband des deutschen Fußballs.¹³⁸⁸ Seine wichtigste Aufgabe ist die Ausübung des Fußballsports in Meisterschaftsspielen und Wettbewerben der Spielklassen der Regional- und Landesverbände und der Lizenzligen.¹³⁸⁹ Der DFB ist ein Dachverband und besteht aus 27 Mitgliedsverbänden, die sich aus den 21 Landesverbänden, fünf Regionalverbänden sowie dem Ligaverband zusammensetzen, § 7 DFB-Satzung.¹³⁹⁰ Die einzelnen Sportler*innen sind Mitglieder der einzelnen Vereine, welche wiederum Mitglieder der Landesverbände sind. Die Organe des DFB sind das DFB-Präsidium, der DFB-Vorstand sowie der DFB-Bundestag, § 19 Nr. 1 DFB-Satzung. Weiterhin gibt es 26 Fachausschüsse und -kommissionen, in denen der Großteil des operativen Geschäfts erledigt wird, also Sachfragen bearbeitet werden.¹³⁹¹ Als Dachverband kann der DFB organisationssoziologisch als *meta organisation*¹³⁹² beschrieben werden, also eine Organisation, die weitere Organisationen unter sich vereint und gemeinsame Regeln festlegt, um das Verhältnis der einzelnen Mitgliederorganisationen untereinander zu regulieren.¹³⁹³

1387 Einen Überblick über alle Organisationseinheiten gibt *Stopper*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 3 (Rn. 30 – 44b).

1388 Eingehend zum Aufbau des DFB siehe *Orth*, Vereins- und Verbandsstrafen, 2009, S. 59 – 76 sowie *Englisch/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 587 (Rn. 8 – 23).

1389 *Englisch/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 587 (Rn. 1).

1390 Siehe dazu *Orth*, Vereins- und Verbandsstrafen, 2009, S. 59 f.

1391 Vgl. § 19 Nr. 2 – 4 DFB-Satzung sowie <https://www.dfb.de/verbandsstruktur/kommissionen-ausschuesse/>.

1392 Grundlegend *Ahrne/Brunsson*, Meta-organizations, 2008.

1393 So *Kühl*, in: Apelt/Wilkesmann (Hrsg.), Zur Zukunft der Organisationssoziologie, 2015, 73 (83).

2. Institutionelle Verfestigung von Stadionverboten durch private Ordnung

a. Prävention und Sicherheit als Thema privater Ordnung im Fußballsportsystem

Bereits im vorangegangenen Kapitel ging es um den präventiven Charakter von Stadionverboten zur Verhinderung von Gewalt. Sicherheit und Prävention von Gewalt sind dabei zu immer größeren Themen geworden. Aufgrund der Kommerzialisierung¹³⁹⁴ des Fußballsports, sind Fußballveranstaltungen in Deutschland zu Großveranstaltungen geworden, da immer mehr Zuschauer den Sport verfolgen. Dadurch nimmt wie bei allen Großveranstaltungen die Sicherheit aller Beteiligten einen hohen Stellenwert ein.¹³⁹⁵ Größter Risikofaktor aus Sicht des DFB ist dabei Zuschauerfehlverhalten, wobei das Werfen von Gegenständen und das Zünden von Pyrotechnik zu den häufigsten sicherheitsrelevanten Vorkommnissen zählen.¹³⁹⁶ Der Betreiber eines Fußballstadions muss rechtlich seiner Verkehrssicherungspflicht nachkommen, wobei hier öffentlich-rechtliche, privatrechtliche und verbandsrechtliche Vorgaben unterschieden werden können.¹³⁹⁷ Daher hat sich eine umfangreiche Präventions- und Sicherheitsarchitektur innerhalb des DFB ausgebildet.¹³⁹⁸ Innerhalb dieser Präventions- und Sicherheitsarchitektur lassen sich Stadionverbote als grundsätzlich präventives Instrument bei Zuschauerfehlverhalten verorten und treten damit neben die Fanarbeit als weiteres wesentliches präventives Instrument.¹³⁹⁹

1394 Siehe dazu oben § 6 I.

1395 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 1).

1396 Vgl. *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 2 f.).

1397 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 5 – 11).

1398 Ausführlich *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 40 – 65).

1399 *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 67 – 71).

b. Stadionverbotsrichtlinien als private Regelsetzung

Unmittelbare rechtliche Grundlage für die Stadionverbote als Hausverbote ist das eigentums- und besitzrechtliche Hausrecht.¹⁴⁰⁰ Stadionverbote als örtliche Hausverbote mit starker zeitlicher Begrenzung gehörten seit jeher zur Sicherheitsarchitektur im (deutschen) Fußballsportsystem.¹⁴⁰¹ Aufgrund ihrer begrenzten Reichweite, wurde ihre Abschreckungswirkung als unzureichend angesehen. Aus diesem Grund wurde bereits 1992 von der Arbeitsgruppe „Nationales Konzept Sport und Sicherheit“ (NKSS) u.a. ein Konzept für bundesweite Stadionverbote erarbeitet, das in die Stadionverbotsrichtlinien – Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten (SVRL) – mündete.¹⁴⁰²

Bei den SVRL handelt es sich rechtsdogmatisch um eine satzungsnachrangige Vereinsordnung¹⁴⁰³, also um Vereinsinnenrecht.¹⁴⁰⁴ Ihre Grundlage¹⁴⁰⁵ finden die SVRL in § 31 der Richtlinien zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesligaspielen (RLVSB), in denen auch die DFB-Kommission Prävention & Sicherheit & Fußballkultur als erlassendes Organ benannt wird. Die Ermächtigung für diese Richtlinie wiederum findet sich in § 6 Nr. 4 DFB-Satzung. Damit ist die Ordnung nur gegenüber den ordentlichen Mitgliedern des DFB, also dem Ligaverband, den fünf Regional- und den 21 Landesverbänden verbindlich. Deshalb unterzeichnen jährlich die einzelnen Vereine und Kapitalgesellschaften der Lizenzligen, der 3. Liga und der 4. Spielklassenebene, der DFB sowie der Ligaverband eine Mustererklärung, durch die die Richtlinien als für sie rechtlich verbindlich anerkannt werden.¹⁴⁰⁶ Dabei handelt es sich um einen Regelanerkennungsvertrag.¹⁴⁰⁷ Im Verhältnis der einzelnen Vereine zu den Fußballfans werden die

1400 Siehe dazu oben § 2.

1401 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 33.

1402 Näher dazu *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 33 – 35.

1403 Dazu *Segna*, in: BeckOGK-BGB, § 25 Rn. 39 f.

1404 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (184); *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 36.

1405 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 34 spricht von einer „Ermächtigungsgrundlage“.

1406 *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 36.

1407 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (192 f.).

SVRL regelmäßig über die AGB in das Vertragsverhältnis eingebunden.¹⁴⁰⁸ Hier zeigt sich zum einen allgemein die Ordnungsfunktion des Vertrages als Instrument zur Herstellung privater Ordnungen als auch im Besonderen die Möglichkeit, mithilfe von Verträgen private Regeln (SVRL als Verbandsrecht) auch auf Nichtmitglieder zu erstrecken und so die private Ordnung auszudehnen.

c. Durchsetzungsmechanismen

Die Stadionverbotsrichtlinien als verbandsrechtliche Ordnung werden über unterschiedliche Instrumente zu einer umfassenden, institutionalisierten privaten Ordnung. Zunächst sind bundesweite Stadionverbote, also die Aussprache eines Hausverbots auch für andere Stadien, auf wechselseitige Bevollmächtigungen zwischen den einzelnen Vereinen zurückzuführen. Die Erklärungen der Vereine sind nach §§ 133, 157 BGB als Bevollmächtigungen nach §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB auszulegen. Darüber hinaus wird diese Art des Zusammenschlusses der einzelnen Clubs als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 705 ff. BGB mit dem gemeinsamen Zweck der verbindlichen Umsetzung und einheitlichen Handhabung der Stadionverbotsrichtlinien eingeordnet. Dabei werden die verbindliche Anerkennung der DFB-Regelungen sowie die Verpflichtung des Ausspruchs eines bundesweiten Stadionverbots bei Vorliegen der Voraussetzungen als Förderungspflichten angesehen.¹⁴⁰⁹ Dies führt zu einer genuin privatrechtlichen Institutionalisation der Aussprache von Stadionverboten: Es bleibt nicht mehr der Entscheidung jedes einzelnen Vereins überlassen, ob Stadionverbote in den in der SVRL genannten Fällen ausgesprochen werden, sondern notfalls können die anderen Vereine als Mitglieder der Stadionverbotsgesellschaft die Aussprache von Stadionverboten als Förderungspflicht einklagen.

Diese Anreize, Stadionverbote „großzügig“ auszusprechen, werden über das Verbandsstrafrecht des DFB weiter verstärkt. Nach § 7 lit. d RuVO können die einzelnen Vereine eine Geldstrafe bis zu 100.000 € erhalten, wenn sie einen mangelnden Schutz des Schiedrichters, der Schiedsrichter-Assistenten oder des Gegners gewährleisten. Phänomenologisch besonders rele-

1408 Siehe dazu oben § 2 I 2.

1409 LG Duisburg, 22.07.2005 – 7 S 63/05; LG Paderborn, 26.02.2008 – 2 O 10/08; *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 801 (Rn. 81).

vant ist hier das Zünden von Pyrotechnik und die sich an eine Verbandsstrafe anschließende Frage, ob der sanktionierte Verein über privatrechtliche Anspruchsgrundlagen Regress bei den Fans nehmen kann.¹⁴¹⁰ Die verbandsrechtliche Strafvorschrift kann unter Umständen¹⁴¹¹ so ausgelegt werden, dass auch dann ein nicht ausreichender Schutz vorliegt, wenn ein Verein gegenüber einer Person ein Stadionverbot nicht ausspricht, obwohl die Voraussetzungen der SVRL vorliegen, und diese Person die Schiedrichter*in, die Schiedrichter-Assistent*innen oder die gegnerische Mannschaft verletzt.¹⁴¹² Dabei müsste der Verein seine Organisations- und Handlungspflichten schuldhaft – also zumindest fahrlässig – verletzt haben.¹⁴¹³ Damit begünstigt die Struktur der privaten normativen Ordnung des DFB, dass repressive Sicherheitsinstrumente wie insbesondere Stadionverbote ausgeweitet werden, während Prävention durch partizipative Konfliktlösung in den Hintergrund gedrängt wird. Das Verbandsstrafrecht des DFB sieht Sanktionen insbesondere für die Fälle vor, in denen Vereine zu wenig in die Sicherheitsinfrastruktur investieren. Hingegen ist ihnen nicht bzw. nur eingeschränkt auferlegt, in einen intensiveren Dialog mit den Fans zu treten bzw. dafür Geld auszugeben.¹⁴¹⁴

Neben einem eigenen Verschulden kommt darüber hinaus als weiterer Anknüpfungspunkt für eine Sanktion auch eine Zurechnung des Fan(Fehl)verhaltens in Betracht. Das (Fehl-)Verhalten der eigenen Fans wird den Vereinen nach § 9a Nr. 1 RuVO zugerechnet; umstritten war jedoch, ob auch hier ein Verschulden auf der Seite der Vereine vorliegen muss.¹⁴¹⁵ Der BGH hat kürzlich entschieden, dass ein solches Verschulden

1410 Siehe dazu beispielhaft BGH, Urt. v. 22.09.2016, VII ZR 14/16; *Nees*, Der Verbandsstrafenregress, 2019.

1411 Siehe zu bisherigen Beispielfällen *Hilpert*, Das Fußballstrafrecht des DFB, 2018, S. 161 – 163.

1412 So auch *Haslinger*, Zuschauererschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 115 mit Bezug zur Entscheidungspraxis des DFB-Sportgerichts.

1413 Vgl. *Haslinger*, Zuschauererschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 114; *Hilpert*, Das Fußballstrafrecht des DFB, 2018, S. 161.

1414 So *Gabler*, in: Thole/Pfaff/Flickinger (Hrsg.), Fußball als Soziales Feld, 2019, S. 77 (91 f.); allerdings könnte auch eine unzureichende präventive Arbeit mit den Fan-Gruppen eine Verbandsstrafe nach sich ziehen, so *Haslinger*, Zuschauererschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 114 mit Bezug zur Entscheidungspraxis des DFB-Sportgerichts.

1415 *Haslinger*, Zuschauererschreitungen und Verbandssanktionen, 2011, S. 120 – 129 sowie S. 154 – 213 mit Argumenten für eine verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit; *Nees*, Der Verbandsstrafenregress, 2019, S. 136 – 168; zur Frage nach der Geltung des Schuldprinzips im Vereins- und Verbandsrechts *Orth*, Vereins- und

nicht vorliegen muss und dies damit begründet, dass es sich hier nicht um eine Verbandsstrafe im klassischen Sinne handele, sondern um ein präventives Mittel, weitere Störungen durch Fans zu vermeiden.¹⁴¹⁶ Dies hat auch Auswirkungen auf Stadionverbote: Zwar existieren vielfältige Möglichkeiten für die Vereine, Fehlverhalten der eigenen Fans zu vermeiden bzw. zu minimieren.¹⁴¹⁷ Außerdem können die Vereine die Verbandsstrafen über Regressansprüche den Fans weitergeben. Sicherer ist es jedoch für die Vereine, (potentiell) gefährliche Fans von vornherein nicht in das Stadion zu lassen, ihnen also Stadionverbote zu erteilen.¹⁴¹⁸ Dadurch wird der Anreiz für Vereine, Stadionverbote auszusprechen, noch weiter verstärkt.

Ein letztes, aber tendenziell eher weiches, Instrument der Institutionalisierung von Stadionverboten lässt sich auf die Rolle der Polizei zurückführen. Polizeibehörden nehmen eine Schlüsselrolle im Zusammenhang mit Stadionverboten ein, weil sie zum einen den Clubs und Stadionbetreibern mitteilen, gegen welche Betroffenen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde. Zum anderen sprechen sie auch eine Empfehlung aus, gegen welche Personen ein Stadionverbot verhängt werden sollte.¹⁴¹⁹ Dies erklärt sich daraus, dass nach § 4 III SVRL die Aussprache eines bundesweiten Stadionverbots insbesondere an ein eingeleitetes Ermittlungsverfahren geknüpft ist (vgl. auch dagegen § 4 IV SVRL).

3. Exklusion als regelmäßige Sanktion in privaten Ordnungen

Mit den SVRL wird damit eine Regelung innerhalb der privaten Ordnung geschaffen, die Personen aus dem System exkludieren kann. Solche Exklusionsregeln als Sanktionsregeln sind nicht unüblich für private Ordnungen.¹⁴²⁰ Auch das Verbandsstrafrecht des DFB kennt Ausschlussanktionen

Verbandsstrafen, 2009, S. 101 – 115, der sich auf S. 144 f. gegen eine verschuldensunabhängige Kausalhaftung positioniert; ablehnend auch *Walker*, NJW 2014, 119 (121 – 124).

1416 BGH, Beschl. v. 04.11.2021, I ZB 54/20, Rn. 22 – 36, insbesondere 32, 34.

1417 Vgl. *Haslinger*, *Zuschauerausreitungen und Verbandssanktionen*, 2011, S. 214 – 217.

1418 Auch *Haslinger*, *Zuschauerausreitungen und Verbandssanktionen*, 2011, S. 216 f. schlägt aufgrund der Vereinshaftung für Zuschauerausreitungen u.a. eine konsequente Verhängung von Stadionverboten vor.

1419 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (192); *Große Lefert/Bagger von Grafenstein*, in: *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 801 (Rn. 34).

1420 Allgemein zu Sanktionsmechanismen aus der Perspektiver effektiver Selbstregulierung *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 291 – 299;

für Vereine.¹⁴²¹ *Bernstein* beschreibt beispielsweise in einer Studie zum Diamantenhandel, dass die New Yorker Diamantebörse Exklusionsmechanismen als effektive Sanktionen kennt.¹⁴²² Interessant ist jedoch ihre Beobachtung, dass diese nur selten ausgeübt wird, und es somit nur selten zu einer gänzlichen Exklusion kommt. Häufiger kommt es lediglich zu einer Handelssperre für die Dauer einiger Wochen. Den Grund dafür sieht sie in einem „end-game problem“, worin die ausgeschlossene Person in Bezug auf den Diamantenhandel nichts mehr zu verlieren hat und möglicherweise gegen die Börse vor einem staatlichen Gericht auf Grundlage des Kartellrechts oder einer deliktsrechtlichen Schädigung vorgehen kann.¹⁴²³ Dieses Beispiel ist deshalb lehrreich, weil es zeigt, dass die (gänzliche) Exklusion unter Umständen die Stabilität der gesamten privaten Ordnung gefährden kann. Dies kann als möglicher Parameter dafür angesehen werden, ob Exklusionstendenzen mehr oder weniger stark auftreten. Bei den Stadionverboten ist es eher weniger denkbar, dass der Ausschluss von Fußballfans die gesamte Ordnung im Fußballsportsystem gefährden könnte. Hier wird bzw. wurde die Exklusion gerade durch das staatliche Recht stabilisiert, sodass keine Gefahr für den DFB besteht. Darüber hinaus ist es dieses wiederkehrende Muster von Exklusion aufgrund privater Ordnungen durch Verbände, das zu einer Ausdifferenzierung des rechtsdogmatischen Instituts des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs geführt hat.¹⁴²⁴

4. Private Ordnung als modal-strukturbezogene Machtausübung und Herrschaft

In den letzten beiden Kapiteln wurde die modal-strukturbezogene Machtausübung durch den differenzierungstheoretischen Begriff der Exklusion ersetzt, um eine ganz spezifische Wirkung einer solchen Machtausübung bzw. Machtposition – den Ausschluss von Personen aus sozialen Zusammenhängen – präziser beschreiben zu können. Bereits im rechtstheoretischen Teil dieser Untersuchung wurde gezeigt, dass moderne handlungstheoretische Konzeptionen von funktionaler Differenzierung mit dem Be-

speziell zur Ausschlussdrohung als Sanktionsmechanismus zur Regelbefolgung *N. Ipsen*, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 54 – 67.

1421 Vgl. § 44 Nr. 2 lit. f bis h DFB-Satzung.

1422 *Bernstein*, 21 *The Journal of Legal Studies* 115, 128 f. (1992).

1423 *Bernstein*, 21 *The Journal of Legal Studies* 115, 129 (1992).

1424 Dazu unten § 8 III 3, IV 3.

griff der Normprogramme operieren, welche im jeweiligen sozialen System vorherrschend sind. Die rechtstheoretischen Forschungsstränge der privaten Ordnungen untersuchen genau diese Normprogramme; private Ordnungen sind die jeweiligen Normprogramme innerhalb der sozialen Systeme. Wie gerade gezeigt, entstehen diese Normprogramme jedoch immer seltener „spontan“, sondern werden von einzelnen Akteuren – oftmals den kollektiven Leistungsrollenträgern – in einem Funktionssystem gesetzt. Die Setzung privater Ordnungen kann dann als spezifische Erscheinungsform modal-strukturbezogener Machtausübung angesehen werden: Der Akteur, der die private Ordnung setzt, entscheidet über die Handlungsoptionen aller Akteure innerhalb eines Funktionssystems. *Schuppert* spricht in diesem Zusammenhang von „*ruling by Rules*“ oder von „Regeln als Instrument von Machtausübung“ und von privaten Ordnungen als „Parallelordnungen als Herrschaftsform“.¹⁴²⁵ Der Zusammenhang von privaten Ordnungen und modal-strukturbezogener Machtausübung wird im digitalen Kontext besonders deutlich: Digitale Plattformen setzen über privatrechtliche Institute und die technische Gestaltung („*code*“) die relevanten Verhaltens- und Zugangsregeln in ihrem jeweiligen Wirkungsbereich.¹⁴²⁶

Auch andere Autor*innen verbinden private Ordnungen mit privater Herrschaft.¹⁴²⁷ *Sagy* wies innerhalb des Diskurses um private Ordnungen dezidiert darauf hin, dass private Ordnungen nicht immer oder sogar selten spontan und innerhalb flacher Hierarchien entstehen, sondern dass ein Kausalzusammenhang zwischen einer zunächst bestehenden sozialen Hierarchie und der Etablierung privater Ordnungssysteme durch die weiter oben positionierten Akteure besteht.¹⁴²⁸ Werden private Ordnungen somit hierarchisch „von oben nach unten“ etabliert, kann rechtlich über den „Schutz Privater vor der sozialen Mächtigkeit Privaten Rechts“ diskutiert werden.¹⁴²⁹

1425 *Schuppert*, in: Möslin (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019, S. 31 (52, 54).

1426 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 f.), die von „privater Regelungsmacht“ und „normativer Macht“ spricht.

1427 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), 2012, S. 1 (13), die mit Herrschaft insbesondere die Fremdbestimmung durch diese Normen meinen.

1428 *Sagy*, 45 *Law & Society Review* 923, 931 – 944 (2011); anders *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 385, der eine zunehmende Richtungsumkehr von *top down*- zu *bottom up*-Prozessen der Rechtserzeugung beobachtet, mit *top down* jedoch die staatlich dominierte Rechtssetzung meint.

1429 *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 1 (19).

Aus machtsoziologischer Sicht überrascht dies nicht: Während für *Max Weber* Macht und Herrschaft zwei voneinander zu trennende Phänomene waren, wobei er mit Herrschaft vor allem unterschiedliche Legitimationstypen von Gehorsam beschrieben hat,¹⁴³⁰ können Macht und Herrschaft auch als unterschiedliche Stufen innerhalb einer institutionellen Verfestigung von Machtpositionen angesehen werden. So unterscheidet *Popitz* fünf Stufen der Institutionalisierung von Macht:¹⁴³¹ (1.) sporadische, auf den Einzelfall beschränkte, Machtausübung; (2.) eine Machtposition, durch die der Machthaber das Verhalten der Abhängigen normieren, d.h. in bestimmten, sich wiederholenden Zusammenhängen steuern kann; (3.) positionale Macht als Macht, die sich von der Person gelöst hat und an bestimmte, abstrakt umschriebene Aufgaben und Positionen gebunden wird. Ab dieser Institutionalisierungsstufe hier spricht *Popitz* von Herrschaft. (4.) Es bildet sich ein Herrschaftsapparat aus, der Macht weiter verstärkt; (5.) Zentralisierung und Monopolisierung der Herrschaft derart, dass sie täglich und in allen Sozialbeziehungen verfügbar und maßgeblich wird (bisher hat diese Stufe nur der Staat erreicht).

Wendet man dieses Modell auf die Stellung des DFB innerhalb des Sportsystems an, kann der DFB auf bzw. zwischen den Stufen (3.) und (4.) eingeordnet werden. Der DFB als Meta-Organisation im Fußballsystem kann nicht nur über das Aufstellen einer privaten Ordnung das Verhalten der einzelnen Akteur*innen steuern (modal-sturkturbazogene Machtposition), sondern diese Macht hat sich auch entpersonalisiert, indem einzelne Aufgaben auf unterschiedliche bürokratische Gremien innerhalb der Organisation verteilt werden, wodurch der Herrschaftsapparat weiter verstärkt wird. *Popitz* hat lediglich staatliche Herrschaft als fünfte Stufe angesehen. Falls man vor dem Hintergrund privater Ordnungen in der funktional differenzierten Gesellschaft davon ausgeht, dass diese Zentralisierung aufgebrochen wird, kann der DFB sogar auf der fünften Stufe eingeordnet werden: Der DFB ist begrenzt auf den Fußballsport in nahezu jeder Situation innerhalb des Fußballsystems allgegenwärtig. Damit kann die Stellung des DFB auch als Herrschaft beschrieben werden.

Dies bestätigt auch ein Blick auf die Selbstbeschreibung des DFB und seiner Organe: Die Mitgliederversammlung wird als „DFB-Bundestag“ bzw.

1430 *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980 [1922], S. 122 – 176.

1431 *Popitz*, *Phänomene der Macht*, 1992, S. 233 – 260; dies greift *T. Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 287 auf; Herrschaft als „institutionalisierte, verfestigte Asymmetrie der Macht“ ebenfalls bei *Menke*, *Kritik der Rechte*, 2015, S. 279.

als „Fußball-Parlament“ bezeichnet.¹⁴³² Die Organisationsstruktur des DFB zeigt darüber hinaus, dass er sich strukturell einer staatlichen Struktur annähert. Insbesondere lassen sich die drei klassischen Staatsgewalten Legislative, Exekutive und Judikative in der Organisationsstruktur als DFB-Bundestag, DFB-Präsidium sowie als DFB-Bundesgericht und DFB-Sportgericht wiederentdecken.¹⁴³³ Dieser Umstand wurde auch von Kommentator*innen des Stadionverbotsbeschlusses beobachtet.¹⁴³⁴ Es sei die staatsähnliche Struktur, die auch eine staatsgleiche Grundrechtsbindung nach sich ziehe.¹⁴³⁵ Auch wenn sie damit inhaltlich die Organisationsstruktur und die Stellung des DFB im Sportsystem grundsätzlich richtig beschreiben, ziehen sie durch den Topos der Staatsähnlichkeit die falschen Schlüsse. Mit der „Staatsähnlichkeit“ bezüglich privater Ordnungen wiederholt sich die „Staatsähnlichkeit“ bezüglich der Horizontalwirkung der Grundfreiheiten.¹⁴³⁶ Die verbandsrechtliche Stellung des DFB im Sportsystem und seine semantische Selbstbeschreibung, die an staatlich-demokratischer Semantik angelehnt ist, ist lediglich ein Zufall – die Organisation hätte auch ganz anders ausfallen können, aber ähnliche Probleme erzeugen können. Hält man die „Staatsanalogie“ für den ausschlaggebenden Aspekt der sozialen Konflikte, auf die das Recht reagieren sollte, fängt man zwar viele der relevanten Phänomene ein, jedoch nicht annähernd alle. Der hier verwendete Begriff der privaten Ordnung, das soziale Ordnungsmodell von *Ellickson* sowie ein Verständnis von Herrschaft, das sich durch verschiedene Institutionalisierungsstufen von Macht auszeichnet, sollen dafür sensibilisieren, dass in der sozialen Realität vielfältige funktionale und strukturelle Äquivalente zu staatlich organisierter politischer Herrschaft existieren.

Um es auf den Punkt zu bringen: Die Probleme bestehen nicht unmittelbar in der Staatsähnlichkeit privater Normsetzer, die Probleme resultieren mittelbar aus der Staatsähnlichkeit. Für die Staatsähnlichkeit als Problemauslöser existieren in der sozialen Umwelt des Rechts jedoch eine Vielzahl an funktionalen und strukturellen Äquivalenten. Um diese ebenfalls einzufangen, sollte der Begriff der Staatsähnlichkeit aufgegeben werden

1432 Vgl. <https://www.dfb.de/verbandsstruktur/bundestag/dfb-bundestag/>.

1433 Ausdrücklich der Verweis auf die drei Staatsgewalten: <https://www.dfb.de/verbandssstruktur/praesidium/>.

1434 *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36); *Wiater*, JZ 2020, 379 (382 – 384); *Wienbracke*, EWiR 2018, 495 (496): „staatsähnliche Inpflichtnahme allein von staatsähnlich mit Entscheidungsmacht ausgestatteten Privaten.“

1435 So insbesondere der Ansatz von *Wiater*, JZ 2020, 379 (382 – 384).

1436 Siehe dazu (kritisch) bereits oben § 5 IV 3.

und durch generalisierte und re-spezifizierbare Begriffe wie Leistungsrolle, Setzer einer privaten Ordnung, hierarchische Ordnung, modal-strukturbezogene Macht, Herrschaft o.ä. ersetzt werden.¹⁴³⁷ Der Topos der Staatsähnlichkeit versagt darüber hinaus gänzlich, wenn in der sozialen Umwelt des Rechts relevante Phänomene – z.B. von Exklusion – beschrieben werden sollen, die Institutionalisierung und Normalisierung einer sozialen Praxis aber nicht auf die Normsetzung einer einzigen Privatrechtsakteur*in zurückgeführt werden kann. Ein Beispiel dafür findet sich im nichtdiskriminierungsrechtlichen Begriff der mittelbaren Diskriminierung, der u.a. auch strukturelle und institutionelle Diskriminierungen adressieren und aufbrechen soll.¹⁴³⁸ Auch diskriminierende Strukturen können als eine amorphe Form normalisierter bzw. institutionisierter Exklusion angesehen werden: Es sind wiederkehrende Muster, durch die einzelne Privatrechtsakteur*innen von einzelnen Rollenzugängen in verschiedenen Funktionssystemen ausgeschlossen werden.¹⁴³⁹ Die wenigsten Diskriminierungsstrukturen sind aber durch einzelne Akteur*innen gesetzt; vielmehr sind beispielsweise Arbeitgeber*innen, wenn sie sich an diskriminierenden Kundenwünschen wirtschaftlich orientieren, selbst diesen Strukturen ausgesetzt.¹⁴⁴⁰

Die Möglichkeit private Ordnungen als soziale Ordnungen aufzustellen, kann dabei als einer der zentralen Aspekte angesehen werden, die eine, zunächst vorübergehende, Machtposition absichert und aufrechterhält. Versteht man private Ordnungen als spezifisches Machtphänomen kann man auch formulieren, dass der „Schutz Privater vor der sozialen Mächtigkeit Privaten Rechts“¹⁴⁴¹ eine Aufgabe des Rechts ist.

Diese Beschreibung von privaten normativen Ordnungen als modal-strukturbezogene Macht- bzw. Herrschaftsstellung trifft in besonderem Maße auch auf Stadionverbote zu. Wie im letzten Kapitel ausgeführt, bür-

1437 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Hornkohl*, in: Croon-Gestefeld et al. (Hrsg.), *Das Private im Privatrecht*, 2021, S. 129, die die Stellung privater Organisationen mit der politischen Theorie von Unternehmen beschreibt, dabei jedoch die politische Rationalität zu stark betont und gleichzeitig mit einem nicht-kontextualisierten Machtbegriff operiert.

1438 *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 657 – 661; *Mangold*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, S. 461 (477).

1439 Zu den Begriffen struktureller und institutioneller Diskriminierung eingehend *Gomolla*, in: *Hormel/Scherr* (Hrsg.), *Diskriminierung*, 2010, S. 61 (64– 81).

1440 Dennoch bleiben sie als „Strukturbrecher“ Adressaten des Nichtdiskriminierungsrecht, siehe dazu *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020, S. 31 – 35.

1441 So *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 1 (19).

gen Stadionverbote die Gefahr sozialer Exklusion.¹⁴⁴² Die – wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt¹⁴⁴³ – „Bestimmungsmacht“ des sozial mächtigen Akteurs DFB liegt spezifiziert auf die Stadionverbote darin, dass über ein privates Ordnungsregime eine institutionelle Ordnung geschaffen wird, die individuelle und kollektive Akteure – einzelne Ultras und zum Teil ganze Ultragruppen – an der Ausübung ihrer Handlungsverpflichtung in Form der Stadionbesuche hindern.¹⁴⁴⁴

III. Legitimation privater Ordnungen und gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Der Herrschaftstopos leitet zu einem letzten Diskursstrang innerhalb der Perspektive privater Ordnungen über: der Legitimation privater Ordnungen. Private Ordnungen werden regelmäßig mit Legitimationsüberlegungen in Verbindung gebracht.¹⁴⁴⁵ Auch die Kritik der Ultras an Stadionverboten¹⁴⁴⁶ können als Legitimationsdiskurs privater Ordnung rekonstruiert werden, weil die Stadionverbote auf der verbandrechtlichen Ordnung der SVRL beruhen.¹⁴⁴⁷ Dabei lassen sich grundsätzlich zwei Fragestellungen ausmachen: erstens die Frage nach der Legitimationsbedürftigkeit und damit zusammenhängend die Frage nach dem Begriff der Legitimation sowie zweitens die Frage nach „dem richtigen“ (rechtlichen) Legitimationskonzept privater Ordnungen. Der Legitimationsdiskurs verläuft dabei parallel zur Frage eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus privater Ordnungen. Dieser stellt sich zwar primär in transnationalen Kontext, kann aber auch

1442 Siehe oben § 6 III 2 b aa.

1443 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/08 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

1444 Ähnlich – jedoch ohne Bezug zu normativen Ordnungen – *Moldenhauer/Scherer*, in: Grau et al. (Hrsg.), *Sozialwissenschaftliche Perspektiven der Fußballforschung*, 2017, S. 176 (189).

1445 *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 159 – 226; *Kirchhof*, *Private Regelsetzung*, 1987, S. 504 – 513; *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2010, S. 238 – 250; *Engler*, *Private Regelsetzung*, 2017, S. 125 – 181; *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 229; *Bachmann*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 207; aus der Sicht des Transnationalen Rechts *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 209 – 227. Aus der Perspektive der Selbstregulierung gleichlaufend sind die „Anforderungen an effektive Selbstregulierung“ bei *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 277 – 299.

1446 Siehe dazu oben § 6 III 2 b.

1447 So ausdrücklich *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (184).

für die Einbettung privater Ordnungen im nationalstaatlichen Kontext fruchtbar gemacht werden.

1. Legitimationsbedürftigkeit privater Ordnungen

Mit dem Begriff der Legitimation werden Versuche umschrieben, Gründe dafür zu suchen und zu schaffen, dass ein Sein, ein Sollen oder ein Wollen Anerkennung findet.¹⁴⁴⁸ Eine Regel wird dann als legitim betrachtet, wenn es gute Gründe dafür gibt, dass ihren Adressaten Gefolgschaft abverlangt wird.¹⁴⁴⁹ Aus verfassungstheoretischer Sicht wird Legitimation – teilweise auch unausgesprochen – als Rechtfertigung staatlicher Herrschaft gesehen.¹⁴⁵⁰ Auch in der Verfassungsrechtsdogmatik geht es um die Rechtfertigung der Ausübung staatlicher Macht.¹⁴⁵¹ Diese Überlegungen werden auf private Ordnungen übertragen, weil nach Rechtfertigungsgründen für die Bindung an die privaten Regeln gesucht wird: „Denn auch eine private Regel kann nur dann als verbindlich gelten, wenn sie den Anspruch erhebt, legitim zu sein [...] – Legitimation und Verbindlichkeit bedingen sich gegenseitig [...]“¹⁴⁵²

Unter den hier eingenommenen Grundannahmen eines weichen Rechtspluralismus ist die Frage nach der Legitimation privater Ordnungen zunächst etwas befremdlich.¹⁴⁵³ Denn private Ordnungen im nationalrechtlichen Kontext nehmen rechtsdogmatisch betrachtet regelmäßig die Form privatrechtlicher Handlungsformen wie Vertrag oder Satzung ein. Eine private Regel ist aber aus der Sicht der Rechtsdogmatik dann „verbindlich“, wenn das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft wirksam ist. Die Frage nach der Legitimation eines solchen Vertrages oder einer solchen Satzung stellt sich dann aber nur, wenn die Legitimation eine Wirksamkeitsvorausset-

1448 So Engler, *Private Regelsetzung*, 2017, S. 125; ähnlich F. Kirchhof, *Private Rechtssetzung*, 1987, S. 504: Suche nach dem Rechtfertigungsgrund privater Rechtssetzung.

1449 Bachmann, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 207 (213); dem folgend Engler, *Private Regelsetzung*, 2017, S. 125.

1450 Magen, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 229 (230 mwN); Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 209.

1451 BVerfGE 83, 60 (73); BVerfGE 93, 37 (68).

1452 Engler, *Private Regelsetzung*, 2017, S. 125 f.

1453 Ähnlich Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 209: „Im Hinblick auf Verträge hat sich das Legitimitätsproblem als solches nie gestellt.“

zung oder ein Unwirksamkeitsgrund dieser Rechtsgeschäfte wäre.¹⁴⁵⁴ Diese Frage wird im Diskurs jedoch selten relevant, und wenn überhaupt erst in einem zweiten Schritt. In einem vorgelagerten Schritt wird regelmäßig eine rechtstheoretische Perspektive eingenommen. Warum aber besteht über die Anforderungen des geltenden Rechts hinaus ein Bedürfnis nach der Suche nach Geltungsgründen privater Ordnungen?

Augenscheinlich besteht der Anknüpfungspunkt für die Legitimationsbedürftigkeit privater Ordnungen in ihrem Normcharakter, also der phänomenologischen Aufstellung von Regeln. So wird die Legitimation privater Regelsetzung ausdrücklich mit staatlicher Regelsetzung, also insbesondere der Gesetzgebung, in Verbindung gebracht.¹⁴⁵⁵ Aber ein unspezifischer „Normcharakter“ ist rechtlich nicht zwingend bedenklich und den wenigsten Autor*innen geht es wirklich darum: Es geht vielmehr darum, dass durch private Ordnungen private Herrschaftsgefüge aufgebaut bzw. stabilisiert werden. Denn private Regeln sind – wie oben die Überlegungen zu institutionalisierter Macht gezeigt haben – regelmäßig ein Ergebnis eines organisierten Prozesses. Wenn dieser Regelbildungsprozess eine gewisse Verfestigung aufweist, kann von Herrschaft gesprochen werden. Die Frage nach einer Legitimation dieser Herrschaft stellt sich dann, weil eine typisierbare Situation von Fremdbestimmung vorliegt.¹⁴⁵⁶ Durch private Ordnungen werden soziale Machtpositionen verstärkt, wodurch ebenfalls die Gefahr steigt, dass diese ausgenutzt werden.¹⁴⁵⁷ Herrschaft ist damit das spezifische Legitimationsproblem privater Ordnungen.¹⁴⁵⁸ Aus verfassungstheoretischer Perspektive kann folglich die Legitimationsfrage auch für private Ordnungen angemessen sein, da diese die Ausübung von *privater Herrschaft* beinhalten, die qua Herrschaft der Legitimation bedürfe.¹⁴⁵⁹ Die Rechtfertigungsbedürftigkeit liege dann darin, dass mit dieser Herrschaft Fremdbestimmung in Hierarchien einhergeht: „Folgt man dem, ist privates

1454 Diese beiden Ebenen zutreffend strikt auseinanderhaltend *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 229 (239); siehe auch *F. Kirchhof*, *Private Rechtssetzung*, 1987, S. 504: „außerhalb der Rechtsdogmatik“.

1455 So *T. Möllers/Fekonja*, *ZGR* 2012, 777 (793 f.); explizit bzgl. privater Ordnungen *Wielsch*, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (75): „Legitimität privaten Normierens“.

1456 Ähnlich *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 203 – 205, 208.

1457 *Möslein*, in: *G.-P. Calliess* (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 155 (162); auch *Köndgen*, *AcP* 206 (2006), 477 (522) stellt auf die Missbrauchsanfälligkeit privater Regelungsmacht ab.

1458 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 229 (230 f.).

1459 *Magen*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 229 (231).

Recht nicht schon deshalb legitimationsbedürftig, weil es eine Form sozialer Ordnung ist, sondern nur, wenn es als Ausübung von zwangsbewehrter Fremdbestimmung zu begreifen ist.¹⁴⁶⁰

Diese Fremdbestimmung ist auch der Anknüpfungspunkt der Privatrechtstheorie: Engler sieht den für das Recht relevanten Anknüpfungspunkt in der Fremdbestimmtheit (Heteronomie) einer privaten Regel – und damit eine Perspektive des Privatrechts mit dem Prinzip der Privatautonomie: „Unabhängig davon, ob eine Regel staatlicher oder privater Provenienz ist, stellt sich die Frage nach der Legitimation damit immer schon dann, wenn ein Moment der Fremdbestimmung gegeben ist, d.h., wenn das Individuum (teilweise) ohne oder gegen seinen Willen an Regeln gebunden ist.“¹⁴⁶¹ Die Frage nach der Legitimation stellt sich für Engler nur dann, wenn eine Regel mit dem Anspruch auf mittelbare oder unmittelbare Rechtsverbindlichkeit auftritt.¹⁴⁶² Ähnlich formuliert Röthel, dass es eine „mehr oder minder spürbare Zwangswirkung auf Außenseiter“ sei, „die sie zum Gegenstand rechtlicher Betrachtung und schließlich zur Herausforderung des Rechts machen.“¹⁴⁶³ Wie bereits innerhalb der Funktionsanalyse des Vertrages gezeigt wurde, ist der Begriff der Fremdbestimmung als Gegenbegriff zur Selbstbestimmung ebenfalls zu unbestimmt.¹⁴⁶⁴ Die von vielen identifizierte Fremdbestimmungssituation kann durch zwei Kriterien spezifiziert werden: Zum einen ist es die Leistungsrolle innerhalb der einzelnen Funktionssysteme, die die fraglichen Normsetzer einnehmen und zum anderen ihre innere, regelmäßig hierarchische, teilweise intransparente Struktur.¹⁴⁶⁵

1460 Magen, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (232); ähnlich auch die politikwissenschaftliche Governance-Perspektive K. Wolf, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 187 (196 f.); auch Viellechner, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 211 stellt auf „Probleme der Freiheitsbedrohung“ ab.

1461 Engler, Private Regelsetzung, 2017, S. 126.

1462 Engler, Private Regelsetzung, 2017, S. 126.

1463 Röthel, JZ 2007, 755 (761 f.), die auch darauf verweist, dass diese Heteronomie mit der Bezeichnung „*lex*“ für transnationale Phänomene anschaulich eingefangen werde.

1464 Siehe dazu oben § 3 II b, d.

1465 Angelehnt an Möslin: in: G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht, 2014, S. 155 (163): „Bei ‚modernen‘ nicht-staatlichen Regelwerken mag man sich von den fraglichen Normsetzern zwar teils mehr Neutralität erhoffen, sei es auf Grund ihrer äußeren Rolle, sei es auf Grund ihrer inneren Struktur.“

2. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Wenn es dem Diskursstrang der Legitimation privater Ordnungen um Legitimationsanforderungen auf einer rechtstheoretischen Ebene geht, kann der Diskurs mit einem anderen Diskurs zusammengeführt werden: dem Diskurs um gesellschaftlichen Konstitutionalismus.¹⁴⁶⁶ Der Begriff des gesellschaftlichen Konstitutionalismus sollte nicht mit dem Begriff der Konstitutionalisierung (des Privatrechts) verwechselt werden. Während letzterer die (prozesshaft: zunehmende) verfassungsrechtliche Überprägung des Privatrechts bezeichnet,¹⁴⁶⁷ geht es beim gesellschaftlichen Konstitutionalismus um die Einhegung privater Ordnungen und die Kompatibilisierung unterschiedlicher sozialer Systeme. Neben rechtstheoretischen Fragen, ob und inwieweit gesellschaftliche Teilbereiche – gerade auch im transnationalen Kontext – konstitutionalisiert werden können, geht es aus der Perspektive einer konkreten nationalen Rechtsordnung um die Frage, wie sie mit privaten Ordnungssystemen umgehen möchte. Anders formuliert, geht es um die Suche nach adäquaten Kontrollmaßstäben für private Ordnungen.¹⁴⁶⁸ „Gefragt wird damit nach einer Konstitutionalisierung der transnationalen Regulierung. Es geht um die Errichtung von Grenzen gegen Willkür, Grenzen, die rechtliche Verbindlichkeit besitzen, also Folgen haben für die Anerkennung oder Zurückweisung transnationaler Arbeitsformen und -ergebnisse.“¹⁴⁶⁹ Anders als bei der Konstitutionalisierung des Privatrechts geht es hier nicht ausschließlich um die Aktivierung des Verfassungsrechts. Vielmehr können auch andere Rechtsregime adäquate Beiträge zur gesellschaftlichen Konstitutionalisierung beitragen.¹⁴⁷⁰

Die Frage nach einem gesellschaftlichen Konstitutionalismus stellt sich dabei vor allem in transnationalen Kontexten, weil hier eine klar zuzuordnende Konstitutionalismusebene – die Nationalverfassung – fehlt.¹⁴⁷¹ Ähnliche Fragen stellen sich jedoch auch in deutlich nationalstaatlich geprägte-

1466 Die Verknüpfung von Legitimations- und Konstitutionalisierungsdiskurs stellen auch G.-P. Calliess/Maurer, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 2 (18 f.) her.

1467 Siehe dazu ausführlicher unten § 9 I 3.

1468 Ähnlich im Kontext der privaten Regelsetzung durch Plattformen H. Schweitzer, *ZEuP* 2019, 1 (7 – 10).

1469 Winter, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 95 (108).

1470 Siehe dazu und zur Abgrenzung bloßer Juridifizierung Teubner, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 35 – 37, 118 – 188.

1471 Eingehend zur Eigen- und Fremdkonstitutionalisierung transnationaler Ordnungen Viellechner, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 253 – 264; 285 – 302.

ren Kontexten.¹⁴⁷² Denn einige der zentralen Probleme, die der Konstitutionalisierungsdiskurs thematisiert, gelten auch für diese Kontexte. Insbesondere die Frage, wer an der Entstehung privaten Ordnungen partizipieren kann und darf: „Es bestehen nämlich die nicht unbegründeten Bedenken, dass eine sozialbereichsspezifische Selbstregulierung immer auch negative Externalitäten bedingt und damit eine Betroffenheit Dritter auslösen kann, die gerade nicht an den partizipativen Prozessen teilnehmen konnten.“¹⁴⁷³ Die Stadionverbote im sozialen System des Fußballsports zeigen dies eindrücklich auf. Ein weiteres Beispiel bildet der bereits angesprochene Fall *Pechstein*: Auch hier mussten sich sowohl das OLG München als auch der BGH und jüngst das Bundesverfassungsgericht die Frage stellen, ob und wie das nationale Recht auf die private Ordnung der *lex sportiva* reagieren sollte.¹⁴⁷⁴ Anders als in genuin transnationalen Kontexten steht jedoch mit dem vielfältigen Instrumentarium des nationalen und supranationalen Rechts ein Vehikel zur Verfügung, um diese Probleme einzuhegen. Ganz im Sinne einer responsiven Rechtsdogmatik geht es dann aber nicht primär um Fragen von (gleichsprüngen, sich horizontal gegenüberstehenden) Regime-Kollisionen¹⁴⁷⁵, sondern um die Frage, wie das nationale Recht (in einem tendenziell vertikalen Verhältnis) auf solche Phänomene reagieren kann. Wenn sich somit auch für das nationale Recht die Phänomene privater Ordnungen als Herausforderung präsentieren, kann der Diskurs um die Legitimation privater Ordnungen fruchtbar gemacht werden, um Impulse für eine rechtsdogmatische Antwort darauf zu finden.

1472 Zutreffend weist *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 18 – 21 darauf hin, dass die „Bedingungen der Globalität“ zum Grundproblem des gesellschaftlichen Konstitutionalismus hinzutreten.

1473 *G.-P. Calliess/Maurer*, in: *G.-P. Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht*, 2014, S. 2 (20).

1474 *Grünberger*, *Der Staat* 55 (2016), 117 (124 f., 131 f.) hebt zutreffend hervor, dass es im Kern dieser Entscheidungen um die Frage nach einer adäquaten Antwort des nationalen Rechts auf private Ordnung im Sport geht; eine deutliche Antwort hat BVerfG, *Beschl. v. 03.06.2022*, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 42 – 51 gefunden: Die innerhalb der privaten Ordnung geschlossene Schiedsvereinbarung ist nichtig (Verstoß gegen den aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Justizgewährleistungsanspruch), weil die Statuten des CAS keinen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung vorsahen.

1475 Grundlegend *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen*, 2006; ergänzend *Teubner*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 225 – 258.

3. Legitimationskonzepte – Grenzen der Zustimmung und Prozeduralisierung

Die Kernfrage lautet dann, unter welchen Voraussetzungen private Ordnungen als legitim zu betrachtet sind, sodass das nationale Recht kein Problem mit ihrer „Anerkennung“ hat und auf eine Regulierung verzichten sollte.¹⁴⁷⁶ Aus der Perspektive der Selbstregulierung stellt sich weniger die Frage der Legitimation, sondern eine Steuerungsfrage dahingehend, welche Anforderungen an private Regelsetzung zu stellen sind, damit Selbstregulierung effektiv funktionieren kann.¹⁴⁷⁷ Dabei existieren eine Vielzahl von Legitimationskonzepten – teilweise auch aus unterschiedlichen wissenschaftlichen Reflexionsperspektiven.¹⁴⁷⁸ Eine Auseinandersetzung mit sämtlichen dieser Konzeptionen kann hier nicht erfolgen.¹⁴⁷⁹ Vielmehr sollen zwei Aspekte herausgegriffen werden, die für die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft von besonderer Relevanz sind: Zustimmung und Prozeduralisierung.

Ein erster und plausibler Anknüpfungspunkt von Legitimationsüberlegungen, die Fremdbestimmung durch soziale Herrschaftsausübung als ihren Ausgangspunkt nehmen, ist die notwendige Zustimmung zu einer privaten Ordnung. Für *Bachmann* bildet die Zustimmung zu einer privaten Regel das privatrechtliche Legitimationsideal.¹⁴⁸⁰ Damit beispielsweise Verträge Rechtswirkung entfalten, ist eine Willensübereinstimmung erforderlich; die Wirkungen einer verbandsrechtlichen Satzung werden nur gegenüber den Mitgliedern wirksam, wobei die Mitgliedschaft wiederum ebenfalls durch einen Vertrag begründet wird. Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages allgemein und der dogmatische Topos der strukturellen Ungleichgewichtslage bringen jedoch zum Ausdruck, dass eine formale

1476 *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 148 – 150 nimmt eine staatliche Schutzpflicht an, die Bindung an private Regeln nur dort anzuordnen, wo ihre Legitimation gewährleistet ist; so bereits *F. Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987, S. 522 – 530. Ähnlich fordern *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 277 – 287 eine Inhaltskontrolle der privaten Regeln, die die von ihnen vorgeschlagenen Anforderungen nicht erfüllen.

1477 *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 277; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, § 19 Rn. 67 f.; ähnlich auch *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (521 f.).

1478 Eine Übersicht findet sich bei *Engler*, Private Regelsetzung, 2017, S. 127 – 148.

1479 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 1445.

1480 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 172 – 174.

Zustimmung für das Recht nicht zwingend ausreichen muss, um privates Recht zu legitimieren.¹⁴⁸¹ Beim Problem der Legitimation privater Ordnungen geht es damit zentral um die Frage, welche weiteren Legitimationselemente eine Zustimmung ergänzen oder ablösen.

Das erkennt auch *Bachmann*: In seiner Legitimationskonzeption tritt neben die (formale) Zustimmung zu einer Regel auch ein materielles Element: die Gemeinwohl- bzw. im Privatrecht die Gruppenorientiertheit einer Regel. Anhand des Beispiels des Verbandsbeitritts verdeutlicht er, warum es neben der Zustimmung eines materiellen Legitimationselements bedarf:¹⁴⁸² Der Eintritt in einen privaten Verband – in Form der Mitgliedschaft – sei zwar grundsätzlich freiwillig, weil er auf einer privatautonomen Entscheidung beruhe. Diese freiwillige Zustimmung sei jedoch bei sozial mächtigen privaten Verbänden¹⁴⁸³ zweifelhaft, weil die Exit-Option, also die Möglichkeit tatsächlich selbstbestimmt den Eintritt zu verweigern, keine reale Entscheidungsoption sei. Daher genüge in vielen Fällen die bloße Zustimmung für die Legitimation nicht aus, sondern müsse durch zusätzliche objektive Legitimationselemente ergänzt werden. Dieses Element ist für ihn der Gedanke des Gemein- bzw. Gruppenwohls. Daher kann es auch nicht überzeugen, wenn die Privatautonomie – formal verstanden – als ausreichende Grundlage für private Ordnungen angesehen wird, die auf privatrechtliche Handlungsformen wie den Vertrag oder die Satzung zurückgreifen.¹⁴⁸⁴

Dieses Legitimationsmodell re-konstruiert *Bachmann* dann für das Privatrecht.¹⁴⁸⁵ Für private Ordnungen, die durch Rechtsgeschäft aufgestellt werden, sind damit die Elemente Zustimmung und Gruppenwohl (als ergänzendes Legitimationselement) entscheidend. *Bachmann* wählt hier den Begriff des Gruppenwohl über dem des Gemeinwohls, weil bei privaten Ordnungen, die durch Rechtsgeschäft erzeugt werden, nur ein begrenzter Adressatenkreis vorhanden sei. Darauf aufbauend führt er verschiedene Rechtsinstitute wie die AGB-Kontrolle oder die Inhaltskontrolle und die Beschlusskontrolle von Verbänden auf einen Gruppengedanken zurück: Die durch Rechtsgeschäft gebildeten privaten Regeln erzeugen private Ord-

1481 Siehe dazu oben § 3 II 2 a, c.

1482 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 184 f.

1483 Näher dazu unten § 8 III 3 b.

1484 So aber *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 259 f., die diese Position jedoch leicht in Bezug auf die Inhaltskontrolle relativieren (S. 261 – 264).

1485 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 204 – 225.

nungen. Der Urheber dieser Ordnung ist quasi Treuhänder der von der privaten Ordnung betroffenen Gruppe. Als Treuhänder dürfe er sich nicht einseitig die Vorteile innerhalb der Gruppe verteilen. Aus privatrechtlicher Sicht sei damit der „Ausbeutungsgedanke“ entscheidend, den Bachmann aus § 242 BGB herleitet.¹⁴⁸⁶

Als Alternative¹⁴⁸⁷ zu einem solchen materiellen Legitimationskonzept stellen eine Reihe von Autor*innen prozedurale Legitimationsanforderungen in den Vordergrund. Engler lehnt die Gruppenwohlgedanken von Bachmann zur Legitimation privater Ordnungen ab und stützt ihre Legitimation (neben der Zustimmung) darauf, dass die Regel gerecht sein muss.¹⁴⁸⁸ Dabei ist für sie insbesondere prozedurale Gerechtigkeit durch Organisation und Verfahren ausschlaggebend.¹⁴⁸⁹ Den Aspekt von Verfahrensgerechtigkeit bzw. Legitimation durch Verfahren, insbesondere durch Mitbestimmungsrechte, betont auch Magen.¹⁴⁹⁰ Auch für die Standardsetzung durch Standardisierungsorganisationen werden Anforderungen an die Organisation und das Verfahren hervorgehoben.¹⁴⁹¹ In Abwandlung des Gruppenwohlgedankens Bachmanns fordern Buck-Heeb und Dieckmann eine ausgewogene Interessenrepräsentanz bei der Aufstellung der Regeln, „indem sämtliche von der neu zu schaffenden Vorschrift berührten Interessengruppen dem Kreis der privaten Regelsetzer angehören“ sollen.¹⁴⁹² Sie verknüpfen Fragen der Legitimation privater Ordnungen mit Steuerungsüberlegungen, wann private Ordnungen als Selbstregulierung effektiv sein können: Sie postulieren Interessenrepräsentanz sowie die Transparenz des Verfahrens (und weitere prozedurale Anforderungen¹⁴⁹³) bei der Regelauf-

1486 Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 213.

1487 Auch Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 191 – 193 setzt sich mit Legitimation durch Verfahren und Teilhabe auseinander, sieht sie jedoch als Unterfälle des Gruppenwohlgedankens an.

1488 Engler, Private Regelsetzung, 2017, S. S. 143 f.

1489 Engler, Private Regelsetzung, 2017, S. 143 – 147; auf S. 150 – 181 folgt dann eine Anwendung ihres Modells auf die identifizierten Formen privater Regelsetzung.

1490 Magen, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Privates Recht, 2012, S. 229 (244 f.), der dies jedoch aus dem Ideal demokratischer Legitimation herleitet; zur Kritik dazu siehe sogleich.

1491 Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 241 – 250.

1492 Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 278 f., die dies ebenfalls aus dem Fehlen demokratischer Legitimationsstrukturen ableiten und die Interessenrepräsentanz deshalb als „verfassungsrechtlich notwendigen Ausgleich“ postulieren.

1493 Siehe auch Buck-Heeb/Dieckmann, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010, S. 301: „Die prozeduralen Anforderungen an die Regelaufstellung bestehen darin, dass

stellung als Voraussetzungen privater Ordnungen. Auch aus der Sicht des transnationalen Rechts werden die Kernanforderungen privater Ordnungen in Prinzipien wie Transparenz, Partizipation der Interessenten und Betroffenen oder dem Ausschluss von Befangenheit als demokratische Verfahrensideale gesehen.¹⁴⁹⁴ Speziell die Teilhabedimension von Grundrechten in Horizontalwirkung wurde für die Konstitutionalisierung transnationaler Ordnungen akzentuiert, weil sie teilweise die nicht vorhandenen demokratischen Rechtssetzungsverfahren substituieren könne.¹⁴⁹⁵

Das Prinzip von Legitimation durch Verfahren¹⁴⁹⁶ ist nicht auf demokratisch organisierte politische Systeme beschränkt, sondern lässt sich generalisieren. Dabei geht es jedoch nicht um die Etablierung irgendwelcher Verfahren der Verfahren wegen; Legitimation durch Verfahren hieß schon immer Legitimation durch *gute* bzw. *faire* Verfahren.¹⁴⁹⁷ Die *lex sportiva* ist hinsichtlich dieser Bedenken ein negatives Idealbeispiel: Die Regeln werden von nur einem kleinen Teil der Akteure innerhalb des Sportsystems gesetzt, sodass die Gefahr eines Missbrauchs bzw. einer Bevorzugung aufkommt.¹⁴⁹⁸ Bei dieser Gefahr bleibt es jedoch nicht: Der Fall *Pechstein* verdeutlicht, dass sich einseitig begünstigende Regeln tatsächlich etablieren und dies auch den Anknüpfungspunkt des nationalen Rechts für ein Einschreiten bilden kann.¹⁴⁹⁹

Der Vorteil solcher prozeduralen Anforderungen an private Ordnungen besteht primär darin, dass sie tendenziell eher mit der Eigenrationalität nicht-rechtlicher Sozialsysteme kompatibel sind. Verfahrens- und Beteiligungsanforderungen sind inhaltlichen Konzepten wie dem Gruppenwohl tendenziell überlegen, weil sie (1.) allgemeiner gehalten sind und (2.) die inhaltliche Ausgestaltung der privaten Ordnung den Akteur*innen selbst

die Interessen aller Beteiligten in einem ausgewogenen Verhältnis bei der Regelsetzung vertreten sind, die sog. interessierte Öffentlichkeit jederzeit am Verfahren teilnehmen und sich mit ihren Vorstellungen einbringen kann, sowie die Regel konsensbasiert verabschiedet werden.“

1494 Winter, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 95 (109).

1495 *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 221 f.; ausführlich zu einzelnen Aspekten unten § 9 IV 3.

1496 Grundlegend *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1983.

1497 *Machura*, *Soziale Systeme* 2017, 331 (340 – 347).

1498 Vgl. *Duval*, *European Law Journal* 2013, 822 (832 – 834).

1499 OLG München, Urt. v. 15.01.2015, U 1110/14 Kart, Rn. 101 – 103; siehe dazu *Grünberger*, *Der Staat* 55 (2016), 117 (132); anders aber BGH, Urt. v. 07.06.2016, KZR 6/15, Rn. 29 – 39; dagegen völlig zutreffend BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 32 – 52.

überlassen. Verfahrens- und Teilhabemechanismen stellen „nur“ sicher, dass dieser Regelbildungsprozess ohne negative Effekte für bestimmte Akteur*innen eines Teilsystems oder anderer Teilsysteme ablaufen kann.

Jedoch sollte der Fehler vermieden werden, die staats- und verwaltungsrechtlichen Topoi wie Partizipation und Verfahren in ihrer Staats- und/oder Politikbezogenheit ohne Re-Konfiguration auf andere Systemzusammenhänge zu übertragen: „Die aus dem Verwaltungsrecht stammenden Prinzipien sind hier nur mit Vorsicht zu verwenden, weil die Eigenlogik des transnationales Interagierens möglicherweise andere Prinzipien verlangt.“¹⁵⁰⁰ Nicht nur transnationale Ordnungen weisen spezifische Eigenheiten auf, sondern allgemein jedes Funktionssystem in der differenzierten Gesellschaft. Das heißt: Auch wenn grundsätzlich prozedurale Anforderungen eher für den Zugriff auf private Ordnungen geeignet sind, ist es eine steuerungstheoretische und -praktische Frage, welche Verfahren wie implementiert werden. Dabei sollte man sich von den typischen, staatlich geprägten Begriffen lösen und nach funktionalen Äquivalenten innerhalb und außerhalb einer privaten Ordnung suchen.¹⁵⁰¹

Welche Bedeutung hat all das für den Stadionverbotsfall oder für die anderen hier untersuchten Fälle der Gesellschaft? Eine wesentliche Konfliktlinie in Bezug auf die Stadionverbote war die Intransparenz und gefühlte Machtlosigkeit der Fußballfans bei Aussprache eines Hausverbots.¹⁵⁰² Nicht die Stadionverbote als solche wurden in der sozialen Welt der Fußballfans als illegitim zurückgewiesen, sondern ihre konkrete Ausgestaltung und Vergabepaxis. Zudem wird über die rechtliche Durchsetzung der Stadionverbote die Deutungshoheit darüber einseitig zugunsten des DFB entschieden. Ein Problem der privaten Ordnung des DFB bestand somit aus der Perspektive der Normunterworfenen darin, dass spezifische, sie schützende Verfahrensanforderungen fehlten. Im Modell *Ellicksons* könnte man auch formulieren, dass der privaten Ordnung des DFB ausreichende *procedural rules* bezüglich der Vergabe von Stadionverboten fehlen. Auf

1500 Winter, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 95 (110); ähnlich auch aus politikwissenschaftlicher Sicht Wolf, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S. 187 (204); gegen demokratische Legitimationskonzepte nach dem Vorbild der Staatsverfassungen ebenfalls *Viellechner*, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, S. 213 – 217.

1501 So auch N. Ipsen, *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, 2009, S. 237.

1502 Siehe oben § 6 III 2 b cc.

diesen Aspekt wird in der dogmatischen Re-Konstruktion des Konfliktes über den allgemeinen Gleichheitssatz zurückzukommen sein.¹⁵⁰³

IV. Zwischenergebnis

Ziel dieses Kapitels war es, eine weitere Ebene des Konfliktes um Stadionverbote sichtbar zu machen. Der Konflikt ist in das institutionelle Setting im Fußballsportsystem eingebettet. Dieses Setting kann als private Ordnung beschrieben werden. Damit konnte eine weitere Ebene des Konfliktes aufgedeckt werden, die entweder überhaupt nicht oder mit Topoi wie der „Staatsähnlichkeit“ des DFB nur unzureichend wahrgenommen wurde. Nach hier vertretener Ansicht ist die Einbettung der Stadionverbote in ein privates Ordnungssystem, das hierarchisch vom DFB gesetzt worden ist, ein nicht nur untergeordneter Aspekt des Stadionverbotsfalles: Durch die SVRL finden Exklusionen aus dem Sportsystem nicht nur sporadisch statt, sondern sind fest institutionalisiert. Da private Ordnungen eine ganz spezifische Form modal-strukturbezogener Machtausübung bzw. Herrschaft bilden, weist die Privatrechtstheorie zutreffend auf Legitimationsprobleme dieser Ordnungen hin. Als eine wesentliche Anforderung an private Ordnungen wurden Verfahrens- bzw. Transparenzanforderungen identifiziert.

1503 Siehe unten § 9 VI 3. Vgl. auch *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 217 – 227, 287 – 293, der allgemein die Rolle der Grundrechte in ihrer Privatrechtswirkung als Legitimationsgrundlage (transnationaler) privater Ordnungen betont.