

Dritter Teil: Responsivität und Eigennormativität – Rekonstruktion und rechtsdogmatisches Panorama

§ 8 Allgemeiner Kontrahierungszwang

Im Kontext des Hausrechts zu Beginn dieser Untersuchung wurde bereits das Privatrechtsinstitut „Kontrahierungszwang“ erwähnt.¹⁵⁰⁴ Nach dort vertrittener These geht es in diesen Fallkonstellationen nur hintergründig um das Hausrecht: Da nahezu alle diese sozialen Konflikte vom Institut des Vertrages überlagert werden, ist primäre Wertentscheidung in diesen Fällen, ob ein Kontrahierungszwang besteht.

Nachdem zunächst der Fokus auf den allgemeinen Kontrahierungszwang gelegt worden ist (I.), ist Ziel des Abschnittes eine Funktions-, Struktur- und Rechtsfolgenanalyse des Instituts in Hinblick darauf, inwieweit es responsiv auf die herausgearbeiteten sozialen Konfliktstrukturen reagieren kann. Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwanges sind dabei im heutigen Diskurs noch immer heterogen. Diese Untersuchung belässt es dabei zunächst bei einer kritischen Bestandsaufnahme der diskutierten Anknüpfungspunkte, die zu einem Kontrahierungszwang führen können (II.). In dieser Untersuchung soll nicht geklärt werden, welche Kriterien für den allgemeinen Kontrahierungszwang überzeugen; dennoch sollen die Defizite der einzelnen Ansätze aufgezeigt werden. Diese Bestandsaufnahme dient dann als Ausgangspunkt für die eigentliche Fragestellung, ob die vorgefundenen Strukturen responsiv auf die oben herausgearbeiteten Konflikaspekte reagieren können.

Nach hier vertrittener These ist dies insbesondere hinsichtlich des Aspekts der Exklusion möglich: Der allgemeine Kontrahierungszwang kann rechtstheoretisch zumindest partiell als Zugangsregel betrachtet werden; gleichzeitig bietet diese Perspektive eine Möglichkeit zur dogmatischen Konturierung dieses Instituts, die sich bereits in jüngerer Zeit abzeichnet

1504 Siehe dazu oben § 2 I 2.

(III.). Doch selbst wenn dieser These gefolgt wird: Der allgemeine Kontrahierungszwang kann nicht für jeden sozialen Exklusionskonflikt eine adäquate rechtliche Lösung bereitstellen. Die Rechtsfolgen beschränken den Kontrahierungszwang als Zugangsregel auf Fälle, in denen der bloße Abschluss eines Vertrages zur Inklusion genügt (IV.). Darin wird hier der Grund gesehen, weshalb im Stadionverbotsfall der Konflikt nicht über einen Kontrahierungszwang gelöst worden ist bzw. abschließend gelöst werden konnte.

I. Allgemeiner Kontrahierungszwang und besondere Kontrahierungszwänge

Aufgrund des Kontrahierungszwangs¹⁵⁰⁵ besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, das die Verpflichtung zur Abgabe einer auf Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung beinhaltet,¹⁵⁰⁶ wodurch die Vertragsabschlussfreiheit (und teilweise die Inhaltsfreiheit) auf Seiten der verpflichteten Privatrechtsakteur*in eingeschränkt wird. Bis auf diese Einschränkung kommt ein normaler schuldrechtlicher Vertrag zustande, auf den grundsätzlich die Regeln des allgemeinen (schuldvertraglichen) Privatrechts anwendbar sind.¹⁵⁰⁷ Formal kann demnach der Kontrahierungszwang noch immer nach *Nipperdey* definiert werden als „die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen“.¹⁵⁰⁸

Der Kontrahierungszwang ist in der Privatrechtsordnung das wichtigste Institut, das die Vertragsabschlussfreiheit als Ausprägung der Vertragsfrei-

1505 Zur Abgrenzung zu strukturähnlichen Rechtsinstituten *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 13; zu historischen Vorläufern bzw. funktionalen Äquivalenten von Kontrahierungszwängen *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (48).

1506 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12; *ders.*, Privatautonomie, 1999, S. 243, 585; *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156 Rn. 29 f.

1507 Grundlegend und zu möglichen Modifikationen *Bydlinksi*, JZ 1980, 378.

1508 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 7. Rezipiert beispielsweise von *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156 Rn. 15; *Möslein*, in: BeckOGK, BGB, § 145 Rn. 50; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 468. Siehe auch *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 110 mwN zur Rezeption.

heit begrenzt.¹⁵⁰⁹ Der Kontrahierungszwang ist kein homogenes Rechtsinstitut.¹⁵¹⁰ Es wird grob zwischen besonderen Kontrahierungszwängen und einem allgemeinen Kontrahierungszwang unterschieden.¹⁵¹¹ Besondere Kontrahierungszwänge ergeben sich aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, während sich der allgemeine Kontrahierungszwang ohne ausdrückliche Anordnung ergibt. Ob dabei § 826 BGB,¹⁵¹² § 1004 BGB,¹⁵¹³ das Sozialstaatsprinzip,¹⁵¹⁴ eine Gesamtanalogie zu den besonderen Kontrahierungszwängen¹⁵¹⁵ oder das Institut des Vertrages selbst¹⁵¹⁶ als formaler, rechtsdogmatischer Anknüpfungspunkt gewählt werden sollte, ist für diese Untersuchung nicht entscheidend: der allgemeine Kontrahierungszwang hat sich als Rechtsinstitut verselbstständigt.¹⁵¹⁷

Die besonderen Kontrahierungszwänge¹⁵¹⁸ werden meist nach Rechtsgebieten geordnet¹⁵¹⁹ oder typologisch in leistungssichernde, wirtschaftspoli-

1509 Otto, in: jurisPK-BGB, § 145 Rn. 32. Umstritten ist dabei, ob der (allgemeine) Kontrahierungszwang aus der (gegenseitigen) Privatautonomie selbst abgeleitet werden kann (immanente Begrenzung) oder ein „Gegenspieler“ zur Privatautonomie ist: einerseits Busche, Privatautonomie, 1999, S. 127, 132, andererseits Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1992, S. 611.

1510 Busche, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 12.

1511 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 117 – 119. Nach anderer Terminologie wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Kontrahierungszwängen unterschieden, siehe Möslein, in: BeckOGK, BGB, § 145 Rn. 50; Bruns, JZ 2007, 385 (388).

1512 So der Anknüpfungspunkt des RG, siehe nur RGZ 48, 114 (126 f.) – *Dampfschiffahrt*; RGZ 133, 388 (390 f.) – *Theaterkritiker*. Dann BGHZ 49, 90 (98 f.); BGHZ 44, 279 (283); *Bydlinksi*, AcP 180 (1980), 1 (13).

1513 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 230 – 235; *Bezenberger*, AcP 196 (1996), 395 (428); *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2020, Vorb. zu 145-156 Rn. 27.

1514 *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 4 I a (S. 48); *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 287 f.

1515 *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (191); *Larenz*, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 4 I a (S. 48); befürwortend auch *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433.

1516 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 653 ff.; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21.

1517 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266; siehe dort auch Rn. 433, 435: § 826 BGB befriedige vor allem das Bedürfnis nach einer formalen Anspruchsgrundlage, verdunkle aber die eigentlichen Wertungszusammenhänge.

1518 Nach hier vertretener Ansicht ist auch ein potentieller Kontrahierungszwang aufgrund einer Diskriminierung bezüglich eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmalen ein besonderer Kontrahierungszwang, siehe dazu *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 278 – 298.

1519 Übersicht bei *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vor §§ 145–156 Rn. 17; teilweise veraltet *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (53 f.).

tische und multifunktionale Kontrahierungszwänge eingeteilt.¹⁵²⁰ Für diese Untersuchung spielen sie keine Rolle, da in den hier betrachteten Fällen der Gesellschaft keine besonderen Kontrahierungszwänge einschlägig sind.¹⁵²¹ Als potentiell responsives Rechtsinstitut ist daher nur der allgemeine Kontrahierungszwang von Bedeutung.

II. Funktion und Struktur

1. Problemstellung

Die vorgenannte formale Definition *Nipperdeys* enthält keine (materielle) Aussage über mögliche Gründe für Kontrahierungszwänge; der rechtspraktische und -wissenschaftliche Diskurs beschäftigt sich daher mit Ursachen, Funktionen und Legitimationen dieses Instituts.¹⁵²² Der allgemeine Kontrahierungszwang ist nach wie vor kein nach Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen einheitliches und klares Rechtsinstitut.¹⁵²³ Dies liegt zunächst daran, dass er von verschiedenen besonderen Kontrahierungszwängen, die jeweils eigenen Rationalitäten folgen, flankiert wird. Darüber hinaus wird eine zeitgenössische Funktions- und Strukturanalyse dadurch erschwert, dass vergangene Diskurs- und Rechtsprechungslinien heute in besonderen Kontrahierungszwängen aufgegangen sind: § 33 Abs. 1 iVm § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 und 4 bzw. 20 Abs. 1 GWB, § 21 Abs. 1 AGG,¹⁵²⁴ § 31 Abs. 1 ZKG oder dem verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch^{1525, 1526}. Dementsprechend dominieren die besonderen Kontrahierungszwänge den zeitgenössischen

1520 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 578 – 580; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145, Rn. 14 – 19.

1521 Eine Ausnahme bildet der Fall *Fraport*: Hier besteht zwar ein Kontrahierungszwang nach § 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, der jedoch zutreffend nicht für den dortigen Konflikt relevant wurde, vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8.

1522 So *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (52).

1523 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 117; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 469 f.

1524 Ob § 21 Abs. 1 AGG einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge anordnet, ist umstritten: siehe *Mörsdorf*, BeckOGK, AGG, § 21 Rn. 31 – 39; zustimmend *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 21 Rn. 17; siehe für weitere Nachweise Fn. 759.

1525 Siehe dazu unten § 8 III 3, IV 3.

1526 *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 216 f.; ähnlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 487 – 490, der den verbleibenden „Anwendungsbereich“ bestimmt.

Diskurs.¹⁵²⁷ Zeitgenössische Rechtsprechung zum allgemeinen Kontrahierungszwang ist rar;¹⁵²⁸ er wurde vereinzelt zur „Studentenmaterie“ (v)erklärt.¹⁵²⁹

Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwangs sind bis heute nicht abschließend geklärt. Dabei decken sich die vorgeschlagenen Strukturmerkmale mit den Funktionszuschreibungen,¹⁵³⁰ sodass beide Aspekte hier gemeinsam behandelt werden. Zudem erschweren jeweils unterschiedliche Diskursstränge mit jeweils anderer Zielrichtung die Analyse des Rechtsinstituts allgemeiner Kontrahierungszwang: Im Mittelpunkt der Diskussionen standen Einzelentscheidungen von Gerichten sowie die Frage nach einem güter- bzw. (markt)strukturbezogenen Tatbestand; struktur-funktionale Untersuchungen sind die Ausnahme geblieben.¹⁵³¹ Im juristisch-dogmatischen Diskurs ging es in der Vergangenheit insbesondere um die Bestimmung des Tatbestands iSv einer Konkretisierung der guten Sitten in § 826 BGB.¹⁵³² Dafür wurden verschiedene Kriterien herangezogen, wobei sich die Schwerpunkte im Diskurs aufgrund (rechts-)politischer, historischer, wirtschaftlicher und sozialer Gründe immer wieder verschoben haben.¹⁵³³

1527 Siehe nur exemplarisch *Dittmann*, Öffnung von Märkten durch kartellrechtlichen Kontrahierungszwang, 2004; *Grünekle*, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001; *Liebetau*, Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit am Beispiel von Entgeltregelungen für Basiskonten, 2019; *Sprafke*, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013; *Friedl*, Der Kontrahierungszwang im Wohnraummietrecht bei unzulässigen Benachteiligungen, 2015; *Weber*, Die urheberrechtliche Zwangslizenz, 2018, S. 430 – 527.

1528 Die letzte BGH-Entscheidung, die sich ausdrücklich mit den Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwanges beschäftigt, ist BGH, Urt. v. 09.11.1989 – IX ZR 269/87, die jedoch die Kriterien offenlässt. Daran knüpfte noch BGH, Urt. 07.07.1994 – III ZR 137/93 – *Spielbanken an*, wobei auch hier die Kriterien unklar bleiben. Punktuell auf dieses Institut stellt BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, Rn. 19 ab. Verbreitet sind jedoch Entscheidungen zum Hausrecht, die – unausgesprochen – einen Kontrahierungszwang nahelegen, siehe dazu unten § 8 II 5 b.

1529 *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), 169 (189 f.).

1530 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 472, der jedoch von Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen spricht.

1531 Ausdrücklich nur die Arbeiten von *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (61, 74) und *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.

1532 Vgl. *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 151 – 161.

1533 Vgl. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (49 f.). Einen Überblick der unterschiedlichen Aspekte, die im Einzelfall zu einem Kontrahierungszwang führen können, geben

2. Monopol- bzw. Marktmachtstellung

Der erste Anknüpfungspunkt war der Aspekt des Monopolmissbrauchs, der durch die Leitentscheidung zum Kontrahierungszwang durch das Reichsgericht herangezogen worden ist.¹⁵³⁴ Auch wenn der Monopoltopos den Ausgangspunkt für den allgemeinen Kontrahierungszwang bildet, war die Monopolstellung bereits in den Entscheidungen des RG maßgebendes, aber nicht ausschließliches Kriterium.¹⁵³⁵ Gleiches gilt für den amorphen Topos der faktischen Monopolstellung: sie war notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung.¹⁵³⁶ Daher spielte der Topos des Monopolmissbrauchs bereits in der frühen Rechtsprechung des BGH nur noch eine untergeordnete Rolle, was zunächst (1.) rechts-politische Gründe hat, da die Legislative in der Nachkriegszeit durch Kontrahierungspflichten in den Vertragsprozess eingriff und (2.) mit Inkrafttreten des GWB ein eigenständiges Behinderungs- und Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen etabliert worden ist: Damit wurde der Hauptgegenstand der Reichsgerichtsrechtsprechung nunmehr am GWB und nicht mehr an § 826 BGB gemessen.¹⁵³⁷ Im Zentrum der BGH-Rechtsprechung zum allgemeinen Kontrahierungszwang stand jetzt der Aufnahmезwang von Vereinen und Verbänden, der sich inzwischen ebenfalls zu einem eigenständigen Rechtsinstitut ausdifferenziert hat.¹⁵³⁸

Damit hat sich die Monopolstellung als wesentliches Merkmal für den allgemeinen Kontrahierungszwang heute erledigt: „Die Problematik des Kontrahierungszwangs erscheint damit losgelöst von der Feststellung eines Monopolmissbrauchs.“¹⁵³⁹ Zwar wird die Anwendung des § 826 BGB nicht durch das GWB ausgeschlossen, aber rechtstatsächlich ist die Kontrolle wirtschaftlichen Verhaltens von Monopolisten oder marktmächtigen Unternehmen heute Angelegenheit des Wettbewerbsrechts.¹⁵⁴⁰ Dennoch hält sich

Grunewald, AcP 182 (1982), 181 (187 – 192); *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 162 – 211; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 471 – 490. Die folgende Darstellung orientiert sich an diesen Veröffentlichungen.

1534 RGZ 48, 114 (127) – *Dampfschiffahrt*.

1535 So *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (56).

1536 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (57 f.); *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 163 – 169.

1537 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 170 f.

1538 Siehe dazu unten § 8 III 3.

1539 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 182.

1540 Zutreffend *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 216. Eine jüngere Entscheidungen zum Kontrahierungszwang im GWB ist exemplarisch BGH, Urt. v. 23.01.2018, KZR 48/15.

der Topos in manchen jüngeren Veröffentlichungen.¹⁵⁴¹ Insbesondere die vom Reichsgericht angenommene Kombination aus Monopolstellung und lebensnotwendigen Gütern bzw. Dienstleistungen wird heute als der Regelfall des allgemeinen Kontrahierungszwangs angesehen.¹⁵⁴²

3. Versorgungsleistung

Aus der rechtstatsächlichen Beobachtung heraus, dass es sich bei vielen der Monopolfällen um Versorgungsdienstleister handelte, welche Dienste auf einem Netzgut anbieten, entwickelte sich der Monopolmissbrauchstopos weiter. Im Zentrum der Überlegungen stand nun nicht mehr die strukturelle Position des Anbieters, sondern die Bedürfnisse des Publikums. Ein Kontrahierungszwang wurde dann für die Situationen diskutiert, in denen eine Versorgungsaufgabe missbräuchlich wahrgenommen wurde, also bestimmte Güter oder Leistungen vorenthalten worden.¹⁵⁴³ Dabei bildet sich bis heute ein Meinungsspektrum heraus, dass auf lebenswichtige Güter,¹⁵⁴⁴ Güter „von wichtiger Bedeutung“¹⁵⁴⁵, Güter, die zum allgemeinen Lebensstandard gehören (Normalbedarf)¹⁵⁴⁶ oder ohne gegenständliche Einschränkung¹⁵⁴⁷ abstellen.¹⁵⁴⁸

Gegen ein Abstellen auf bestimmte Bedarfssituationen wurde vorgebracht, dass die einzelnen Begriffe – für welche man sich auch entscheide

1541 *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156, Rn. 15 stellt auf ein „gravierendes Machtungleichgewicht“ zwischen Anbieter und Nachfrager ab, insbesondere wenn der Anbieter eine Monopolstellung innehat; anders jedoch bei Rn. 22: Gesamtabwägung im Einzelfall; BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 19: marktbeherrschende Stellung, die sich spiegelbildlich in einem Kontrahierungszwang ausdrücke.

1542 *Bork*, in: Staudinger BGB, 2020, Vorb. zu §§ 145 – 156, Rn. 21: „Dass in diesen Fällen ein Kontrahierungszwang besteht, ist unbestritten“; restriktiver *Otto*, in: jurisPK-BGB, § 145 Rn. 35: „auf Monopole und lebensnotwendige Leistungen beschränkt“.

1543 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21.

1544 *Ellenberger*, in: Grüneberg, Einf. v. § 145 Rn. 9.

1545 *Jauernig*, in: Jauernig, BGB, Vor § 145 Rn. II.

1546 So insbesondere *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (35 – 38): Unternehmen seien dann zum Vertragsschluss verpflichtet, wenn sie Güter oder Dienstleistungen anbieten, die von einer Durchschnittsperson regelmäßig in Anspruch genommen werden, wenn nicht auf andere Anbieter in zumutbarer Weise ausgewichen werden kann.

1547 Dies ist identisch mit dem modernen Topos der „Öffnung für einen allgemeinen Geschäftsverkehr“, der unten unter § 8 II 5 b behandelt wird.

1548 Siehe dazu *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 21 mwN.

– zu unscharf für eine genaue Abgrenzung seien.¹⁵⁴⁹ Damit verbunden ist das (ungleichheitstheoretische) Argument, dass Personen mit unterschiedlichem sozialen Hintergrund auch einen jeweils unterschiedlichen (Normal-)Bedarf an Gütern und Dienstleistungen haben.¹⁵⁵⁰ Zudem sei eine Beschränkung auf bestimmte Güter von vornherein nicht zulässig, wenn man den Kontrahierungszwang als freiheitssicherndes Instrument konstruiert.¹⁵⁵¹ Insbesondere das letzte Argument ist angreifbar, weil es bereits von der Prämisse ausgeht, dass der allgemeine Kontrahierungszwang auf eine ganz bestimmte Art konstruiert wird.¹⁵⁵² Überzeugender ist es vielmehr auf die Rechtsentwicklung abzustellen: So wie sich der Monopoltopos durch das GWB erledigt hat, wurde auch der Versorgungstopos mit der Etablierung von vielfältigen besonderen Kontrahierungszwängen für Netzgüter, im Transportwesen oder anderen Versorgungsbereichen in Spezialgesetze überführt. Er kann heute nicht mehr überzeugen, um dem Institut des allgemeinen Kontrahierungszwanges Kontur zu geben. Der Topos diene vor der Schaffung besonderer Kontrahierungszwänge dazu, spezifische Fälle, die jetzt durch Spezialgesetze geregelt sind, abzudecken. Die Topoi „lebensnotwendige Güter“ oder „Normalbedarf“ meinen damit nur einen Ausschnitt der relevanten Vertragsinteressen.

4. Abhängigkeit bzw. Angewiesenheit

Aufbauend auf den Erkenntnissen, dass die vorgenannten Anknüpfungspunkte für das Institut des allgemeinen Kontrahierungszwang nicht hinreichend sind und nur jeweils spezifische Erscheinungsformen sozialer Probleme adressieren, unternahm *Busche* eine bis heute einflussreiche¹⁵⁵³ Untersuchung der Funktion und Struktur des allgemeinen Kontrahierungszwangs. Bislang ist *Busches* Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwangs eine der erkenntnisreichsten Konstruktionen im juristischen Dis-

1549 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 199 – 201; *ders.*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 22.

1550 *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (192).

1551 *Busche*, in: MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 22; *ders.*, Privatautonomie, 1999, S. 199 – 201; *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 480.

1552 Zu dieser freiheitssichernden Konstruktion sogleich.

1553 Den Topos der Angewiesenheit stellen in das Zentrum ihrer Ansichten: *Möslein*, in: BeckOGK-BGB, § 145 Rn. 50; grundsätzlich zustimmend *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 479 – 484, der sich nicht inhaltlich dagegen wendet, sondern das Gleichheitsproblem hervorhebt; im Kontext von Girokonten *Bachmann*, ZBB 2006, 257 (263).

kurs, weshalb sie für diese Untersuchung auch als Anknüpfungspunkt für eine ausführlichere diskursive Auseinandersetzung dienen soll.

Busche konstruiert den allgemeinen Kontrahierungszwang als ergänzendes Institut zum Institut des Vertrages.¹⁵⁵⁴ Der allgemeine Kontrahierungszwang steht im Kontext eines Vertragsrechtssystem, das durch den Vorrang der Selbstbestimmung geprägt sei.¹⁵⁵⁵ Die Funktion bestehe daher darin, die Funktionen des Instituts der Vertragsfreiheit zu sichern: Der Kontrahierungszwang versucht, eine eingetretene Funktionsstörung zu beseitigen; dabei geht es darum, zumindest die mit der Privatautonomie verfolgten Zwecke weitestgehend zu realisieren.¹⁵⁵⁶ Der allgemeine Kontrahierungszwang sei damit – in Abgrenzung zu den besonderen Kontrahierungszwängen – ein „freiheitssichernder Kontrahierungszwang“.¹⁵⁵⁷ „Der allgemeine Kontrahierungszwang gründet sich insoweit allein auf das Selbstbestimmungsprinzip.“¹⁵⁵⁸ Da der Vertrag ein Instrument *gegenseitiger* Interessenverwirklichung sei, resultieren daraus immanente Einschränkungen der Vertragsbegründungsfreiheit, wenn eine Partei auf die Mitwirkung des anderen Vertragsteils angewiesen ist.¹⁵⁵⁹ Der allgemeine Kontrahierungszwang sei deshalb kein Fremdkörper im von der Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung geprägten System des Vertragsrechts, sondern ermögliche gerade Selbstbestimmung.¹⁵⁶⁰ Das Institut schütze damit ausschließlich Individualinteressen; im Gegensatz dazu folgen besondere Kontrahierungszwänge dem Schutz von „Gemeininteressen“.¹⁵⁶¹

Busche identifiziert darauf aufbauend vier Strukturmerkmale, die den allgemeinen Kontrahierungszwang begründen können. Sind alle diese Merkmale gegeben, liegt eine „qualifizierte Vertragsverweigerung“ vor: „Der allgemeine Kontrahierungszwang ist die Antwort der Vertragsrechtsordnung auf eine qualifizierte Vertragsverweigerung“.¹⁵⁶² Diese Strukturmerkmale sind: (1.) Verfolgung rechtlich geschützter Interessen¹⁵⁶³; (2.) Abhängigkeit

1554 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 651 – 657.

1555 Ausführlich zu dieser These im Kontext der Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages oben unter § 3 II.

1556 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.

1557 So die Formulierung bei *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 142.

1558 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 126.

1559 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 237 f.

1560 Anders z.B. *Bydlinksi*, AcP 180, I (4), der den Kontrahierungszwang als Gegenspieler zur Vertragsfreiheit sieht.

1561 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 239.

1562 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 141.

1563 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 127.

von einem Anbieter; (3.) Vertragsgeneigntheit¹⁵⁶⁴; (4.) Leistungsfähigkeit¹⁵⁶⁵. Nur bei Vorliegen aller vier Merkmale führe der allgemeine Kontrahierungszwang zu einem angemessenen Interessenausgleich.

Im Zentrum steht dabei in *Busches* Konzeption die Abhängigkeit. Der Vertragsinteressent muss von einem bestimmten Anbieter abhängig sein: Hier geht es um die Selbstbestimmung der Vertragsinteressent*in. Ausgangspunkt dieses Aspektes ist, dass das zu befriedigende Vertragsinteresse der einen Partei eine Entsprechung im Leistungsangebot des potentiellen Vertragspartners finden muss. Der Abschlusszwang ist auf die Sicherung der rechtlichen Betätigungsfreiheit des begünstigten Vertragsteils gerichtet, weshalb der Kontrahierungszwang im Hinblick auf diese Zwecksetzung erforderlich sein muss. Der begünstigte Vertragsteil muss somit auf den Vertragsschluss angewiesen sein, um sein Leistungsinteresse zu befriedigen. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob er von einem Anbieter abhängig ist.¹⁵⁶⁶ Es geht um Situationen, in denen Vertragsmöglichkeiten geschaffen werden müssen, also die fehlende individuelle (konkrete) Leistungsbereitschaft eines potentiellen Vertragspartners überwunden werden soll.¹⁵⁶⁷

Zentral für die Bestimmung der Angewiesenheit bzw. Abhängigkeit ist dann, ob einem Vertragsinteressenten Ausweichmöglichkeiten für Vertragsschlüsse zur Verfügung stehen, um seine mit dem Vertrag verbundenen Interessen zu verwirklichen.¹⁵⁶⁸ *Busche* zieht dann zur Bestimmung der Ausweichmöglichkeiten Kriterien heran, die stark an eine wettbewerbsrechtliche Markttabgrenzung erinnern.¹⁵⁶⁹ Damit konstruiert *Busche* den allgemeinen Kontrahierungszwang nicht nur individual-freiheitsrechtlich, sondern ausschließlich marktfunktional.

1564 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 137; hier verarbeitet er auch den Topos der allgemeinen Geschäftsöffnung.

1565 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 139.

1566 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 131.

1567 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 132.

1568 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 132 u.a. unter Verweis auf *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (191); *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 (132).

1569 *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 136.

5. Gleichheitsrechtliche Rekonstruktion

a. Vertragsverweigerung als Ungleichbehandlung

Eine andere Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges unternimmt *Grünberger*, der diesen als gleichheitsrechtliches Institut rekonstruiert: Die Fokussierung und Engführung auf den freiheitsrechtlichen Aspekten des Kontrahierungszwanges führe dazu, dass man die gleichheitsrechtliche Dimension aus den Augen verliert: Denn der Kontrahierungszwang sei nur eine Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung, verstanden als unterschiedliche Verteilung der Freiheitsmöglichkeiten der Akteure in der Gesellschaft.¹⁵⁷⁰ In den Fällen der Vertragsverweigerung gehe es immer um eine Ungleichbehandlung: manche Privatrechtsakteure erhalten einen Vertragsschluss, andere nicht (z.B. Girokonto: vermögenslose, rechtsextreme Parteien und religiöse Sekten erhalten kein Girokonto).¹⁵⁷¹ Auch *Ludwig Raiser* wies damals darauf hin, dass es ist nicht die Versorgungspflicht, sondern die Frage nach der Berechtigung für willkürliche Einzelmaßnahmen – also die Frage einer Gleichbehandlungspflicht – sei, die den Diskurs um den Kontrahierungszwang präge.¹⁵⁷² Die Adressaten des allgemeinen Kontrahierungszwangs müssen dann alle vergleichbaren Vertragsinteressenten hinsichtlich des Vertragsschlusses gleich behandeln, wobei Ungleichbehandlungen mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen sind.¹⁵⁷³ *Grünberger* übernimmt hier seine „Rechtfertigungslösung“ für Gleichheitssätze im Privatrecht¹⁵⁷⁴ und überträgt sie auf den Kontrahierungszwang: Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist für ihn der entscheidende Katalysator, um die Frage des Interessenausgleichs zu klären: „Die Ungleichbehandlung als solche indiziert nur dann eine Einschränkung der Freiheitssphäre des Vertragsinteressenten, wenn der Normadressat keinen sachlichen Grund geltend machen kann, sondern willkürlich handelt.“¹⁵⁷⁵ Mit der gleichheitsrechtlichen Rekonstruktion – ob unter Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG oder ohne diesen

1570 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 484.

1571 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.

1572 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts 1977 [1949], S. 1 (8); *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485 Fn. 170.

1573 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.

1574 Siehe dazu unten § 9 V 3.

1575 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 486.

– legt Grünberger den Fokus auf die *Form* der Konfliktlösung: Ungleichbehandlungsverbot ohne sachliche Gründe.¹⁵⁷⁶

b. Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr

Einige der hier untersuchten Fälle der Gesellschaft betreffen Fälle der jüngeren Rechtsprechung, in denen der Topos „Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr“ als Beschränkung der Hausrechtsbefugnisse auftaucht. Oben wurde bereits herausgearbeitet, dass es sich hierbei nicht primär um eine sachenrechtliche Frage in Bezug auf die Privatrechtsinstitute Eigentum und Besitz geht, sondern diese Frage durch das Institut Vertrag überlagert ist.¹⁵⁷⁷ Ein Hausverbot hat in diesen Fällen nur den Zweck, einer davon betroffenen Person einen Vertragsschluss zu versagen.¹⁵⁷⁸ „Somit statuiert der BGH, indem er ‚Hausverbote‘ für nicht rechtmäßig erklärt, tatsächlich nicht nur eine Pflicht, das Betreten des Grundstücks zu dulden, sondern auch die Pflicht, mit dem Betroffenen einen Vertrag abzuschließen.“¹⁵⁷⁹ Damit geht es letztlich um die Feststellung, dass in diesen Fällen ein Kontrahierungszwang besteht.¹⁵⁸⁰ Anknüpfungspunkt für den BGH ist, dass der Inhaber seine „Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt“.¹⁵⁸¹

Der Topos des „öffentlichen Angebots“ im Kontext des allgemeinen Kontrahierungszwanges ist nicht neu: Zum einen stützte sich bereits das Reichsgericht in der *Dampfschifffahrtsentscheidung* ergänzend auf diesen Aspekt des Falls.¹⁵⁸² Zum anderen konstruierte Johannes Biermann für bestimmte Anbieter aufgrund eines Angebotes an die Öffentlichkeit einen

1576 Siehe unten § 8 III 2 zur inhaltlichen Frage, wann die ungleichen Möglichkeiten zur Freiheitsausübung einen Kontrahierungszwang auslösen (sollten).

1577 Siehe oben § 2 I 2.

1578 So auch Majer, JR 2015, 107 (112); ähnlich Mörsdorf, JZ 2012, 688 (689).

1579 Majer, JR 2015, 107 (112).

1580 Majer, JR 2015, 107 (112), der jedoch zwischen Konstellationen unterscheidet, in denen das Betreten von Räumlichkeiten die Voraussetzung für einen Vertragsschluss bzw. ein Vertragsschluss Voraussetzung für das Betreten ist.

1581 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.

1582 RGZ 48, 114 (127) – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*: „Ein Transportzwang verpflichtet den Unternehmer, welcher dem Publikum seine Dienste unter bestimmten Bedingungen öffentlich anbietet, [...]“; Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 476.

wirksamen Vertrag^{1583,1584}. Seit dem Stadionverbotsurteil des BGH wird dieser Gedanke mit dem Gebot der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG normativ abgesichert.¹⁵⁸⁵ Bereits früher wurde der allgemeine Gleichheitssatz als Grundlage für den allgemeinen Kontrahierungszwang in Erwägung gezogen.¹⁵⁸⁶

c. Kritik

Als alleiniger Anknüpfungspunkt für einen Kontrahierungszwang konnte sich dieser Gedanke jedoch nicht durchsetzen.¹⁵⁸⁷ Die bloße Geschäftsöffnung kann unter der Prämisse, dass es Teil der Privatautonomie ist, dass die Anbieter*in einer Leistung jederzeit Einfluss auf die Gestaltung des Publikums nehmen kann, und somit auch bestimmten Personen(-gruppen) einen Vertrag verweigern kann, nicht überzeugen. „Es ist mit einer auf dem Prinzip der Privatautonomie basierenden Rechtsgeschäftsordnung schlechthin unvereinbar, ein Rechtssubjekt nur aus dem Grunde zum Vertragsschluss zu verpflichten, weil es zuvor einen Geschäftsverkehr mit bestimmten Waren oder Dienstleistungen eröffnet hat.“¹⁵⁸⁸ Die allgemeine Geschäftsöffnung ist keine hinreichende, sondern nur eine notwendige Bedingung des allgemeinen Kontrahierungszwanges.¹⁵⁸⁹

In einem ersten Schritt kann zwar die Vermutung aufgestellt werden, dass eine Person zum Zutritt berechtigt sein soll. Allerdings kann diese Vermutung auch widerlegt werden. „Äußert der Inhaber gegenüber einer

1583 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267 (311 – 320).

1584 Siehe dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 476, der auch auf Parallelen zu Gleichbehandlungspflichten im angloamerikanischen Recht hinweist.

1585 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn.13 (dort allerdings ausschließlich im Kontext des Hausrechts); BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.

1586 Die Drittwirkung der Gleichheitssätze als potentielle Grundlage für einen Kontrahierungszwang bedenken *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts 1977 [1949], S. 1 (8 f.) und *M. Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (611 f.).

1587 So ausdrücklich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 476. Eine Ausnahme ist *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32 (76), der ebenfalls auf die allgemeine Geschäftsöffnung abstellt.

1588 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 205.

1589 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 477. Nach *Busches* Konzeption indiziert die Geschäftsöffnung die prinzipielle Vertragsgeneigntheit, welche eine der vier Voraussetzungen einer „qualifizierten Vertragsverweigerung“ bildet, *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 136, 206.

bestimmten Person durch ein ‚Hausverbot‘, dass er den Zutritt dieser Person nicht wünscht, so ist die Vermutung widerlegt.¹⁵⁹⁰ Der BGH hält den Inhaber an seiner generellen Bereitschaft fest; „[e]s wäre jedoch inkonsequent, den ausdrücklich erklärten Willen für unbeachtlich zu erklären, wenn die generelle Bereitschaft und damit der Wille Grundlage für den Kontrahierungszwang sein soll.“¹⁵⁹¹

Damit wird deutlich, dass es nicht nur um die erstmals privatautonom getroffene Entscheidung bezüglich der Zusammensetzung des Publikums geht. Der Topos verdeckt die eigentliche Wertungsfrage, in welchen Fällen das Recht diese Entscheidung gerade einschränkt bzw. einschränken sollte.¹⁵⁹² Dabei bleibt im Diskurs offen, ob dieses Problem nicht gesehen wird oder eine Einschränkung der Publikumsauswahl in wirklich allen Fällen gefordert wird.¹⁵⁹³ Um dies an zwei Beispielen zu verdeutlichen: Im AGG ist zwar die Geschäftsöffnung erster Anknüpfungspunkt für die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote. Primärer Wertungsgesichtspunkt sind hier allerdings die Diskriminierungsmerkmale: Im AGG wird die gesellschaftliche Wertung stabilisiert, dass im allgemeinen (wirtschaftlichen) Geschäftsverkehr eine grundsätzlich Unterscheidungen aufgrund der dort genannten Kategorien unterbleiben soll.¹⁵⁹⁴ Eine normative Wertung, dass jede Unterscheidung im Geschäftsverkehr unterbleiben sollte, kann dem nicht entnommen werden. Dass es auf den jeweiligen Kontext ankommt, zeigt auch der Vergleich zwischen den Fällen *Wellnesshotel* und *Stadionverbot*.¹⁵⁹⁵ In beiden Fällen gab es eine allgemeine Geschäftsöffnung, jedoch sollte es nach der Wertung des BGH im Fall *Wellnesshotel* nicht zu einer Einschränkung der Publikumsgestaltung kommen; bezüglich der Stadionverbote jedoch grundsätzlich schon. Dies wurde dadurch verdunkelt, dass der BGH im Wellnesshotelfall bereits die allgemeine Geschäftsöffnung mit fraglichen Argumenten verneint.¹⁵⁹⁶ Die Geschäftsöffnung ist (fast) immer mit einer

1590 Majer, JR 2015, 107 (112).

1591 Majer, JR 2015, 107 (112 f.).

1592 Angedeutet bei Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 467 f., wenn er ausführt, dass das Prinzip der privatautonomen Gestaltung des Publikums zwar durchlässig geworden sei, jedoch nicht abschließend geklärt sei, wie durchlässig.

1593 Unklar insbesondere bei Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 467 – 479.

1594 Siehe dazu auch oben § 4 IV 2 d.

1595 Vgl. dazu oben § 2 I 2.

1596 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 24: „Mit dem Betrieb eines Wellnesshotels soll erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden.“ Zurecht kritisch Mörsdorf, JZ 2012, 688 (690).

Publikumsgestaltung verbunden; und sei es die Forderung, dass nur zahlungswillige Kund*innen einen Vertrag erhalten. Es kommt vielmehr auf den jeweiligen sozialen Kontext an, ob das Recht eine Einschränkung dieser Gestaltung vornimmt bzw. vornehmen sollte. Eine allgemeine Geschäftsöffnung kann lediglich dazu führen, dass in Fällen, in denen der Zugang zu einer Räumlichkeit ohne Vertrag offensteht (z.B. Supermärkte), ausschließlich die Hausrechtsbefugnis eingeschränkt wird, eine individualisierte Person dieser Räumlichkeit zu verweisen.¹⁵⁹⁷ Für die vertragsbezogene Frage eines Kontrahierungszwanges kommt einer allgemeine Geschäftsöffnung keine eigenständige Bedeutung zu.

Durch diese Rekonstruktion der Rechtsprechung wird verständlich, warum in den vorgenannten Entscheidungen die Grundrechte herangezogen werden, um Maßstäbe für die Wertentscheidung zu treffen.¹⁵⁹⁸ So formuliert der BGH ausdrücklich, dass „das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen“ steht.¹⁵⁹⁹ Damit wurde die Wertungsfrage aber lediglich auf grundrechtliche Topoi ausgelagert und nicht beantwortet: Denn anders als die Privatrechtswirkung von Freiheitsrechten, ist gerade die Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht ungeklärt.¹⁶⁰⁰

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Folgerechtsprechung zum Hausrecht im Anschluss an den Stadionverbotsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts den Topos der sozialen Mächtigkeit in Form der gesellschaftlichen Bedeutung einer Leistung übernommen und auf eine Therme übertragen.¹⁶⁰¹ Die Öffnung für einen allgemeinen Publikumsverkehr genügt nun ausdrücklich¹⁶⁰² nicht mehr für die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern die begehrte Leistung muss in erheblichem Umfang

1597 Vgl. auch dazu näher unten § 9 V 5 b.

1598 Ansatzweise *Majer*, JR 2015, 107 (113), der beobachtet, dass es gerade nicht (nur) der Wille des Inhabers ist, sondern die Grundrechte des Betroffenen entscheidend herangezogen werden. Siehe auch unten unter § 8 III 2 zur Rolle der Grundrechte bei der Konkretisierung eines Kontrahierungszwanges.

1599 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 13; BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22. Dogmatische Rekonstruktion bei *Gurlit*, NZG 2012, 698 (699); gegen Art. 3 GG als Beschränkung der Privatautonomie *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (690).

1600 Dazu ausführlich unten § 9.

1601 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18; siehe zu dieser Entscheidung ausführlich unten § 10 III.

1602 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 20.

über die gesellschaftliche Teilhabe entscheiden.¹⁶⁰³ Im Kontext des allgemeinen Kontrahierungszwanges – insbesondere gedeutet als gleichheitsrechtliches Institut – ist die Entscheidung weiterhin deshalb instruktiv, da nun zwischen „gleichheitsrechtlichen Anforderungen“ resultierend aus der gesellschaftlichen Teilhabe und resultierend aus einer Monopolstellung differenziert wird.¹⁶⁰⁴ Damit haben sich die Wertungsfragen von genuin privatrechtlichen Überlegungen in Bezug auf das Hausrecht bzw. den Kontrahierungszwang auf verfassungsrechtliche Wertungen des allgemeinen Gleichheitssatzes verschoben. Die zentrale dogmatische Frage lautet jetzt, wann eine Leistung über eine gesellschaftliche Teilhabe entscheidet. Oder mit anderen Worten: Wann wirkt der allgemeine Gleichheitssatz im Privatrecht?¹⁶⁰⁵

III. Der Kontrahierungszwang in der modernen Gesellschaft

Während der allgemeine Kontrahierungszwang, vielleicht auch durch die Konkretisierungsbedürftigkeit des Begriffes der Angewiesenheit und der Kontextualisierungsbedürftigkeit einer gleichheitsrechtlichen Deutungsweise, in der Rechtsprechung der letzten Jahre weniger eine Rolle spielte, sind drei Tendenzen zu beobachten: Flexibilisierung, Kontextualisierung, Ausdifferenzierung.

1. Flexibilisierungstendenz

Die Diskussion über Struktur und Funktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges ist nach den vorherigen Ausführungen durch eine Flexibilisierung der möglichen Aspekte gekennzeichnet, die einen Kontrahierungszwang begründen sollen. Die älteren Ansätze nahmen sich jeweils Kriterien auf Seiten der Anbieter (Monopol- bzw. Marktmachtstellung) oder auf Seiten der Vertragsinteressenten (unterschiedliche Iterationen des Versorgungsgedankens) heraus und zogen sie als verallgemeinerbare Kriterien heran. Die jüngeren Ansätze (Angewiesenheit bzw. Geschäftsöffnung) zeichnen sich hingegen durch eine starke begriffliche Offenheit aus. Vorteil

1603 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 19 – 24.

1604 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18, Rn. 25.

1605 Diese Frage ist Gegenstand von § 9.

– insbesondere für die Rechtspraxis – dieser Diskursverschiebung ist, dass auf die vielfältigen Erscheinungsformen sozialer Konflikte reagiert werden kann, in denen ein Kontrahierungszwang zur Lösung bzw. Mediatisierung des Konfliktes herangezogen werden soll. Ein wesentlicher Nachteil ist hingegen, dass die Wertungsgesichtspunkte verdeckt werden, welche für oder gegen einen Kontrahierungszwang in einem spezifischen sozialen Konflikt sprechen. Dies soll anhand der freiheitsrechtlichen Konstruktion *Busches* sowie der gleichheitsrechtlichen Konstruktion *Grünbergers* verdeutlicht werden: Wie *Grünberger* selbst ausführt, handelt es sich bei der freiheitsrechtlichen und der gleichheitsrechtlichen Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges nicht um sich gegenseitig ausschließende Modelle.¹⁶⁰⁶ Vielmehr greifen sich beide Ansätze unterschiedliche Aspekte der bisherigen Dogmatik heraus und versuchen, diese auf eine höhere Abstraktionsebene zu zurren, um das Institut weiterzuentwickeln bzw. Ansätze dafür zu finden. Die freiheitsrechtliche Rekonstruktion knüpft an das Institut des Vertrages an und fragt danach, in welchen Fällen die Vertragsfreiheit der einen Partei gesichert werden muss, während der gleichheitsrechtliche Ansatz die gleichheitsrechtliche Form dieses Interessenausgleichs über die Operationen Ungleichbehandlung und Rechtfertigung betont.

Beide Ansätze weisen jedoch die gleiche Leerstelle auf. Keiner der beiden Ansätze bietet einen überzeugenden Anhaltspunkt dafür, nach welchen Parametern der Interessenausgleich vorzunehmen ist. Dies betrifft zunächst den freiheitsrechtlichen Ansatz, bei welchem schon immer darüber gestritten wurden, wann eine Privatrechtsakteur*in auf eine Leistung „angewiesen“ ist.¹⁶⁰⁷ Dies betrifft aber auch den gleichheitsrechtlichen Ansatz: Er verlagert den Interessenausgleich von der Tatbestandsebene auf die Rechtfertigungsebene.¹⁶⁰⁸ *Grünberger* kann hier jedoch keine Parameter nennen, nach denen der „sachliche Grund“ bestimmt werden kann. Ein Hinweis darauf, dass fehlende Leistungskapazitäten der praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund seien,¹⁶⁰⁹ mag vielleicht auf Konstellationen im Wirtschaftssystem zutreffen, kann aber nicht für andere soziale Systeme generalisiert

1606 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 484 spricht von der „gleichbehandlungsrechtlichen Dimension der Problematik“.

1607 Siehe oben § 8 II 4.

1608 Dabei handelt es sich um ein allgemeines Muster, das sich bei der Frage nach der Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Grundgesetzes im Privatrecht wiederfindet; siehe dazu vertiefend unten § 9 V 3.

1609 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 486; *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 137.

werden. Mit ähnlichen Überlegungen ist auch der Anknüpfungspunkt der freiheitsrechtlichen Ansätze über den Tatbestand der „Angewiesenheit“ zur Freiheitsausübung inhaltsleer. Hier kann auf die Ergebnisse des rechtstheoretischen Teils zur Selbstbestimmung zurückgegriffen werden.¹⁶¹⁰ Der bloße Hinweis auf Selbstbestimmung hilft nicht für dogmatische Konkretisierungen; Selbstbestimmung kann alles oder nichts bedeuten, solange der Topos ohne Kontext verwendet wird. Allerdings wurde bereits oben die These vertreten, dass der Selbstbestimmungsgedanke dann fruchtbar gemacht werden kann, wenn er auf soziale Kontexte re-spezifiziert wird, also danach gefragt wird, welche Strukturen in verschiedenen sozialen Kontexten die Selbstbestimmung prägen. Anschließend wurde in dieser Untersuchung die Inklusionsfunktion von Verträgen identifiziert und in den Fokus gerückt. Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung wurde die These aufgestellt, dass Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft insbesondere von Inklusions- und Exklusionsentscheidungen abhängt, die Inklusionsfunktion also auch als speziellerer Fall der Selbstbestimmungsfunktion angesehen werden kann. Dieser differenzierungstheoretische Ansatz führt dazu, dass der Kontrahierungszwang als Zugangsregel beschrieben werden kann; dies ermöglicht – zumindest partiell¹⁶¹¹ für solche Konflikte, die primär mit Inklusion beschrieben werden können – die Konkretisierung des freiheitsrechtlichen sowie gleichheitsrechtlichen Ansatzes.

2. Kontextualisierungstendenz

Ein Ansatz, der den Kontrahierungszwang als Zugangsregel beschreibt, findet sich bei *Grünberger*: Anknüpfend an seine gleichheitsrechtliche Rekonstruktion wirke sich der Gleichbehandlungsgrundsatz u.a. derart auf den allgemeinen Kontrahierungszwang aus, dass eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung eines Vertragsinteressenten ein mögliches Versagen des Wettbewerbs indiziere.¹⁶¹² Der allgemeine Kontrahierungszwang reagiere auf ein freiheitsrechtliches Problem „der Teilhabe einzelner Akteu-

1610 Siehe oben § 3 II 2 d.

1611 Ob die hier vertretene These des allgemeinen Kontrahierungszwangs als Zugangsregel auf alle (!) Fälle des Kontrahierungszwangs (also auch die besonderen Kontrahierungszwänge) übertragen werden kann, soll damit ausdrücklich offenbleiben; einen solchen Nachweis kann diese Untersuchung nicht erbringen.

1612 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485.

re am Markt.¹⁶¹³ Dieses Institut reagiert damit auf Fälle, in denen der Wettbewerb als „natürliche“ Zugangsregel für das Wirtschaftssystem nicht funktioniert und deshalb über die Teilhabe bzw. Inklusion gestritten wird.

Grünberger bleibt hier bei seiner Betrachtung beim Wirtschaftssystem stehen; er perpetuiert die marktfunktionale Deutung des allgemeinen Kontrahierungszwanges. Seine Überlegungen sind jedoch generalisierbar, und damit auf andere Systemzusammenhänge übertragbar. Wenn man der hier vertretenen These einer Inklusionsfunktion des Vertrages folgt, dann ermöglicht der Abschluss von Verträgen Inklusion nicht nur in das Wirtschaftssystem, sondern in verschiedene soziale Systeme. Innerhalb dieser sozialen Systeme bestehen unterschiedliche eigennormative Zugangsregeln – oder anders: Inklusions- und Exklusionsregeln – nach denen Verträge geschlossen oder andere Formen von Inklusion durchgeführt werden. Für das Wirtschaftssystem ist dies primär die Institution des Wettbewerbs. Für das System des (Fußball-)Sports konnte oben gezeigt werden, dass es nicht nur der Wettbewerb und die Zahlungsbereitschaft der Sportfans sind, die über die Inklusion in das System entscheiden, sondern u.a. über die SVRL und die Stadionverbote Exklusionsregeln aufgestellt werden. Ein Kontrahierungszwang in diesem Bereich überlagert damit die ursprünglich aufgestellte Zugangsregel und unterstellt sie einem Rechtfertigungszwang: Findet die Akteur*in, die einen Vertrag ablehnen möchte bzw. kündigen möchte, in den SVRL und den dort enthaltenen – insbesondere gefahrbezogenen – Wertungen einen Grund für die Ablehnung? Das Recht muss dann beurteilen, ob dieser Grund „sachlich angemessen“ ist und kontrolliert damit die Exklusionsregel, die durch diesen Grund etabliert wird.

Der Kontrahierungszwang wird somit immer dann als Lösungsinstrument in Betracht gezogen, wenn sich ein Teilhabeproblem mit Bezug zum Vertrag stellt. Ob ein solches wirklich vorliegt – bzw. präziser: ob das Recht einen sozialen Konflikt als Teilhabekonflikt rekonstruiert und darauf reagieren soll – ist, wie *Grünberger* es richtig formuliert, eine Wertungsfrage.¹⁶¹⁴ Das Recht akzeptiert folglich zunächst eine eigenrational gesetzte Zugangsregel und versucht „nur“ bei Dysfunktionen einzugreifen: Der wettbewerbsrechtliche Kontrahierungszwang adressiert die Fälle, in denen die Zugangsregel „Wettbewerb“ nicht mehr funktioniert. Der allgemeine Kontra-

1613 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485; siehe auch *M. Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (611 f.).

1614 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 485 für die Wertungsfrage, wann der Wettbewerb nicht funktioniert, sodass sich dann ein Teilhabeproblem stellt.

hierungszwang kann generalisiert eigennormative Zugangsregeln dadurch kontrollieren, indem sie durch eine rechtliche Zugangsregel in Form des Kontrahierungszwanges überlagert werden. Für das (Fußball-)Sportsystem konnte die soziale Deutungsweise von Stadionverboten deren Dysfunktionen in Bezug auf soziale Inklusion aufzeigen.

Rechtstheoretischer bzw. -soziologischer Anknüpfungspunkt für dieses Vorgehen ist die Einsicht, dass die Frage, in welchem Umfang eine Privatrechtsordnung Kontrahierungszwänge vorsieht, von verschiedenen sozialen Faktoren und Kontexten abhängt. *Kilian* spezifiziert die oben entwickelten Thesen zur Kontextabhängigkeit der Institution Vertrag für den Kontrahierungszwang und nennt den Wandel von Staatsverständnissen, staatliche Steuerung der Wirtschaft, die Nachkriegszeit, das Entstehen von marktmächtigen Unternehmen und organisierten Interessengruppen als wesentliche Faktoren für die Herausbildung von Kontrahierungszwängen.¹⁶¹⁵ Folgt man der hier vertretenen differenzierungstheoretischen Perspektive auf die Institution Vertrag und der daraus abgeleiteten Inklusionsfunktion,¹⁶¹⁶ liegt es nahe, auch den allgemeinen Kontrahierungszwang in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft als Zugangsregel kontextspezifisch nach Systemzusammenhängen zu rekonstruieren.

Ein solcher Versuch, das Institut des allgemeinen Kontrahierungszwangs stärker nach sozialen Kontexten bzw. nach Vertragstypen zu konkretisieren, findet sich ansatzweise in jüngeren Kommentierungen: Dort werden regelmäßig als kontextbezogene Anwendungsfelder die Entscheidungen zum allgemeinen Kontrahierungszwang nach Presse, Sport, Vereinen/ Verbänden, Kunst o.ä. geordnet.¹⁶¹⁷ Ähnlich spricht auch *Wagner* davon, dass die Funktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs heute primär darin bestehe, öffentliche Informationsinteressen durchzusetzen und die Kommunikationsfreiheiten zu gewährleisten.¹⁶¹⁸ Mit der Strukturierung nach sozialen Kontexten ist damit bereits jetzt die Heranziehung von Grundrechten als Entscheidungsmaßstäbe verbunden.¹⁶¹⁹ Der Diskurs hat sich damit teilwei-

1615 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (51 f.).

1616 Siehe dazu oben § 4 III 1, 2 b.

1617 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 434 – 436; ansatzweise auch bei *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, Einf. v. § 145 Rn. 10 f.

1618 *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 218; ähnliche Beobachtung von *Spindler*, in: BeckOGK, BGB, § 826 Rn. 110; dafür steht paradigmatisch OLG Stuttgart, NJW 1972, 877 – *Landespressekonferenz*.

1619 Siehe die Fälle bei *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433 – 435, die als mittelbare Grundrechtskonflikte rekonstruiert werden; ausdrücklich *Spindler*, in:

se von eigenständig entwickelten Topoi – wie z.B. Angewiesenheit – auf grundrechtliche Wertungen verschoben.

Diese Tendenz kann von der Konstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwangs als Zugangsregel verarbeitet werden: Grundrechte haben nicht nur eine individualrechtliche Dimension, sondern können in einer kollektiven Perspektive als Institutionen beschrieben werden, die insbesondere die funktionale Differenzierung der modernen Gesellschaft absichern.¹⁶²⁰ Dabei bilden oftmals Freiheitsgrundrechte einzelne soziale Systeme der Gesellschaft verfassungsrechtlich ab. Werden grundrechtliche Wertungen für die Begründung eines Kontrahierungszwangs herangezogen, geht es um die Frage, ob Zugang – oder anders: Inklusion – durch einen Vertrag in das über das Grundrecht abgebildete soziale System gewährleistet werden soll. *Oechsler* weist zutreffend darauf hin, dass sich diese Frage mit der Frage überschneidet, ob dem konkreten Grundrecht eine Leistungs- bzw. Teilhabedimension (gegenüber Privaten) dogmatisch zukommt.¹⁶²¹ Über die Grundrechte – und über die anderen vorgestellten Topoi – verspricht sich der rechtswissenschaftliche Diskurs eine Rationalisierung der Diskussion darüber, ob ein Zugangsanspruch rechtlich gewährt werden soll oder nicht. Die Perspektive der Zugangsregel knüpft daran an und ermöglicht konkretere¹⁶²² Topoi auf einer mittleren Abstraktionsebene kontextspezifisch für diese Wertungsfrage heranzuziehen.

Schlaglichtartig bedeutet dies für einen der traditionellen Fälle des Kontrahierungszwangs: Der Theaterkritiker¹⁶²³ erhält deshalb Zugang zur Vorstellung bzw. zum Theater, weil er in seiner sekundären Leistungsrolle als

BeckOGK, BGB, § 826 Rn. 110: „§ 826 konkretisiert hier die verfassungsrechtlichen Wertungen, die zu einem Kontrahierungszwang führen.“ Deutlich wird dies auch beim verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch, siehe dazu unten § 8 III 3.

1620 Grundlegend *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965; näher dazu unten § 9 I 4.

1621 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 433; auch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 (59 f.) stellt eine Verknüpfung zwischen Kontrahierungszwang und grundrechtlichen Teilhaberechten im Privatrecht her. Dieser Gedanke wird für den allgemeinen Gleichheitssatz unten unter § 9 IV 3 b (2.) aufgegriffen.

1622 Die im zweiten Teil dieser Untersuchung herausgearbeiteten Konfliktmerkmale können generalisiert und dann für andere Fälle re-spezifiziert werden. Sie befinden sich auf einer mittleren Abstraktionsebene. Damit sind diese Topoi auf der einen Seite konkreter als das Kriterium der „Angewiesenheit“ oder des sachlichen Grundes. Sie sind aber auf der anderen Seite allgemeiner und offener als die Kriterien Marktmacht, Öffnung des Geschäftsverkehrs oder Versorgungsleistung.

1623 RGZ 133, 388 (392) entschied noch zugunsten des Theaters; die Literatur weist zutreffend darauf hin, dass aufgrund grundrechtlicher Wertungen der Fall heu-

Kritiker eine wesentliche Struktur im Kunstsystem einnimmt. Diese Struktur wird dadurch stabilisiert, dass er in seiner Rolle nicht exkludiert wird: Fallen Kritiker*innen weg, erleidet das Kunstsystem strukturelle Schäden; ohne Kunstkritik verliert die Kunst einen ihrer wesentlichen Innovationsmotoren.¹⁶²⁴ Dabei sind es nicht nur die Berufs-, Meinungs- und ggf. Kunstfreiheit in ihrer individuellen Dimension zugunsten des Theaterkritikers, sondern auch deren kollektive Dimension: Erst sie eröffnen die strukturelle Dimension der Frage nach Zugang in und für das Kunstsystem.

Dass eine solche strukturbezogene Perspektive dem Privatrechtsinstitut des Kontrahierungszwangs nicht unbekannt ist, zeigt ein Vergleich zum wettbewerbsrechtlichen Kontrahierungszwang: Dieser besondere Kontrahierungszwang ist auf eine gesellschaftliche Mesostruktur, nämlich den Wettbewerb, bezogen. Es geht hier nicht primär darum, eine individuelle Marktakteur*in zu schützen, sondern die Marktstruktur zu beeinflussen, beispielsweise indem Märkte offengehalten werden.¹⁶²⁵ Dadurch wird deutlich, warum sich eine individualfreiheitsrechtliche Deutung des allgemeinen Kontrahierungszwanges wie die *Busches* durchsetzen konnte: Wenn bereits die wichtigsten Zugangsprobleme im Wirtschaftssystem durch einen spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang adressiert werden können, bleiben für das allgemeine Institut bezüglich wirtschaftlicher Systemkontexte nur noch individuelle Freiheitsfragen. Versteht man aber den allgemeinen Kontrahierungszwang wie hier nicht nur marktfunktional, sondern re-spezifiziert man ihn auch auf andere Systemkontexte, für die keine Spezialvorschrift vorhanden ist, um strukturelle Zugangsfragen aufzufangen, können diese auch innerhalb des allgemeinen Kontrahierungszwangs verhandelt werden.

3. Ausdifferenzierungstendenz: Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch

Die wichtigste Ausdifferenzierung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist der (allgemeine) vereins- bzw. verbandsrechtliche Aufnahmean-

te anders entschieden werden müsste: *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 826 Rn. 218; *Gounalakis*, AfP 1992, 343 (345); anders nur *Eidenmüller*, NJW 1991, 1439 (1441).

1624 Zur Stellung der Kritik im Kunstsystem siehe die Beiträge in Lehmann (Hrsg.), *Autonome Kunstkritik*, 2012; *Lüddemann*, *Kunstkritik als Kommunikation*, 2003; als Selbstbeschreibung *Boenisch*, *Krise der Kritik?*, 2008.

1625 *K. Schmidt*, AcP 206 (2006), 169 (190 f.).

spruch.¹⁶²⁶ Dieser allgemeine zivilrechtliche Aufnahmeanspruch¹⁶²⁷ besteht neben spezialgesetzlichen Aufnahmeansprüchen, wobei insbesondere § 20 Abs. 5 GWB und § 18 Abs. 2 AGG zu nennen sind.¹⁶²⁸ Alle diese Aufnahmeansprüche sind darauf gerichtet, eine Mitgliedschaft in einer Vereinigung zu erhalten. Der dogmatische Anknüpfungspunkt für den allgemeinen verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch ist jedoch umstritten.¹⁶²⁹ Ein Teil der Literatur erblickt im Aufnahmезwang nur einen ordnenden Topos und verortet den konkreten Anspruch je nach Fallkonstellation im vertragsrechtlichen Kontrahierungszwang, in § 826 BGB, in 20 Abs. 5 GWB oder im AGG.¹⁶³⁰ Der allgemeine Aufnahmезwang wurde dagegen – strukturparallel zum allgemeinen Kontrahierungszwang – vom BGH in Anlehnung an § 826 BGB und den heutigen § 20 Abs. 5 GWB entwickelt.¹⁶³¹ Teilweise sieht der BGH den Kontrahierungszwang für Vereinigungen mit einer überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich als Ausprägung der Privatrechtswirkung von Art. 9 Abs. 1 GG.¹⁶³² Inhaltlicher Ausgangspunkt ist sein Ursprung im allgemeinen Kontrahierungszwang mit besonderem Akzent auf einer gleichheitsrechtlichen Deutung: Es darf nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Ungleichbehandlung eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers im Verhältnis zu den aufgenommenen Mitgliedern führen.¹⁶³³ Wie auch die spätere Strukturbeschreibung zeigen wird, hat sich die tatsächliche dogmatische Prüfung des Aufnahmeanspruchs von allen hier genannten Rechtsgrundlagen stark entfernt.

1626 Als Sonderfall des Kontrahierungszwangs bezeichnet ihn auch *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 100; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181 (184); Parallelen bezüglich der Entwicklung und Voraussetzungen identifiziert auch *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 266.

1627 So *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (518).

1628 Eine Übersicht der relevanten Aufnahmeansprüche, jedoch begrenzt auf Wirtschaftsverbände gibt *Alexander*, ZStV 2014, 121; ähnlich auch *Schöpfli*, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 32 Rn. 12 – 22a.

1629 Siehe zur Diskussion der Anspruchsgrundlage auch *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (518 – 523).

1630 So *Könen*, in: BeckOGK, BGB, § 38 Rn. 65, der in Rn. 66 nach dem sozialen Bereich differenziert, in welchem die geltend gemachte Abhängigkeit ihre Grundlage hat: wirtschaftliche Dimension = § 20 Abs. 5 GWB; soziale oder kulturelle Berührungspunkte = Art. 9 Abs. 1 GG.

1631 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266 unter Verweis auf BGHZ 63, 282 (285); 93, 151 (154).

1632 BGHZ 140, 74; so auch *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 96 – 98; *Winkler*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 9 Rn. 70 f.

1633 *Oechsler*, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266.

So wie sich auch der allgemeine Kontrahierungszwang als eigenständiges Rechtsinstitut von § 826 BGB als Rechtsgrundlage entfernt hat, so sprechen Funktion und Dogmatik des Aufnahmeanspruchs dafür, ihn als eigenständiges Rechtsinstitut anzusehen. „Wie der Kontrahierungszwang erscheint deshalb auch der Aufnahmeanspruch als ein im Wege der *Rechtsfortbildung* entstandenes, gegenüber § 826 BGB *verselbständigt*es Institut mit eigenen Sachvoraussetzungen.“¹⁶³⁴

In dieser Untersuchung soll es nicht um einen „mittelbaren“ Aufnahmehzwang gehen, der dann vorliegt, wenn sich ein Verein gleichzeitig als steuerbegünstigte Körperschaft anerkennen lassen möchte. Aufgrund der Rechtsprechung des BFH¹⁶³⁵ werden Vereine, die als gemeinnützig anerkannt werden wollen, an den allgemeinen Gleichheitssatz gebunden, wodurch ein diskriminierungsfreier Zugang für alle Personen ermöglicht werden muss.¹⁶³⁶

a. Funktion

Während beim allgemeinen Kontrahierungszwang oftmals Funktion und Struktur zusammengedacht werden, können bezüglich des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs spezifische Funktionen identifiziert werden, die sich in der dogmatischen Struktur wiederfinden lassen.¹⁶³⁷ Dabei werden die Funktionen teilweise unterschiedlich beschrieben: Im Zeitgeist der Verbändediskussion¹⁶³⁸ und der – sich teilweise überlappenden – Diskussion über eine unmittelbare Grundrechtswirkung im Privatrecht¹⁶³⁹ wurde der Aufnahmeanspruch aus einer „staatsanalogen Mächtigkeit“ von Monopolvereinen begründet, die gleichzeitig eine Grundrechtsbindung nach sich ziehen würde.¹⁶⁴⁰ Anknüpfend an die Beobachtung, dass Vereine und Verbände eine immer stärkere Machtstellung innerhalb der Gesamtgesellschaft

1634 Oechsler, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 266 (Hervorhebungen im Original).

1635 BFH, Urt. v. 17.05.2017, V R 52/15.

1636 Zur Einordnung Röcken, MDR 2018, 1097.

1637 Oechsler, in: Staudinger BGB, 2018, § 826 Rn. 267, der davon spricht, dass sich die Sachvoraussetzungen aus den Schutzzwecken ableiten lassen.

1638 Siehe dazu oben § 5 IV 2 a; Birk, JZ 1972, 343 (343) stellt ausdrücklich die Verbindung zwischen allgemeiner Verbändediskussion und die Frage nach einem Aufnahmeanspruch her.

1639 Siehe dazu oben § 5 IV 1.

1640 So insbesondere Nicklisch, JZ 1976, 105; dagegen Bartodziej, ZGR 1991, 517 (520 f.).

einnehmen und unterschiedliche Funktionen, die über die bloße kollektive Geselligkeit hinausgehen, erfüllen, wird ein Aufnahmeanspruch als „Kompensationsmittel zur Stärkung der Außenseiter“ bzw. als „Mittel gegen die Vermachtung von Vereinen“ gedeutet.¹⁶⁴¹

Speziell unter dem hier eingenommenen Blickwinkel der Zugangsregel, kann die Funktion des Aufnahmeanspruchs auch dahingehend beschrieben werden, die „Integration von Mitgliederhandlungen in das organisatorische Rollengefüge“ rechtlich zu regeln.¹⁶⁴² Aufgrund der spezifischen Intermediärsstellung von Vereinen und Verbänden auf der gesellschaftlichen Mesebene, können Aufnahmeansprüche als Generalisierung gesamtgesellschaftlicher Verantwortung durch öffentliche Kontrolle der Zugangsbedingungen betrachtet werden.¹⁶⁴³ Differenzierungstheoretisch ausgedrückt, soll der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch damit Inklusion in bestimmte Organisationssysteme sicherstellen.

b. Struktur

Grundsätzlich gilt auch im Vereins- und Verbandsrecht der Grundsatz der Privatautonomie, welcher sich insbesondere in der Satzungsautonomie zeigt.¹⁶⁴⁴ Weiterhin besteht grundsätzliche Aufnahmefreiheit der Vereine und Verbände, welche Mitglieder aufgenommen werden, auch wenn sie die Aufnahmevoraussetzungen der Satzung erfüllen.¹⁶⁴⁵ Es besteht keine allgemeine Aufnahmepflicht. Eine (faktische) Monopolstellung im Wirtschaftsleben oder im sozialen Bereich kann jedoch den Verein dazu verpflichten, einen Mitgliedschaftsantrag nur aus triftigen Gründen abzulehnen.¹⁶⁴⁶ Diese Sachvoraussetzungen als Grundstruktur des Aufnahmewzangs bestehen dabei aus zwei Teilen: (1.) Wirtschaftliche oder soziale Machtstellung

1641 *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (523 f.), der die „Vermachtung“ jedoch monokausal als Folge fehlenden Wettbewerbs deutet.

1642 Dies ist für *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 261 das relevante Bezugsproblem.

1643 *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 266.

1644 *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 25 Rn. 32.

1645 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 61 f.; *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 99; BGH, Urt. v. 01.10.1984, II ZR 292/83; BGH, Urt. v. 29.06.1987, II ZR 295/86; BGHZ 101, 193.

1646 *Könen*, in: BeckOGK, § 38 BGB Rn. 63, der dort auch zum verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgrenzt.

und (2.) eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung eines potentiellen Mitglieds.

Die jüngere Rechtsprechung spricht davon, dass ein Verein oder Verband eine Monopolstellung oder ganz allgemein eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich innehaben muss.¹⁶⁴⁷ Die Formulierung „überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich“ erinnert an die neue Maßstabsbildung des Bundesverfassungsgerichts im Stadionverbotsbeschluss, wonach ein Kriterium für eine intensivere Grundrechtswirkung im Privatrecht darin besteht, dass ein Privatrechtsakteur über „soziale Mächtigkeit“ verfügt.¹⁶⁴⁸ Im verbandsrechtlichen Aufnahmезwang kann daher eine Inspiration für den Stadionverbotsbeschluss gesehen werden. Die Frage nach einer wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung im Aufnahmезwang kann daher auch Aufschlüsse über die soziale Mächtigkeit auf verfassungsrechtlicher Ebene geben.

Im Topos der sozialen und wirtschaftlichen Machtstellung¹⁶⁴⁹ findet sich die freiheitsrechtliche Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwangs wieder: Die überragende Machtstellung wird so konkretisiert,¹⁶⁵⁰ dass es auf ein wesentliches Interesse an der Mitgliedschaft ankomme. Das Mitgliedschaftsinteresse sei dann wesentlich, wenn der Einzelne auf Leistungen des Vereins angewiesen¹⁶⁵¹ ist, wobei auch berücksichtigt wird, inwieweit Nichtmitglieder Zugang zu entsprechenden Leistungen haben.¹⁶⁵² Die Mitgliedschaft in einem Verband müsse insbesondere für die berufliche oder wirtschaftliche Existenz von Bedeutung sein, sodass Aspiranten auf die Mitgliedschaft angewiesen sind; es handele sich dabei um „existenzwichtige ‚Monopol‘-Vereine“.¹⁶⁵³ Dies deckt sich weitgehend mit der Umschreibung, dass es für die überragende Machtstellung maßgeblich darauf ankomme, dass der Verband für seinen Tätigkeitsbereich einen Ausschließlichkeitsanspruch oder den Anspruch einer dominierenden Repräsentation erhebt

1647 OLG München, Urt. v. 24.01.2019, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 18; BGH NJW-RR 1986, 583 – *Aikido*.

1648 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 33.

1649 Zur Kasuistik siehe die Übersicht bei *Schwennicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 103 f., 107 f. und III f.

1650 Kritisch zum Begriff *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 269.

1651 *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (537 f.) sieht den Angewiesenheits- bzw. Abhängigkeitstopos als Kehrseite der überragenden Machtstellung.

1652 BGH NJW, 1985, 1216; so auch *Leuschner*, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 42 f. mit einer Einordnung in den Kontext anderer Aufnahmeansprüche.

1653 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 65.

und verwirklicht.¹⁶⁵⁴ In Entsprechung zu einer wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung und Produktsubstituierbarkeit sei zu untersuchen, welches Alleinstellungsmerkmal dazu führt, dass der Beitrittswillige geltend macht, auf die Mitgliedschaft angewiesen zu sein.¹⁶⁵⁵ Ein Verein nimmt dann keine sozial mächtige Stellung ein, wenn der Vereinszweck lediglich auf Geselligkeit ausgerichtet ist.¹⁶⁵⁶ Aufgrund seines Ursprungs in wirtschaftlich geprägten Kontrahierungszwängen, neigt die Rechtsprechung teilweise dazu, die Prüfung der Angewiesenheit auf wirtschaftliche Aspekte, insbesondere berufliches oder allgemein wirtschaftliches Vorankommen, zu verengen. Letztes Negativbeispiel ist die Entscheidung zum Memminger Stadtbachfischen, bei der die – zwar lediglich regionale – soziale Relevanz als sozialer Höhepunkt und Sichtbarkeitschance des Fischens verkannt wurde.¹⁶⁵⁷

Damit stellen sich ähnliche Konkretisierungsprobleme, die sich bereits bei der freiheitsrechtlichen Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges offenbart haben. So wie beim allgemeinen Kontrahierungszwang kann auch hier die Inklusionsfunktion des Vertrages zur dogmatischen Konkretisierung beitragen: Auf die Mitgliedschaft in einem Verband ist man insbesondere dann angewiesen, wenn dieser Verband die Inklusion in gesellschaftliche Funktionssysteme auf der Mesoebene regelt. Die Inklusion durch Mitgliedschaft in einen Verein kann dann auch als ein Fall von gekappter Verbindung zwischen Verbandsziel und Beitrittsmotiv angesehen werden, was für *Teubner* die generalisierte Voraussetzung einer rechtlichen Zugangskontrolle ist.¹⁶⁵⁸ Die Beitrittsmotivation ist die unmittelbare Inklusion in das Organisationssystem, um mittelbar in soziale Funktionssysteme inkludiert zu werden. Das Verbandsziel ist – entsprechend differenzierungstheoretischer Überlegungen – jedoch selten unmittelbar auf Inklusion, insbesondere der Publikumsrollenträger, ausgelegt, sondern an der jeweiligen Leistung der gesellschaftlichen Funktionssysteme ausgerichtet.

1654 *Schwenicke*, in: Staudinger BGB, 2019, § 25 Rn. 110; *Bartodziej*, ZGR 1991, 517 (532).

1655 *Könen*, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 69.

1656 BGH, Urt. v. 26.06.1979, KZR 25/78 – *Anwaltsverein* = BGH, NJW 1980, 186 (186).

1657 LG Memmingen, Urt. v. 28.07.2021, 13 S 1372/20 – *Memminger Stadtbachfischer*, Rn. 46 – 48 – und das, obwohl die Kammer dort ausdrücklich eine wirtschaftliche und (!) soziale Angewiesenheit als Maßstab wählt; kritisch zutreffend *Grünberger*, SpuRt 2021, 290 (290 f.).

1658 *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 274 – 277.

Zudem wird die Ablehnung eines Aspiranten als Ungleichbehandlung rekonstruiert¹⁶⁵⁹ und mit einer Abwägung verbunden. Das Prüfungsraster formuliert in einer der letzten Entscheidungen zum Aufnahmezwang konzise das OLG München:

„Ob und inwieweit im Einzelfall ein Aufnahmezwang besteht, ist nach dem Grundsatz zu bestimmen, dass die Ablehnung der Aufnahme nicht zu einer - im Verhältnis zu bereits aufgenommenen Mitgliedern - sachlich *nicht gerechtfertigten ungleichen Behandlung* und *unbilligen Benachteiligung* eines die Aufnahme beantragenden Bewerbers führen darf. Danach spielen nicht nur die *berechtigten Interessen des Bewerbers an der Mitgliedschaft* und die *Bedeutung der damit verbundenen Rechte und Vorteile* eine Rolle, die ihm vorenthalten würden. Es kommt vielmehr auch auf eine Bewertung und Berücksichtigung der *Interessen des Vereins oder des Verbandes an, die im Einzelfall dahin gehen können, den Bewerber von der Mitgliedschaft fernzuhalten*. Nur wenn nach einer Abwägung der beiderseitigen Interessen die *Zurückweisung des Bewerbers unbillig erscheint*, besteht in der Regel ein Anspruch auf Aufnahme.“¹⁶⁶⁰

Die Prüfung der Diskriminierungsfreiheit erfolgt über eine umfassende Interessenabwägung, bei der insbesondere die berechtigten Interessen der Aspiranten, die Bedeutung und Ziele der Mitgliedschaft, die Interessen und Ziele, welche der Verein mit der Aufnahmebeschränkung bezweckt sowie die Grundrechte berücksichtigt werden.¹⁶⁶¹ Auch wenn hier die gleichheitsrechtliche Konzeption des allgemeinen Kontrahierungszwanges durchscheint, wird der Gleichheitsaspekt weitgehend durch die Interessenabwägung verdrängt.

Möglicherweise hätte der Aufnahmeanspruch im Stadionverbotsfall herangezogen werden können. Denn der Fan wurde ebenfalls aus dem Verein des FC Bayern Münchens ausgeschlossen. Doch darum ging es nicht: Der Ultra wollte vor allem wieder ins Stadion, was er durch eine Dauerkarte erreicht. Die Mitgliedschaft bei Bayern München gibt ihm jedoch nicht un-

1659 Anders wohl *Grünberger*, *SpurRt* 2021, 290 (290 f.), der zwischen dem allgemeinen Aufnahmeanspruch und § 18 Abs. 2 AGG eine dogmatische Kategoriewerschiebung dahingehend beobachtet, dass nur § 18 Abs. 2 AGG gleichbehandlungsrechtlich strukturiert sei. Nach hier vertretener Ansicht beinhaltet jedoch auch bereits der allgemeine Aufnahmeanspruch (wenn auch rudimentäre) gleichheitsrechtliche Elemente.

1660 OLG München, *Urt. v. 24.01.2019*, 29 U 1781/18 Kart – *Taekwondo*, Rn. 19 (Hervorhebungen hinzugefügt).

1661 *Oechsler*, in: *Staudinger BGB*, 2018, § 826 Rn. 270.

mittelbar ein Ticket. Hier zeigen sich die Grenzen des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs, der im Wesentlichen¹⁶⁶² auf die Verschaffung eines speziellen Vertrages – der Mitgliedschaft – gerichtet ist. Konnten damit noch vor einigen Jahren die wesentlichen Inklusionskonflikte verarbeitet werden, weil Organisationen über ihre Mitgliedschaft maßgeblich über soziale Inklusion entscheiden, treten jetzt amorphere Inklusionskonstellationen auf. Die Inklusionsfunktion des Vertrages konnte zeigen, dass je nach Kontext dem Vertrag an sich, nicht nur der Mitgliedschaft, eine inklusive Wirkung zukommt. So liegt es auch im Stadionverbotsfall: Die Vorteile, die der Fußballultra begehrt – die Inklusion in das Sportsystem – können ihm nicht primär durch eine Vereinsmitgliedschaft gewährt werden, sondern nur über einen Zuschauervertrag.

IV. Rechtsfolge

1. Vertragsschluss als „Alles-oder-Nichts“-Rechtsfolge

Der allgemeine Kontrahierungszwang kann somit (auch) als Zugangsregel im Vertragsrecht gedeutet, konstruiert und interpretiert werden. Er kann bezüglich Funktion und Struktur responsiv auf den sozialen Konflikt von Inklusion/ Exklusion im Allgemeinen bzw. auf den Konflikt der Stadionverbote im Besonderen reagieren. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, ob dieses Institut auch bezüglich seiner Rechtsfolge für diese Art von Konflikten geeignet ist bzw. ob es responsiv weiterentwickelt werden kann. Diese Frage ist hier zu klären.

„Aus dem Rechtsinstitut des allgemeinen Kontrahierungszwangs folgt für den verweigernden Anbieter die auf Gesetz beruhende Verpflichtung zum Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit dem abgewiesenen Vertragsinteressenten (*obligatio ex lege*).“¹⁶⁶³ Dies bedeutet für den Vertragsverweigerer nicht nur eine Beschränkung seiner Vertragsbegründungsfreiheit, sondern zugleich eine Beschränkung seiner Vertragsabänderungs- und -beendigungsfreiheit, da ansonsten die Wirkungen des Kontrahierungszwangs unterlaufen werden würden.¹⁶⁶⁴ Da es sich um einen privatrechtlichen Zielvertrag handelt, sind die allgemeinen Regeln des Privatrechts

1662 Vgl. zur Ausnahme der Leistungserbringung an Nicht-Mitglieder unten Fn. 1679.

1663 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 240.

1664 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 240.

anwendbar.¹⁶⁶⁵ Das bedeutet, dass der Vertragsinteressent einen Anspruch auf Vertragsschluss erhält.¹⁶⁶⁶

Zwar gibt es auch inhaltliche Anforderungen an den Vertrag, der aus einem Kontrahierungszwang resultiert.¹⁶⁶⁷ Allerdings resultiert der Kontrahierungszwang immer in einer „Alles-oder-Nichts“-Lösung: Der Vertragsinteressent erhält einen Vertrag, der weitgehend seinen Vorstellungen entspricht, oder er erhält ihn nicht, weil der Vertragspartner rechtfertigende Gründe vorbringen kann. Der Kontrahierungszwang eignet sich damit als rechtliche Lösung nur für solche sozialen Konflikte, bei denen die bloße Bereitstellung des Vertrages oder der Zustand gänzlich ohne Vertrag für beide Seiten interessengerecht erscheint. Deutlich wird dies bei der freiheitsrechtlichen Rekonstruktion des allgemeinen Kontrahierungszwanges und der Konkretisierung der „Abhängigkeit“ bzw. „Angewiesenheit“: Bei der Diskussion geht es um die „richtige“ – also interessengerechte – Bestimmung der Fälle, in denen ein Vertrag erzwungen werden kann bzw. ein Vertrag frei verweigert werden darf.

Es gibt allerdings soziale Konfliktlagen, in denen zwar Verträge eine entscheidende Rolle spielen, der Konflikt jedoch nicht über die einfache binäre Entscheidung – Vertrag oder nicht Vertrag – interessengerecht gelöst werden kann. Rechtstheoretisch ausgedrückt sind dies insbesondere Situationen, in denen die geschlossenen Verträge als *relational contracts* beschrieben werden können; also länger andauernde Vertragsbeziehungen, in denen es nicht primär um das „ob“ des Vertragsschlusses geht, sondern um Konflikte, die insbesondere aus der Längerfristigkeit einer Vertragsbeziehung erwachsen können.¹⁶⁶⁸ Weiterhin sind sie regelmäßig durch multipolare Rechtsbeziehungen gekennzeichnet, bei der die bilaterale Perspektive des Kontrahierungszwanges möglicherweise versagt.

1665 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 241.

1666 Busche, Privatautonomie, 1999, S. 242; Bydlinski, JZ 1980, 378 (484). Nach anderer Ansicht besteht ein direkter Anspruch auf die Gewährung der Leistung, siehe dazu Bydlinski, AcP 180 (1980), I (16 – 19).

1667 Zum Inhalt des Zielvertrages Busche, Privatautonomie, 1999, S. 247 – 263; siehe auch ausführlich im Kontext von Girokonten Liebetrau, Der Zusammenhang von Kontrahierungszwang und Beschränkung der vertraglichen Inhaltsfreiheit, 2019.

1668 Majer, JR 2015, 107 (112) deutet an, dass die jüngeren Hausrechtsfälle gerade durch die Verträge als Dauerschuldverhältnis problematisch sind.

2. Kontrahierungszwang in multipolaren Rechtsbeziehungen

Ein Beispiel für eine solche Situation findet sich in der bisherigen Dogmatik im arbeitsrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht. § 15 Abs. 6 AGG schließt einen Kontrahierungszwang als Rechtsfolge einer Diskriminierung im arbeitsrechtlichen Teil des AGG aus. Zwar handelt es sich hierbei um eine positiv-rechtliche und politische Entscheidung, die ohne Überlegungen, die mit solchen in dieser Untersuchung vergleichbar wären, getroffen werden konnte. Dennoch kann der rechtliche Diskurs, der über diese Norm geführt wird, herangezogen und ergänzt werden, um das Potential der hier vertretenen Perspektive zu veranschaulichen. Das Telos der Norm wird weitläufig darin gesehen, dass dadurch die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers geschützt werden solle.¹⁶⁶⁹

Dieses Beispiel ist instruktiv für die Grenzen des Kontrahierungszwanges in multipolaren Rechtsbeziehungen. Reduziert man jedoch die gegenläufigen Interessen bezüglich § 15 Abs. 6 AGG auf Arbeitgeber*in und Arbeitnehmer*in, wird dies invisibilisiert. Die Norm kann auch dahingehend rekonstruiert werden, dass durch den Ausschluss des Kontrahierungszwanges primär die Position der Person geschützt wird, welche schlussendlich eine Stelle erhalten hat.¹⁶⁷⁰ § 15 Abs. 6 AGG mediatisiert damit eine dreipolige Konfliktsituation zwischen Arbeitgeber, diskriminierter Arbeitnehmer*in und eingestellter Person. Um letzterer den Arbeitsplatz zu sichern, wird die diskriminierte Person auf Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche verwiesen, § 15 Abs. 1 und 2 AGG. Diese Re-Konstruktion kann noch weiter ergänzt werden, indem der Schutz von § 15 Abs. 6 AGG nicht auf konkrete Personen, sondern auf das System Organisation bezogen wird: Denn ein Kontrahierungszwang der diskriminierten Person setzt nicht zwingend voraus, dass die dritte Person ihre Stelle verliert. Der Kontrahierungszwang könnte den Arbeitgeber auch dazu verpflichten, eine neue Stelle zu schaffen. Dem könnte man aus individualistischer Sicht die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers entgegenhalten und nur in diesem Kontext ist dieses Argument angemessen. Aus systemtheoretischer Sicht spricht die Eigenrationalität einer Wirtschaftsorganisation dagegen. Denn ein Unternehmer benötigt nur so viele Arbeitnehmer*innen wie für den jeweiligen Organisationszweck benötigt werden. § 15 Abs. 6 AGG schützt damit auch die Systemrationalität von Organisationen, indem dem System nicht mehr

1669 *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 15 Rn. 42; *Horcher*, RdA 2014, 93 (94).

1670 *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 50 f.

Personen zugewiesen werden als für die Erfüllung ihrer Zwecke benötigt. Es zeigt sich, dass ein Kontrahierungszwang hier nicht deshalb abgelehnt wird, weil es die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers beeinträchtigen würde, sondern weil damit die Entscheidungsprozesse innerhalb des Systems (Arbeits-)Organisation und damit auch reflexiv die stattdessen angestellte Person geschützt werden soll. Auf der anderen Seite wird erkannt, dass die Lösung „kein Vertrag“ kein interessengerechtes Ergebnis für die diskriminierte Person ist, sodass ihr Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche zustehen. Beim Arbeitsvertrag handelt es sich zudem um ein Paradebeispiel eines *relational contract*.

Eine ähnliche Interessenlage lässt sich auch für den Konflikt um die Stadionverbote beobachten. Die Lösung „kein Vertrag“ ist nicht interessengerecht für die Ultras. Wie oben gezeigt werden konnte, bürden Stadionverbote die Gefahr sozialer Exklusion. Auf der anderen Seite ist aber auch die Lösung „Vertrag durch Kontrahierungszwang“ keine interessengerechte Lösung, insbesondere aus der Sicht des DFB und der Vereine: Sowohl die wirtschaftliche Rationalität als auch rechtliche Vorgaben verlangen von ihnen die Gefahrenabwehr (wobei sie zwar auch eigene wirtschaftliche Ziele verfolgen, die Maßnahmen aber auch dem Schutz Dritter dienen). Selbst wenn man den Rechtfertigungsgrund auf „Gefährder“ beschränkt, bestand vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das soziale Problem darin, dass zu viele ungefährliche Personen ausgeschlossen wurden. Die „Alles-oder-Nichts“-Lösung des Kontrahierungszwangs versagt damit. Das hat damit zu tun, dass es in dem sozialen Konflikt nicht nur um das mit dem Zuschauervertrag verbundene Interesse auf Zugang und Inklusion geht, sondern um die Art und Weise – um den Prozess – der Vertragsverweigerung bzw. Aussprache von Stadionverboten. Die Theorie der *relational contracts* bestätigt das: Es geht hier nicht um den „Wert“ der punktuellen Transaktion, sondern um den größeren Kontext, in dem der Vertrag eingebettet ist. Für solche Fälle versagt der Kontrahierungszwang als interessengerechte Problemlösung. Ein angemessener Interessenausgleich in einem solchen Fall ließe sich nur erreichen, wenn sichergestellt wird, dass ein Zuschauer, dem ein Vertrag verweigert bzw. gekündigt wird, wirklich gefährlich ist.

3. Prozeduralisierung beim verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch

Eine dogmatische Antwort auf ähnlich gelagerte Fälle hat sich innerhalb des verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruchs über prozedurale Elemente auf Rechtsfolgenseite herausgebildet. Falls ein Aufnahmeantrag nicht aus sachlichen Gründen abgelehnt werden kann, verdichtet sich das Gebot der sachlichen Rechtfertigung hin zu einem Aufnahmezwang.¹⁶⁷¹ Da die Aufnahme als Mitglied in einen Verein regelmäßig durch ein Vertragsverhältnis erfolgt,¹⁶⁷² ist der Aufnahmeanspruch als spezielle Form des Kontrahierungszwangs zu qualifizieren. Darüber hinaus führt die soziale oder wirtschaftliche Machtstellung zu einer Inhaltskontrolle der Satzungsbestimmungen, die die Mitgliedschaft regeln, sowie der Ausschließung von Mitgliedern (Entziehung der Mitgliedschaft)¹⁶⁷³ als eine Form der Bedingung der Mitgliedschaft.

Ergänzt werden der Kontrahierungszwang und die Inhaltskontrolle durch prozedurale Elemente. So muss die Ablehnung mit Gründen versehen werden, damit mit Blick auf die Abhängigkeitssituation des Beitrittswilligen die Ablehnung nachvollziehbar und überprüfbar ist.¹⁶⁷⁴ Beim Ausschluss hat das jeweilige Mitglied einen Anspruch auf rechtliches Gehör, der sich aus der Treuepflicht des Vereins gegenüber dem Mitglied ergibt und zudem daraus, dass es sich dabei um einen allgemeingültigen Verfahrensgrundsatz handele.¹⁶⁷⁵ Hier zeigen sich auch Überschneidungen mit dem Stadionverbotsbeschluss, in dem ausdrücklich für die dogmatische Absicherung der Verfahrens- und Begründungspflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht auf die Dogmatik zum Aufnahmezwang bzw. zum Ausschluss von Mitgliedern Bezug genommen wird.¹⁶⁷⁶

Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch kann auch in einem engen Kontext zu der wettbewerbsrechtlichen Überprüfung von Verbandsmaß-

1671 Könen, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 65.

1672 Leuschner, in: MüKo-BGB, § 38 Rn. 41; Schöpflin, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 32 Rn. 26 f.

1673 Könen, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 73, 189: Kehrseite des Aufnahmezwangs ist die Beschränkung des Ausschlussrechts.

1674 Könen, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 72, 202; für den Ausschluss Schöpflin, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 38 Rn. 38.

1675 Schöpflin, in: HbdG, Bd. 5, 2021, § 38 Rn. 37; BGHZ 29, 352 (354 f.). Siehe auch BGHZ 27, 297 (298), wonach ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zur Unwirksamkeit des Ausschlusses führte.

1676 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot, Rn. 47; siehe dazu auch unten § 9 VI 3 d.

nahmen, insbesondere von Sportverbänden, gesehen werden: Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch beschränkt und kontrolliert das Verhalten der (Sport-)Verbände in Bezug auf Mitgliedschaften. Auf die Mitgliedschaften und darauf gerichtete Satzungen ist der Aufnahmeanspruch aber auch begrenzt. Die wettbewerbsrechtlichen Fälle zeigen jedoch, dass Verbände auch jenseits der Mitgliedschaft ihre soziale bzw. sozial mächtige Stellung, insbesondere in wirtschaftlichen Kontexten, ausüben können.¹⁶⁷⁷ Die Art der Machtausübung wird so gesehen amorph: Sie wird nicht mehr in rechtlich fest umrissenen Formen (Mitgliedschaft) ausgeübt, sondern auf vielfältige andere Weise.

Diese Beobachtung ist auch für den Stadionverbotsfall relevant. Der verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch adressiert doch gerade den „Zugang“ zu Verbänden. Indem er sich jedoch nur auf mitgliederschaftliche Formen des Zugangs beschränkt, kann – um beim Beispiel der Sportverbände zu bleiben – damit nur die Inklusion der Leistungsrollenträger (Sportler*innen und Vereine) sichergestellt werden bzw. die Inklusions- und Exklusionsregeln des Verbandes überprüft werden. Findet aber Inklusion in das Sportsystem oder in andere soziale Systeme in amorpheren Formen statt oder geht es um die Inklusion der Publikumsrollenträger (Fans) ist der Sachbereich des Aufnahmeanspruchs von vornherein nicht eröffnet. Wertungstechnisch scheint es hier jedoch um vergleichbare Phänomene zu gehen. Eine Weiterentwicklung des Aufnahmeanspruchs erscheint jedoch wenig gewinnversprechend. Seine Funktion und Struktur sind auf die Mitgliedschaft zugeschnitten. Ein Weiterdenken des formalen Konzeptes der rechtlichen Verbandsmitgliedschaft hin zu einem soziologisch inspirierten Mitgliedschaftsverständnis scheint unwahrscheinlich. Das schließt es aber nicht aus, andere dogmatische Instrumente in Erwägung zu ziehen, die diesen Inklusionskonflikt moderieren können. Dabei kann man sich ggf. von den Strukturen des Aufnahmeanspruchs, insbesondere den prozeduralen Elementen, inspirieren lassen.

Die dogmatische Entwicklung des allgemeinen zivilrechtlichen Aufnahmeanspruchs gegenüber Vereinen und Verbänden zeigt bereits, dass dieses Rechtsinstitut auf amorphe Phänomene in der Umwelt des Rechts reagiert hat, was sich primär am Übergang vom Tatbestand der „Monopol-

1677 Die Verbindungslinien offenbaren sich in den jeweiligen Begründungssträngen: Sowohl bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Wertung als auch bezüglich des Aufnahmeanspruchs wird das Ein-Platz-Prinzip von der Rechtsprechung als pauschale (!) Rechtfertigung immer seltener akzeptiert.

verbände“ hin zum amorpheren Begriff der wirtschaftlichen oder sozialen Machtstellung zeigt. Re-konstruiert man den Aufnahmeanspruch als Zugangsregel, die rechtlich die Inklusion von Personen in unterschiedliche Funktionssysteme der Gesellschaft regelt, sind jedoch zwei weitere Veränderungen hin zu amorpheren Erscheinungsformen denkbar. Zum einen können die Inklusions- und Exklusionsregeln nicht nur von Vereinen oder Verbänden gesetzt werden, sondern auch von anderen kollektiven – oder in seltenen Fällen auch individuellen – Leistungsrollenträgern, z.B. allgemein Unternehmen. Mit diesem Phänomen hat sich bereits die juristische Literatur in Bezug auf den Zugang zum Wirtschaftssystem beschäftigt: Die Setzung von Standards kann auch als Setzung von Inklusions- und Exklusionsregeln beschrieben werden.¹⁶⁷⁸ Zum anderen – und dies hängt eng damit zusammen, dass nicht nur Vereine Adressaten eines dem Aufnahmezwangs vergleichbaren Anspruchs sein können – kann auch die Inklusion amorphere Formen annehmen. Die Mitgliedschaft ist eine spezielle Form eines Vertrages. Inklusion in Funktionssysteme kann jedoch auch über andere juristische Vertragstypen erfolgen.

Der Abschlusszwang wurde zwar von der Rechtsprechung vom Bezugspunkt der Mitgliedschaft auch auf weitere Bereiche ausgedehnt: Z.B. auf Vereinsleistungen und Vereinseinrichtungen, wenn diese unabhängig von einer Stellung als Mitglied typischerweise auch an Nichtmitglieder erbracht werden.¹⁶⁷⁹ Damit verbleibt der Bezugspunkt dieses Instituts dennoch mittelbar der Verein bzw. Verband und maßgeblicher Referenzpunkt die Mitgliedschaft. Denn in Bezug auf die Inklusion vermittelt über einen Verein oder einen Verband ist ein Aufnahmeanspruch rechtlich betrachtet nur die *ultima ratio*, die nur dann verhältnismäßig ist, wenn keine mildereren Mittel zur Verwirklichung der (Inklusions-)Interessen der Aspiranten in Betracht kommen. Die Ausdehnung des jeweiligen Leistungsangebotes auch auf Nichtmitglieder ist dabei eine der wichtigsten Möglichkeiten.

Dass an diese Öffnungstendenzen angeknüpft werden wird, um damit auch Fälle wie den Stadionverbotsfall zu adressieren halte ich für unwahrscheinlich. Es geht hier immer noch um die Aufnahme in Vereine oder Verbände. Viele Probleme (so auch beim Stadionverbot) entstehen jedoch

1678 Siehe oben § 5 IV 4 a.

1679 Könen, in: BeckOGK-BGB, § 38 Rn. 68 unter Verweis auf BGHZ 207, 144: Hier ging es um die Zulassung zu den Olympischen Spielen 2008, die durch „Qualifikationsrichtlinien“ geregelt wurden. Der BGH qualifiziert das als vorvertragliches Schuldverhältnis und diese Richtlinien als „Verbandsrecht“ (das der Satzung nachgelagert ist, aber dennoch auf ähnliche Weise inhaltlich kontrolliert wird).

in anderen Vertragsbeziehungen, die zwar eine Assoziation zu einem Verband begründen (Unterwerfung unter die SVRL), aber gerade keine Mitgliedschaft.

Es ist daher nicht überraschend, dass vor dem Stadionverbotsbeschluss nicht versucht worden ist, das Problem mit dem Institut des Aufnahmезwanges zu adressieren. Die Mitgliedschaft in einem Verein als formaler Anknüpfungspunkt ist zu gefestigt. Das heißt aber nicht, dass das Recht nicht aus dem Institut des Aufnahmезwanges lernen kann. Man kann beobachten, dass sich jetzt ähnliche Fragestellungen und Konstellationen im allgemeinen Vertragsrecht stellen, die vorher in besonderen Vertragskonstellationen (z.B. bei der Aufnahme in einen Verein) aufgekommen sind. Der Topos der überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich – verstanden als strukturbezogener modaler Machtbegriff – sowie der Gedanke, dass es auf Rechtsfolgenreise um Zugangsgewährung geht und dies mit prozeduralen Elementen abgesichert werden sollte, können generalisiert werden. Es ist dann Aufgabe allgemeinerer Rechtsinstitute dies aufzugreifen und produktiv zu verarbeiten. Wie noch zu zeigen sein wird, erschöpfen sich die Parallelen zwischen dem Stadionverbotsbeschluss und dem vereinsrechtlichen Aufnahmезwang nicht nur in dem Zitat des Bundesverfassungsgerichts. Es ist für mich kein Zufall, dass im Stadionverbotsbeschluss der Maßstäbeteil bezüglich der Intensität der Privatrechtswirkung der Grundrechte um den Topos der „sozialen Mächtigkeit“ erweitert worden ist: Hier zeigt sich ebenfalls eine Generalisierung des Tatbestandes der überragenden Machtstellung eines Vereins. Wie in § 5 gezeigt, sind es jedoch längst nicht mehr ausschließlich Verbände, die in der modernen Gesellschaft eine modal-strukturbezogene Machtstellung innehaben, sodass sie beispielsweise die Inklusion in die Funktionssysteme der Gesellschaft steuern können. Geht es dann um einen Begründungsstrang für prozedurale Pflichten außerhalb des verbandsrechtlichen Aufnahmезwanges, gerät eine Norm in den Blick, die in diesem Kapitel mehrfach Erwähnung fand: der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Horizontalwirkung. Dieser ist Gegenstand des nächsten Kapitels.

V. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurde untersucht, ob und inwieweit der allgemeine Kontrahierungszwang sowie der (allgemeine) verbandsrechtliche Aufnahmезwanges responsiv auf den sozialen Konflikt der Stadionverbote wei-

terentwickelt werden können. Sowohl die freiheitsrechtliche Konzeption des Kontrahierungszwanges als auch die gleichheitsrechtliche Konzeption bieten entweder mit dem offenen Begriff der Angewiesenheit oder mit einer kontextualisierten Rechtfertigungsprüfung Anknüpfungspunkte, um das Institut des Kontrahierungszwanges als Zugangsregel für Inklusions- und Exklusionskonflikte zu deuten und dogmatisch zu interpretieren. Auf Rechtsfolgenseite ist er jedoch nur auf solche Fälle zugeschnitten, die wertungstechnisch durch eine einfache bipolare Entscheidung – Vertrag oder kein Vertrag – gelöst werden können. In multipolaren Rechtsverhältnissen bzw. allgemein in komplexeren Vertragskonstellationen, in denen insbesondere das „wie“ des Vertragsschlusses und der Vertragsabwicklung und nicht das „ob“ den Konflikt ausmachen, gerät das Rechtsinstitut an seine Grenzen. Es lassen sich jedoch Prozeduralisierungstendenzen beim vereinsrechtlichen Aufnahmeanspruch identifizieren.

In Bezug auf den Aufnahmezwang konnte gezeigt werden, dass dieses Institut responsiv auf soziale Konflikte reagieren kann, in denen es um die Inklusion in bzw. um Exklusion aus vereinsrechtlichen Organisationssystemen geht. Der Aufnahmezwang ist eine spezielle rechtliche Zugangsregel für solche Organisationssysteme. Mittelbar kann dadurch auch Inklusion in soziale Funktionssysteme gewährleistet werden. Sein Anwendungsbereich ist jedoch stark begrenzt: Er erfasst nur Fälle, in denen Inklusion (1.) durch einen Verein organisiert wird und dadurch (2.) die Inklusion nicht nur allgemein Vertragsform, sondern eine spezielle Form annimmt: die Mitgliedschaft. Inklusion nimmt die Form einer Mitgliedschaft in der modernen Gesellschaft aber häufig nur für die Leistungsrollenträger und Publikumsrollenträger als Laienrollenträger an. Im Stadionverbotsfall, in dem Fans in ihrer Publikumsrolle betroffen sind, versagt daher der Aufnahmezwang.

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

Beim allgemeinen Gleichheitssatz handelt es sich als Gleichheitsgrundrecht um eine eigenständige Grundrechtskategorie.¹⁶⁸⁰ Methodisch kann jedoch für die Arbeit an Art. 3 Abs. 1 GG auf die Grundrechtsdimensionen zur Konkretisierung seines Gewährleistungsgehalts zurückgegriffen werden. Die verschiedenen Grundrechtsdimensionen wurden als Strukturbeschreibungen zwar primär für die Freiheitsrechte entwickelt, lassen sich jedoch allgemein grundrechtsdogmatisch auch auf den Gleichheitssatz übertragen, wobei allerdings Strukturbesonderheiten des Gleichheitssatzes berücksichtigt werden müssen.¹⁶⁸¹ Das Denken in Grundrechtsdimensionen erlaubt damit eine Analyse des Gleichheitssatzes, welche sowohl Funktion, Struktur als auch Rechtsfolge verbindet. Der allgemeine Gleichheitssatz ist dabei im Gegensatz zu den speziellen Nichtdiskriminierungskriterien des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für die Konstitutionalisierung des Privatrechts von erheblicher Bedeutung. Denn das spezielle Gleichbehandlungsrecht – besonders das Nichtdiskriminierungsrecht – ist weitgehend durch Unionsrecht geregelt,¹⁶⁸² weshalb soziale Konflikte mit Bezug zu Diskriminierungen anhand der dort gebildeten Normen und Dogmatiken mediatisiert werden (können). Auch wenn das Unionsrecht dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung¹⁶⁸³ folgt, besteht für eine darüberhinausgehende nationale Konstitutionalisierung in der praktischen Rechtsanwendung daher (derzeit) kaum Bedarf.¹⁶⁸⁴ „Nur im allgemeinen Vertragsrecht spielt Art. 3

1680 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 57.

1681 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 173 f.

1682 Konsequenz daher der methodische Zuschnitt bei Mörsdorf, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 7.

1683 Siehe dazu C. Calliess, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 5 EUV Rn. 7 – 13.

1684 Ähnlich Kingreen, in: BK-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 230: „Art. 3 GG hat damit im Zivilrecht kaum noch Bedeutung; zugleich kann aber die Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts auf Art. 3 Abs. 2 und 3 GG ausstrahlen und muss dies sogar, soweit dieses auf zwingendem Unionsrecht beruht.“ Dieser Gedanke liegt erkenntlich BVerfG, Beschl. v. 23.07.2019, 1 BvR 684/14 – *Alterdiskriminierung* zugrunde; kritisch bezüglich der „ostentative[n] Zurückhaltung“ dazu jedoch Michl, VerfBlog, 2019/9/05.

GG nach wie vor eine Rolle, weil es insoweit an einem expliziten einfachrechtlichen Gleichbehandlungsspruch fehlt.¹⁶⁸⁵

I. Verfassungs- und grundrechtstheoretische sowie grundrechtsdogmatische Vorannahmen

Aufgrund der Unbestimmtheit der Grundrechte hängt ihre Interpretation und ihre dogmatisch-konstruktive Fortentwicklung maßgeblich von den jeweils getroffenen staats-, verfassungs- und grundrechtstheoretischen Vorverständnissen und Grundannahmen sowie von den jeweiligen politisch-sozialen Gegebenheiten der jeweiligen Zeit ab.¹⁶⁸⁶ Insbesondere grundrechtstheoretische Voraussetzungen bedingen grundrechtsdogmatische Annahmen und Konstruktionen.¹⁶⁸⁷ Die Offenlegung und Setzung der maßgeblichen Vorverständnisse bildet damit einen grundrechtstheoretischen – und damit einen nach der Eigenrationalität des Rechts operierenden – Maßstab, nach dem eine grundrechtsdogmatische Konstruktion beurteilt werden kann, und zwar danach, ob sie die durch die Vorannahmen gesetzten Erwartungen erfüllt.¹⁶⁸⁸ Dies trifft in besonderem Maße auf den allgemeinen Gleichheitssatz zu, weil auch mehr als 70 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes kein Konsens hinsichtlich Struktur, Bedeutung und Gehalt des Art. 3 Abs. 1 GG besteht.¹⁶⁸⁹ Nachfolgend sollen daher die für diese Untersuchung wesentlichen Vorannahmen geklärt werden.

1. Privatrechtswirkung statt (un)mittelbare Drittwirkung

Eines der wichtigsten Vorverständnisse betrifft die dogmatische Konstruktion der Wirkung von Grundrechten im Privatrecht. Hier wurde der Stadionverbotsbeschluss so gelesen, dass darin die anerkannte Konzeption der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten verworfen worden sei.¹⁶⁹⁰ Zwar spricht das Gericht von der „mittelbaren Drittwirkung“¹⁶⁹¹ Beobach-

1685 *Kingreen*, in: BK-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 228.

1686 Grundlegend *Böckenförde*, NJW 1974, 1529; siehe auch *I. Augsberg/Unger*, in: dies. (Hrsg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, 2012, S. 11.

1687 *Rusteberg*, *Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 126.

1688 Ähnlich *Rusteberg*, *Gewährleistungsgehalt*, 2009, S. 128.

1689 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 58.

1690 Deutlich *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (901).

1691 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 31– 33, 40 f.

ter*innen wollen jedoch der Sache nach eine unmittelbare Drittwirkung erkennen.¹⁶⁹² Teilweise wird vertreten, dass eine Drittwirkung der Gleichheitssätze nur eine unmittelbare sein kann.¹⁶⁹³ Meines Erachtens nach sind diese Kritikpunkte am Stadionverbotsbeschluss u.a. auf eine überkommene Taxonomie von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung als einzige Kategorien zurückzuführen, mit denen die Einwirkung von Grundrechten in Privatrechtsverhältnisse gedacht wird.

Die Einwirkung von Grundrechten in das Privatrecht soll hier als Privatrechtswirkung bzw. synonym als Horizontalwirkung der Grundrechte und nicht als Drittwirkung von Grundrechten¹⁶⁹⁴ bezeichnet werden. Grund dafür ist, dass der Begriff der Drittwirkung impliziert, Grundrechte müssten auch in ihrer Horizontalwirkung staatsbezogen konzipiert werden, wodurch von vornherein nur bestimmte dogmatische Konstruktionen in Betracht kommen.¹⁶⁹⁵ Abgelehnt wird hier auch der Begriff der „Grundrechtsbindung Privater“, der den Topos einer unmittelbaren Drittwirkung¹⁶⁹⁶ ersetzen soll. Beide Begriffe, also Grundrechtsbindung und unmittelbare (Dritt-)Wirkung, sind irreführend: Sie suggerieren, dass es Situationen gibt, in denen Privatrechtsakteur*innen *von vornherein*, also ohne eine Abwägung mit oder Berücksichtigung von anderen Grundrechtspositionen, die Grundrechte so beachten müssten wie der Staat.¹⁶⁹⁷ Nach hier vertretener Auffassung müssen in Horizontalwirkungskonstellationen die Grundrechte der beteiligten Akteure immer in Ausgleich miteinander gebracht

1692 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904, 910); *Michl*, JZ 2018, 911 (915 f., 918). Siehe auch die Auswertung bei *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 91 f. Fn. 226.

1693 Allgemein *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 337; vgl. dazu auch unten § 9 V 1 a, c.

1694 Dafür jedoch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 10: „Dieser Begriff beschreibt anschaulich Inhalt und Grenzen der dogmatischen Erörterung. Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht wird allein unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte betrachtet. Darüber hinaus ist die grundrechtsdogmatische Fragestellung wiederum begrenzt auf die Grundrechtsbindung: Können private Rechtssubjekte als *Dritte* neben dem Staat Adressaten der Grundrechte anderer privater Rechtssubjekte sein?“

1695 Überzeugend *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 18 – 20.

1696 Die Gleichsetzung von unmittelbarer Drittwirkung und Grundrechtsbindung Privater wird deutlich bei *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 11, 22; mit dem Konzept der Grundrechtsbindung Privater verwandt ist das Konzept einer intensiveren Drittwirkung von *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023, insb. S. 81 – 83.

1697 Deutlich das Konzept von *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 182 – 230.

werden.¹⁶⁹⁸ Das schließt nicht aus, dass das Ergebnis dieser heuristischen Abwägung einer Grundrechtswirkung gegenüber einem privaten Akteur entspricht, die der Grundrechtswirkung gegenüber dem Staat nahe kommt oder sogar entspricht.¹⁶⁹⁹ Der Begriff der „Grundrechtsbindung“ ist dann aber nur ein beschreibend-phänomenologischer ohne normativen Gehalt: Er beschreibt solche Horizontalwirkungskonstellationen – z.B. wie im Fall *Bierdosenflashmob* oder *Stadionverbot* –, in denen nach einer heuristischen Abwägung eine Grundrechtsposition derart überwiegt, dass der Gewährleistungsgehalt anderer Grundrechtspositionen in den Hintergrund gerät, sodass die grundrechtlichen Anforderungen beispielsweise an ein Hausverbot so hoch sind, dass sie an staatliche Bindungen erinnern.¹⁷⁰⁰

Ausgangspunkt einer heutigen Diskussion muss dabei sein, dass klar ist, dass Grundrechte im Ergebnis in das Privatrecht hineinwirken,¹⁷⁰¹ jedoch über das „wie“ gestritten wird.¹⁷⁰² Als gesichertes Wissen gilt heute, dass die Diskussion um die „richtige“ Privatrechtswirkungskonstruktion schon immer von den jeweiligen vorherrschenden Gesellschafts- und Staatsverständnissen¹⁷⁰³ sowie insbesondere die Anfangszeit durch den Kompetenzkon-

1698 Wie hier *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 157 – 160, 232, 420; aus grundrechtstheoretischer Perspektive *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (720).

1699 In diesem Sinne verstehe ich die Ausführungen von BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6 im Maßstäbeteil bezüglich einer intensiveren Grundrechtswirkung.

1700 Ähnlich kritisch gegenüber dem Topos der staatsähnlichen Grundrechtsbindung Privater *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (23): „Zunächst muss man sich angesichts der verbreiteten, zumeist alarmierten Rede von staatsähnlichen Grundrechtsbindungen Privater in Erinnerung rufen, dass es in der Diskussion eigentlich nicht um grundrechtliche Bindungen privater Akteure geht, sondern um die rechtliche Anerkennungsfähigkeit privat gesetzter verbindlicher Konfliktentscheide. Die nach dem Recht bestehenden Gestaltungsbefugnisse (Kündigung, Hausverbot, verweigerter Vertragsschluss) bzw. deren rechtliche Gewährleistung, Bewehrung und Durchsetzung müssen sich vor den Grundrechten beider Seiten, die von einem Konfliktentscheid betroffen sind, rechtfertigen können.“

1701 Siehe jedoch zu den heute weitgehend irrelevanten Ablehnungskonstruktionen *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 139 – 153; vgl. im Kontext von Art. 3 Abs. 1 GG unten § 9 III 2.

1702 *Säcker*, in: *MüKo-BGB*, Einleitung, Rn. 64.

1703 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 7 f. sowie S. 8 – 30 für eine historisch, sozial-kontextualisierte Darstellung.

flikt zwischen Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht¹⁷⁰⁴ geprägt war.

Diese Arbeit erblickt in einer erneuten Diskussion um die „richtige“ allgemeine Horizontalwirkungskonzeption keinen großen Erkenntnisgewinn. *Kulick* konnte hier zeigen, dass alle dogmatischen Konstruktionen im Wesentlichen zu vergleichbaren Ergebnissen kommen (können). Entscheidender sind vielmehr die auf alle Konzeptionen übertragbaren Wertungen bezüglich Staatsverständnis und Freiheitsverständnis sowie die Arbeit an konkreten Grundrechten.¹⁷⁰⁵ Dieser Forschungsstand, auf dem diese Untersuchung aufbauen möchte, soll nachfolgend kurz nachgezeichnet werden.

a. Anwendungskonstruktionen

Unter der Geltung des Grundgesetzes wurde historisch zunächst eine Konstruktion der Privatrechtswirkung der Grundrechte vorgeschlagen, die eine Anwendung der Grundrechte auch in Privatrechtsverhältnissen präferiert.¹⁷⁰⁶ Hintergrund war die bereits oben erwähnte Beobachtung von sozialen Machtstellungen in der Gesellschaft, insbesondere von Gewerkschaften und Verbänden sowie die Stellung des Arbeitgebers gegenüber der Arbeitnehmer*in, vor denen Privatrechtsakteure ähnlich wie vor dem Staat durch Grundrechte geschützt werden müssten. Diese Anwendung von Grundrechten im Privatrecht ist gleichbedeutend mit dem Topos der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, weil es hier darum geht, dass die Zivilrichter*in unmittelbar auf die Grundrechte zur Lösung des Rechtsstreits zurückgreifen soll, die Grundrechte also – notfalls ohne das einfache Recht bzw. entgegen diesem – anwenden soll.

1704 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 75: „Einen wichtigen Aspekt des Verhältnisses von Anwendungs- und Auslegungskonstruktionen betreffen Kompetenzfragen.“

1705 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 153 – 183; ähnlich in der Dichotomie mittelbar – unmittelbar *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 28; deutlich zur Ergebnisäquivalenz *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (352): „*The practical difference between indirect and direct effect, however, ist negligible. It concerns merely the formal construction of the legal issue and has no implications whatsoever for questions relating to substantive outcomes [...]*“

1706 *Nipperdey*, RdA 1950, 121; *ders.*, in: FS Molitor, 1962, S. 17; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, insb. S. 358 f., 385.

Bekanntermaßen hat sich diese Anwendungskonstruktion nicht durchgesetzt.¹⁷⁰⁷ Gegen die Anwendungskonstruktion wurden ganze Salven an Gegenargumenten abgefeuert:¹⁷⁰⁸ Die Gleichrangigkeit der Privatrechtssubjekte verbiete einen unmittelbaren Rückgriff auf die Grundrechte, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG folge, dass lediglich der Staat an die Grundrechte gebunden sein könne, die Schrankensystematik der Grundrechte beziehe sich ausschließlich auf den Staat und zuletzt müssten Grundrechte an ihrem historischen Ursprung als Abwehrrechte gegen den Staat festgehalten werden. Was heute leider immer noch übersehen wird, ist, dass keines dieser dogmatischen Argumente jemals gänzlich überzeugt hat:¹⁷⁰⁹ Beispielsweise ist die Formulierung in Art. 1 Abs. 3 GG nicht als Ausschluss, sondern als Betonung zu verstehen: Um sich von der schlichten Programmsatzfunktion der Grundrechte unter der WRV abzusetzen, wurde extra betont, dass alle staatliche Gewalt unmittelbar – und nicht erst über das positive untergesetzliche Recht – an die Grundrechte gebunden sein soll.¹⁷¹⁰

Der eigentliche Grund, warum sich die anderen dogmatischen Konstruktionen durchgesetzt haben, liegt vielmehr darin, dass in der Rechtsprechung des BGH unter dem Grundgesetz ein neues Aufblühen des Naturrechtsdenkens sowie eine starke Klägerfixiertheit erkennbar wurde.¹⁷¹¹ Unter diesen Voraussetzungen hätte die Anwendungskonstruktion dazu führen können, dass die Grundrechte – als unmittelbare Rechtsschöpfungsquelle für Zivilgerichte – für diese beiden Tendenzen instrumentalisiert

1707 Siehe jedoch das Revival bei *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 46 – 80; 404 – 436.

1708 Eine gute Übersicht der klassischen Kritik an einer unmittelbaren Drittwirkung gibt *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 55 Rn. 16 – 22; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 14; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (204 – 206).

1709 Ausführlich *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 227 – 234; eine intensive Auseinandersetzung mit den Argumenten gegen eine unmittelbare Drittwirkung unternimmt auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater 2021, S. 99 – 128, den im Ergebnis die Kritik nicht völlig überzeugt.

1710 Ohne den Bezug zur Privatrechtswirkung *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 71, dann aber Rn. 73: „Anders als Art. 1 Abs. 2 liefert er keinen – auch keinen vorsichtigen – Ansatzpunkt für eine Drittwirkung der Grundrechte, lässt indes auch nicht den Umkehrschluss zu, nur Hoheitsträger seien gebunden. Art. 1 Abs. 3 spricht schlicht von der Grundrechtsbindung aller drei staatlichen Gewalten – die er *expressis verbis* aufführt und so den Gewaltenteilungsgrundsatz mitnormiert –, er sagt aber nichts darüber aus, ‚wie‘, dh in welchen Dimensionen, sie gebunden sind und ob die grundrechtliche Bindungswirkung über die staatlichen Gewalten hinausweist.“

1711 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 61 – 63, 74 f.

werden können, wodurch die Kompetenzen des BGH noch weiter gestärkt worden wären. Das Bundesverfassungsgericht musste sich in *Lüth* mit einer anderen Konstruktion institutionell behaupten.¹⁷¹²

Inhaltlich könnten heutige Privatrechtswirkungsfälle auch mit einem Anwendungsmodell gelöst werden. Schon damals wurden die potentiellen Gefährdungen für die Freiheit Privater überzeichnet. Zumindest heute muss klar sein, dass die Wirkung von Grundrechten, auch wenn sie „unmittelbar angewendet“ werden, gegenüber Privaten eine andere sein muss als gegenüber dem Staat. Anders formuliert: Auch Anwendungsstrukturen wägen die anzuwendenden Grundrechte untereinander ab¹⁷¹³ und berücksichtigen zunächst, inwieweit der Grundrechtskonflikt über Gesetzesrecht mediatisiert ist.¹⁷¹⁴ Die Ergebnisse entsprechen daher regelmäßig denen anderer Konstruktionen.

Es gibt jedoch einen Vorteil von Anwendungsstrukturen, der erst in rechtspluralistischen bzw. transnationalen Kontexten sichtbar wird: Da Anwendungsstrukturen Grundrechtsverhältnisse „unmittelbar“ zwischen den Privaten konstruieren, sind sie potentiell anderen Horizontalwirkungsstrukturen in den Konstellationen überlegen, in denen Grundrechtskonflikte nicht vor staatlichen Gerichten, sondern vor privaten Entscheidungsstellen – wie z.B. Schiedsgerichten – ausgetragen werden.¹⁷¹⁵ Man kann es sich jedoch nicht so unkompliziert machen wie dies *Kulick* suggeriert: Dass ein Grundrechtsverhältnis zwischen den privaten Akteur*innen besteht ist nur ein erster Schritt. In einem zweiten Schritt müsste begründet werden, dass und warum eine private Entscheidungsstelle dieses¹⁷¹⁶ Grundrechtsverhältnis auch berücksichtigen muss. Oder mit anderen Worten: Es muss weiter begründet werden, warum die private Entscheidungsstelle die Grundrechte als (letzverbindlichen) Entscheidungsmaßstab heranzie-

1712 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 75: „Einen wichtigen Aspekt des Verhältnisses von Anwendungs- und Auslegungsstrukturen betreffen Kompetenzfragen.“; vgl. dort auch S. 88 – 91, 97 – 99.

1713 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 157 – 180.

1714 Zu einem solchen zweistufigen Anwendungsmodell *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 76 – 80.

1715 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 398 – 400, 411 f.

1716 Weiterhin müsste begründet werden, warum es gerade die deutschen Grundrechte des Grundgesetzes sind, die entscheidungserheblich werden – in transnationalen Kontexten könnten es auch beispielsweise die französischen oder US-amerikanischen Grundrechtsbestimmungen sein; siehe zu dieser „transnationalen Wirkung“ von Grundrechten *Viellechner*, in: Vesting/Korioth/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 295.

hen muss und nicht nach anderen Kriterien entscheiden darf. Die Frage nach Grundrechten als Entscheidungsmaßstab stellt sich nicht in national-staatlichen Kontexten, weil aufgrund von Art. 1 Abs. 3 GG nicht weiter begründet werden muss, dass die Grundrechte grundsätzlich den Entscheidungsmaßstab für staatliche Gewalten, also auch für staatliche Gerichte, bilden. Dieses Problem kann daher für diese Untersuchung dahinstehen: Diese Arbeit beschränkt die betrachteten Fälle der Gesellschaft auf Konstellationen, in denen der soziale Konflikt schlussendlich vor einem deutschen, staatlichen Gericht ausgetragen wird.

b. Verantwortungskonstruktionen

Die Konstruktionsvorschläge, die sich in Deutschland durchgesetzt haben, können als Verantwortungskonstruktionen bezeichnet werden, wobei zwischen einer Auslegungskonstruktion sowie einer Privatrechtswirkung aufgrund normaler Grundrechtsfunktionen unterschieden werden kann. Gemeinsames Merkmal beider Konstruktionen ist ihre strikte Staatsgerichtlichkeit.¹⁷¹⁷

Bezüglich der Auslegungskonstruktionen hat *Dürig*¹⁷¹⁸ als erster in der Literatur eine ausgearbeitete Dogmatik vorgelegt, in der eine Grundrechtskollision über eine Mediatisierung durch Auslegung des einfachen Rechts vorgenommen werden soll.¹⁷¹⁹ Bekanntermaßen griff das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich und rechtshistorisch nachweisbar im Lüth-Urteil¹⁷²⁰ auf diese Konzeption von *Dürig* zurück,¹⁷²¹ indem (1.) die Grundrechte als objektive Werteordnung aufgestellt wurden, (2.) sie daher in das Privatrecht einstrahlen und (3.) der Richter*in die verfassungsrechtliche Verpflichtung zukomme, ihre Wirkung über die Auslegung des einfachen Rechts sicherzustellen. Allerdings „zähmte“ das Bundesverfassungsgericht die naturrechtliche Wertediskussion, die *Dürigs* Ansatz noch zugrunde lag und hob die positivierten Grundrechte als maßgebliche Werteordnung her-

1717 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 160.

1718 *Dürig*, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157.

1719 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 81 f.; siehe dort in Fn. 201 auch zu früheren Ansätzen, auf denen *Dürig* aufbaute.

1720 BVerfGE 7, 198 (205 f.) – *Lüth* [1958].

1721 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16.

vor.¹⁷²² *Lüth* kann als Verantwortungskonstruktion gesehen werden, da den Richter aus Art. 1 Abs. 3 GG die Verantwortung treffe, die Wirkung der Grundrechte auch im Privatrecht sicherzustellen.¹⁷²³

Bis heute hält sich diese Konzeption der Privatrechtswirkung der Grundrechte in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹⁷²⁴ – auch im Stadionverbotsbeschluss¹⁷²⁵. Ein wesentlicher Grund dafür, muss in der Offenheit der verwendeten Begriffe gesehen werden: „Offen bleibt der konkrete Einwirkungsmodus, die Reichweite der Beeinflussung der Privatrechtsinterpretation und damit letztlich der Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Es liegt nahe, in dieser Offenheit einen der Hauptgründe für die Konsistenz der Rechtsprechung zum Drittwirkungsproblem seit dem *Lüth*-Urteil zu sehen.“¹⁷²⁶

Bei der Auslegungskonstruktion ist das Abwägungsbedürfnis der Grundrechte untereinander deutlich, wobei unterschiedliche Ebenen unterschieden werden müssen: Zunächst werden die Gewährleistungsgehalte der Grundrechte untereinander (Grundrechtsverhältnis) abgewogen. Daraus resultiert, dass und unter welchen Umständen eine Grundrechtsposition überwiegt. Anschließend wird das einfache Recht danach abgeklopft, ob es einen geeigneten Anknüpfungspunkt dafür gibt, dieses Abwägungsergebnis über eine Auslegung zu erreichen. Dabei sind es nicht nur die in *Lüth* lediglich akzentuierten Generalklauseln, die unter dem Brennglas dieses Abwägungsergebnisses ausgelegt werden müssen, sondern jede Privatrechtsnorm.¹⁷²⁷ Ist dies nicht möglich, muss dennoch das verfassungsrechtlich vorgegebene Ergebnis erreicht werden. Dazu können dann unmittelbar aus den Grundrechten Rechtspositionen hergeleitet werden, was den Anwendungskonstruktionen in diesem Schritt nahekommt.¹⁷²⁸ Dieser letzte Schritt ist wahrscheinlich derjenige, den die Kritiker einer unmittelbaren Drittwirkung nicht mitgehen wollen, was an der Kritik bezüglich der Ab-

1722 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 84 f.; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 11.

1723 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 86 f.; die verfassungsrechtliche Prüfpflicht der Richter*in, inwieweit die Grundrechte im konkreten Fall zu Modifikationen des Privatrechts führen, betont *Michl*, JURA 2017, 1062 (1064).

1724 Zuletzt BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 76.

1725 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 32.

1726 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16.

1727 St. Rspr. BVerfGE 112, 332 (358); 129, 78 (102); 142, 74 (101); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 1 Rn. 54.

1728 Zu diesem Prüfprogramm *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 194 – 201, der dies als „Verfassungskonforme Auslegung plus“ bezeichnet.

leitung der Verfahrensanforderungen unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 GG im Stadionverbotsbeschluss deutlich wird.¹⁷²⁹

Von dieser Auslegungskonstruktion ist die Privatrechtswirkung von Grundrechten über die normalen Grundrechtsfunktionen zu unterscheiden. Den ersten Ansatz in diese Richtung hat *Canaris* vorgeschlagen, indem er die Privatrechtswirkungsfälle entlang der anerkannten Grundrechtsdimensionen – Abwehr- und Schutzdimension – rekonstruierte.¹⁷³⁰ Indem diese Konstruktion an allgemeine Grundrechtslehren anknüpft, grenzt sie sich durch ein höheres Maß an dogmatischer Präzision im Vergleich zur Auslegungskonstruktion mit dem – zugegebenermaßen – wenig konturierten Begriff der „Ausstrahlungswirkung“ ab.¹⁷³¹ Vertreter*innen dieser Konzeption knüpfen entweder an der anerkannten Abwehrdimension der Grundrechte,¹⁷³² an der Schutzpflichtendimension¹⁷³³ oder an beiden¹⁷³⁴ an.

Im Wesentlichen geht es jedoch um die Schutzpflichtendimension. Die dogmatische Neuorientierung wurde in den 80er Jahren durch die allgemeine Wiederentdeckung staatlicher Schutzpflichten im Kontext der Gefahren und Risiken der modernen Industriegesellschaft ausgelöst und dem Staat eine Garantiefunktion für den Schutz der Rechte Privater zugeschrieben.¹⁷³⁵ Die Schutzpflichtenkonstruktion wird von einigen als die einzig überzeugende dogmatische Konzeption der Grundrechtswirkung im Privatrecht gesehen.¹⁷³⁶ Zumindest gilt sie aber in der Literatur wohl als herrschend.¹⁷³⁷ Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlichen Schutzpflicht¹⁷³⁸ wurden herangezogen, um die Schutzpflichten auch für die Privatrechtswirkung fruchtbar zu machen.¹⁷³⁹ Eine Begrün-

1729 Vgl. *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 207 – 211 im Kontext des Stadionverbotbeschlusses als Grenzfall zwischen Anwendungs- und Auslegungskonstruktion.

1730 *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (212 – 245); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 – 70.

1731 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 100 f.

1732 So *Michl*, JURA 2017, 1062 (1066 f.).

1733 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 252 f.; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2013, S. 271 – 322; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 73.

1734 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 30 – 70; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 55.

1735 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 20 f.

1736 Vgl. *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 73; *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 (549 – 551); ähnlich auch *Vofßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (84 f.).

1737 So *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 102, 105.

1738 BVerfGE 39, 1 – *Abtreibung I*; E 49, 89 – *Kalkar I*.

1739 *Starck*, JuS 1981, 237 (244 f.); *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (225 – 229).

derung der Privatrechtswirkung von Grundrechten ausschließlich über ihre Schutzpflichtendimension gerät jedoch an ihre Grenzen, wenn es um die Ausräumung von vertraglichen Pflichten geht – welche Person im vertraglichen Kontext vor wem geschützt werden muss, ist nicht eindeutig.¹⁷⁴⁰

Trotz der vermeintlich dogmatischen Präzision unterscheidet sich dieser Vorschlag nicht so stark von der Auslegungskonstruktion.¹⁷⁴¹ Denn in der Praxis müssen auch Vertreter*innen der normalen Grundrechtsfunktionen sowohl die Grundrechte als auch das im Fall anwendbare Privatrecht auslegen. Der Unterschied besteht vielmehr in einem anderen institutionellen Anknüpfungspunkt: Die normalen Grundrechtsfunktionen nehmen immer die Perspektive der jeweils nächst höheren Gerichtsinstanz an und setzen damit immer ein erstinstanzliches Urteil voraus. Je nach Auskommen des ersten Urteils und in Abhängigkeit von der Person, welche den Instanzenzug weiter ausschöpft, stellt sich das vorherige Urteil aus der Sicht des höheren Gerichts entweder als Schutz- oder als Eingriffskonstellation dar.

c. Zurechnung

Eine dogmatische Konstruktion, die sich in Deutschland nicht durchsetzen konnte ist die Zurechnungskonstruktion. Im deutschen Grundrechtsdiskurs hat hier insbesondere *Schwabe* ein Modell vorgestellt.¹⁷⁴² Danach handele es sich bei der Privatrechtswirkung der Grundrechte lediglich um ein dogmatisches Scheinproblem, denn dass der Staat – auch die Gerichte – die Grundrechte beachten muss, sei unstreitig. Wenn ein sozialer Konflikt zwischen zwei Privatrechtsakteuren vor Gericht ausgetragen wird, so muss dieses grundrechtsgebundene Gericht die Grundrechte der beiden Privaten berücksichtigen. Das ursprünglich private Verhalten werde dem Staat als Eingriff zugerechnet, wenn das Gericht die Grundrechte nicht hinreichend beachte.¹⁷⁴³ Der Entstehungskontext dieser Zurechnungskonstruktion liegt

1740 Zutreffend *Vofskuhle*, in: FS Stürmer, 2013, S. 79 (86 – 88) am Beispiel der Parabolantenne.

1741 Zum Folgenden *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 118 f.

1742 *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung, 1971, S. 15, 88 – 97; ähnlich auch *Lübbe-Wolf*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 159 – 174.

1743 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 133 – 136.

in der vorherrschenden Sicht der 70er Jahre, die die Allgegenwärtigkeit, Allmacht und insbesondere die Allverantwortung des Staates widerspiegelt.¹⁷⁴⁴

Zurecht wurde gegen diese Konzeption eingewendet, dass sie dogmatisch nicht erklären könne, warum und unter welchen Voraussetzungen das Gericht die Grundrechte der Privaten berücksichtigen müsse: Zwar sei das Gericht grundrechtsgebunden, was zunächst bedeutet, dass es im Verfahren die körperliche Unversehrtheit der Beteiligten sowie ihre Verfahrensgrundrechte beachten muss. Die Zurechnungskonstruktion arbeitet mit der Prämisse, dass Grundrechtsbindung eine allumfassende Bindung bedeute, was jedoch nicht begründet wird.¹⁷⁴⁵ Die Zurechnungskonstruktion kommt ohnehin praktisch zu gleichen Ergebnissen wie die Auslegungs- und Anwendungskonstruktion.¹⁷⁴⁶

2. Grundrechtsfunktionen und -dimensionen

Ein weiteres Vorverständnis bezüglich der Grundrechte betrifft einen Schnittbereich zwischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik. Der Gewährleistungsgehalt¹⁷⁴⁷ eines Grundrechtes wird in dieser Untersuchung in verschiedene Grundrechtsfunktionen¹⁷⁴⁸ bzw. -dimensionen¹⁷⁴⁹ eingeteilt.¹⁷⁵⁰ Beide Begriffe können grundsätzlich synonym verwendet

1744 Ruffert, Vorrang, 2001, S. 17; Isensee, in: HStR IX, 2011, § 191, Rn. 256 – 262: „etatische Konvergenztheorie“.

1745 Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 136.

1746 Kulick, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 138.

1747 Grundlegend dazu Hoffmann-Riem, in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, 2004, S. 53; Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 169 – 233; terminologisch bereits zuvor Böckenförde, Der Staat 42 (2003), 165 (174 f.) jedoch mit einer anderen – die Abwehrdimension der Grundrechte konservierenden – Stoßrichtung; kritisch jüngst Muckel, VVdStRL (2020), S. 245 (252). Auch die jüngere Rspr. des BVerfG greift – hier im Kontext der Horizontalwirkung (!) – auf diesen Begriff zurück: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 89, 96; siehe auch im Vertikalverhältnis BVerfG, Beschl. v. 08.06.2021, 1 BvR 2771/18 – *IT-Sicherheitslücken*, Rn. 30 f.

1748 Aus jüngerer Zeit Sander, Verstärkungswirkung unter Grundrechten, 2019, S. 161 – 163; Grimm, in: Grimm/Peters/Wielsch (Hrsg.), Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21.

1749 Von subjektiven und objektiven Gehalten sowie materiellen und prozeduralen Dimensionen sprechen Kunig/Kotzur, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 70, dann aber Rn. 72: Grundrechtsfunktionen.

1750 Grundlegende Kritik bei Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1 (21 – 31); dagegen zutreffend Dreier, Dimensionen, 1993, S. 53 – 63.

werden,¹⁷⁵¹ jedoch bietet sich eine leichte Differenzierung an: „Grundrechtsfunktion“ soll hier als grundrechtstheoretischer Begriff verwendet werden. Grundrechtsfunktionen bezeichnen dann auf einer rechtstheoretischen Ebene die Funktionen, die Grundrechte in der Gesellschaft erfüllen. Es handelt sich damit um grundrechtstheoretische Funktionsbeschreibungen wie sie diese Untersuchung auf rechtstheoretischer Ebene für das Privatrecht des Vertrages unternommen hat.¹⁷⁵² Grundrechten kommt so beispielsweise eine Entdifferenzierungsverbotsfunktion, eine demokratische Funktion¹⁷⁵³ und eine Apellfunktion zu.¹⁷⁵⁴ „Grundrechtsdimension“ ist hingegen ein dogmatischer Begriff, der den alten Begriff der objektivrechtlichen Dimension der Grundrechte ablöst.¹⁷⁵⁵ Um diesen Unterschied an einem klassischen Beispiel zu verdeutlichen: Die Versammlungsfreiheit ist nicht nur Abwehrrecht gegen den Staat, sondern weist dogmatisch auch eine Schutzpflichtendimension dahingehend auf, dass der Staat friedliche Versammlungen ermöglichen und sie vor Störungen schützen muss.¹⁷⁵⁶ Indem Personen in Versammlungen ihre (politische) Meinungen kollektiv ausdrücken können, und somit potentiell auf den politischen Diskurs einwirken können, kann die Versammlungsfreiheit als ein Grundrecht beschrieben werden, dass der politischen Demokratie dient, also eine demokratische Funktion – eine bestimmte Funktion für das politische System – erfüllt.¹⁷⁵⁷ Ihr kommt eine Teilnahmedimension zu.¹⁷⁵⁸

Bei der Arbeit mit Grundrechtsdimensionen geht es um die Frage, von welcher Art die Wirkungen und Rechtsfolgen sind, die sich aus den Grundrechten ergeben. Grundsätzlich können dabei Abwehr-, Schutz,

1751 So auch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 62 f.; jeweils eigenständiger Begriffsgehalt bei *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (353).

1752 Siehe oben § 2 V; § 3; § 4 V.

1753 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 38 – 41.

1754 Siehe zu diesen Funktionen *Grimm*, in: *Grimm/Peters/Wielsch*, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (42 – 45).

1755 Siehe *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 21 – 27 zur Begriffsentwicklung Werteordnung – objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte – Grundrechtsfunktionen bzw. -dimensionen; ähnlich auch *Grimm*, in: *Grimm/Peters/Wielsch*, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (38 – 41); vgl. auch *Sachs*, in: *ders.*, GG, Vor Art. 1 Rn. 31 – 38; 42 – 49.

1756 Ausdrücklich die Dimensionenterminologie bei *Ernst*, in: *von Münch/Kunig*, GG, Art. 5 Rn. 97.

1757 Ausdrücklich die Funktionsterminologie bei *Ernst*, in: *von Münch/Kunig*, GG, Art. 5 Rn. 10, 12 – 15.

1758 Siehe dazu unten Fn. 1901 f.

Leistungs- und Teilhabedimensionen unterschieden werden.¹⁷⁵⁹ Dazu quer liegen die Verfahrens- und Organisationsdimension sowie die Ausgestaltungs- und Ausstrahlungsdimension; diese Dimensionen liegen quer, weil sie die Hauptfunktionen lediglich unterstützen bzw. ergänzen.¹⁷⁶⁰ Bezüglich bestimmter Grundrechte ist es dabei (1.) nicht immer möglich, alle Dimensionen konstruktiv zu begründen oder u.U. können bestimmte Grundrechte (2.) nur eine einzige Dimension aufweisen.¹⁷⁶¹ Zentral beim Denken der Grundrechte in verschiedenen Dimensionen ist, dass immer noch der Leitgedanke der Grundrechte von Freiheit und Selbstbestimmung bleibt; es geht jedoch darum, mit mehreren Grundrechtsdimensionen auf moderne Kontexte der Freiheitsausübung reagieren zu können.¹⁷⁶²

Eine Auseinandersetzung besteht dabei, welcher Stellenwert der Ausstrahlungsdimension der Grundrechte im Verhältnis zu den übrigen Grundrechten zukommt. *Jarass* weist zutreffend¹⁷⁶³ darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht bei der Ausstrahlung und Auslegung keinen Unterschied zwischen einer Abwehr- oder Schutzsituation¹⁷⁶⁴ macht, sondern einheitlich vorgeht: „Es bringt die Figur der Ausstrahlungswirkung ohne weitere Differenzierungen zum Einsatz, unabhängig davon, ob es im konkreten Fall eher um die Abwehr oder um den Schutz gegenüber Dritten geht. Dies führt dazu, dass die Ausstrahlungswirkung nicht als bloße Hilfsfunktion bedeutsam wird, sondern einen eigenständigen Charakter erlangt. Insgesamt bildet die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte im Bereich der Auslegung und Anwendung privaten Rechts eine spezifische Grundrechtsfunktion.“¹⁷⁶⁵ Dieser Beschreibung ist zunächst zuzustimmen. Allerdings muss eine rechtswissenschaftliche Untersuchung nicht zwingend bei der Begründung von Grundrechtsdimensionen am Wortlaut von Gerichtsentscheidungen festhalten. Der Grund für die undifferenzierte Anwendung des Gerichts liegt nicht darin, dass es der Ausstrahlungswirkung

1759 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 42; *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 1.

1760 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 2.

1761 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 71.

1762 *Dreier*, Dimensionen, 1993, S. 50; *Grimm*, in: Grimm/Peters/Wielsch, Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (41 f.).

1763 Siehe zum Vorgehen des BVerfG in Fällen der Privatrechtswirkung oben § 9 I 1.

1764 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 62 f. erkennt lediglich die Abwehr- und Schutzfunktion im Privatrecht – zumindest ausdrücklich nur bezüglich Gesetze – an.

1765 *Jarass*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 67.

besonderes Gewicht zumessen möchte, sondern vielmehr darin, dass eine undifferenzierte Anwendung der Grundrechtsdimensionen einen größeren Spielraum bei der Entscheidungsfindung zulässt.¹⁷⁶⁶ Zudem: Auch wenn das Bundesverfassungsgericht dies nicht ausdrücklich macht, können die Entscheidungen jeweils unterschiedlichen Funktionen zugeordnet werden; dass über die überzeugendste Zuordnung gestritten wird,¹⁷⁶⁷ ist dabei kein Nachteil, sondern gerade produktiv für das wissenschaftliche Verständnis der einzelnen Dimensionen. Die Erstreckung aller Grundrechtsfunktionen auf das Privatrecht bietet damit einen analytischen Vorteil. Zudem wird sich bei der Anwendung dieser Methode auf den Stadionverbotsbeschluss zeigen, dass sich auch diese Fallkonstellation einer Grundrechtsdimension zuordnen lässt: der Teilhabedimension.¹⁷⁶⁸

Für diese Untersuchung bietet das Vorverständnis der Grundrechtsdimensionen einen spezifischen Vorteil: Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen steht die konstruktive Frage der Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Zuvor konnte bereits gezeigt werden, dass allgemeine Privatrechtswirkungsdebatten nicht zielführend sind.¹⁷⁶⁹ Stattdessen sollten methodisch überzeugender die Grundrechtsdimensionen auch für die Privatrechtswirkung der Grundrechte fruchtbar gemacht werden und dabei jeweils spezifisch an einzelnen Grundrechten gearbeitet werden.¹⁷⁷⁰ „Die Erörterung und praktische Handhabung der Privatrechtswirkung der Grundrechte hat sich mittlerweile vollständig von der Eindimensionalität der Drittwirkungsfrage auf die objektivrechtlichen Funktionen der Grundrechte verlagert.“¹⁷⁷¹ Das Denken in Grundrechtsdimensionen

1766 So *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 16: „Offen bleibt der konkrete Einwirkungsmodus, die Reichweite der Beeinflussung der Privatrechtsinterpretation und damit letztlich der Inhalt der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung. Es liegt nahe, in dieser Offenheit einen der Hauptgründe für die Konsistenz der Rechtsprechung zum Drittwirkungsproblem seit dem Lüth-Urteil zu sehen.“

1767 Instrukтив der Versuch von *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37 – 90, der die Entscheidungen des BVerfG der Abwehr- oder der Schutzpflichtendimension zuordnet; besonders in vertragsrechtlichen Konstellationen ist jedoch eine Zuordnung nur schwer möglich, da es hier immer um die gegenseitige Zuordnung vertraglicher Rechte und Pflichten geht, überzeugend *Vofskuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (86 – 88).

1768 Siehe dazu unten § 9 IV.

1769 Siehe oben § 9 I 1.

1770 So *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 29.

1771 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 63.

nen¹⁷⁷² bietet „die Möglichkeit, die unspezifische Anwendung der objektiven Grundrechtsordnung auf die Privatrechtsordnung einschließlich der diffusen Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu ersetzen durch eine an den einzelnen Funktionen der Grundrechte ausgerichteten Formulierung relativ bestimmter Grundrechtstatbestände“.¹⁷⁷³ Damit muss die Ausstrahlungswirkung bzw. Drittwirkung als eigenständige Grundrechtsdimension aufgegeben werden,¹⁷⁷⁴ und stattdessen ihre tatsächlichen Ausprägungen den jeweiligen Grundrechtsdimensionen zugeordnet werden.¹⁷⁷⁵ Nach *Ruffert* geht dabei aber die Privatrechtswirkung der Grundrechte weitgehend¹⁷⁷⁶ in der von ihm präferierten Schutzpflichtendimension auf.¹⁷⁷⁷ Dem wird hier nicht gefolgt. Jede Grundrechtsdimension kann potentiell Privatrechtswirkung entfalten.

Wichtig ist dabei, dass Art. 1 Abs. 3 GG keine Aussage entnommen werden kann, welche Funktionen oder Dimensionen Grundrechte haben. Die Funktionen eines Grundrechts und das Verhältnis unterschiedlicher Dimensionen eines oder unterschiedlicher Grundrechte zueinander ist jeweils für jedes Grundrecht gesondert zu bestimmen.¹⁷⁷⁸ Dadurch stellen sich jedoch Probleme einer solchen dimensionengeleiteten Methode: Zunächst stellt sich die Frage, wie genau die Herleitung einzelner Grundrechtsdimensionen (generalisiert) auf verfassungsrechtlicher Ebene erfolgen sowie die sich daran anschließende Frage, ob diese identifizierte Dimension auch (re-spezifiziert) auf das Privatrecht hin angewendet werden kann bzw. sollte.¹⁷⁷⁹ Die Untersuchung des allgemeinen Gleichheitssatzes hat damit folgende Fragen zu beantworten: Welche Dimensionen weist Art. 3 Abs. 1 GG allgemein auf? Auf welche Dimensionen lässt sich die Privatrechtswirkung konstruktiv und argumentativ zurückführen? Welche Gründe spre-

1772 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 70 nennt dies sogar nebenbei „Methode“.

1773 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 69 f.

1774 So aber *Kingreen/Poscher*, Staatsrecht II, 2022, Rn. 240; *Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, § 69 III; deutliche Trennung bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG auch bei *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 91 f.

1775 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 70.

1776 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 253.

1777 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 253: „Die bisher als mittelbare Drittwirkung bekannte Seite der Grundrechte lässt sich der Schutzfunktion der Grundrechte zuordnen und wird dadurch entbehrlich. Sie stellt keine eigenständige Grundrechtsfunktion dar.“

1778 *Kunig/Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1 Rn. 72.

1779 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 71, der für das zweite Problem insbesondere die Bedeutung der Privatautonomie im Privatrecht hervorhebt.

chen wertend dafür, diese Dimension auf das Privatrecht zu erstrecken? Im Gegensatz zu den Ansätzen der Literatur, die bezüglich des Stadionverbotsbeschlusses in die überkommene Terminologie von mittelbar/ unmittelbar abgedriftet sind,¹⁷⁸⁰ ermöglicht die Beantwortung dieser Fragen eine präzisere Untersuchung der Entscheidung.

Zentraler Leitgedanke des Denkens von Grundrechten in verschiedenen Dimensionen ist, dass immer noch der Leitgedanke der Grundrechte von Freiheit und Selbstbestimmung bleibt. Es geht jedoch darum, mit mehreren Grundrechtsdimensionen auf moderne Kontexte der Freiheitsausübung reagieren zu können.¹⁷⁸¹ Selbst Autor*innen, die am Primat der Abwehrdimension der Grundrechte festhalten wollen, erkennen zumindest an, dass die weiteren Grundrechtsdimensionen an Bedeutung gewinnen und die abwehrrechtliche Dimension in den Hintergrund rückt.¹⁷⁸² „Angesichts ständig sich wandelnder Herausforderungen ist die Aufrechterhaltung einer freiheitlichen Ordnung eine permanente Aufgabe. Diejenigen Bereiche, in welchen es zur Freiheitssicherung genügt, dem Staat Grenzen zu setzen, schrumpfen zusehends. Immer mehr wird individuelle Freiheit von Voraussetzungen abhängig, die die Grundrechtsträger aus eigener Kraft nicht herstellen können. Die grundrechtlichen Garantien müssen sich unter diesen Umständen auf die Freiheitsvoraussetzungen erstrecken. Ein rein negatorisches Grundrechtsverständnis vermag das nicht zu leisten.“¹⁷⁸³

Damit geht einher, dass das Grundgesetz mit seinen Grundrechtsbestimmungen als Gesamtverfassung¹⁷⁸⁴ gedacht wird.¹⁷⁸⁵ Grundrechte wirken nicht nur gegenüber dem Staat als Eingriffsverbote, wodurch auch die überkommene Trennung zwischen Staat und Gesellschaft überwunden wird.¹⁷⁸⁶ Grundrechte wirken nicht nur gegenüber dem politischen System,

1780 Siehe dazu die Nachweise oben in Fn. 1692.

1781 Dreier, Dimensionen, 1993, S. 50.

1782 Muckel, VVdStRL 79 (2020), 245 (250).

1783 Grimm, in: Grimm/Peters/Wielsch (Hrsg.), Grundrechtsfunktionen jenseits des Staates, 2021, S. 21 (41 f.).

1784 Das Konzept der Gesamtverfassung findet sich beispielsweise bei *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 90 f.; *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (bzgl. staatlichen Rechts); *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 51 (bzgl. staatlicher Politik).

1785 Siehe zu unterschiedlichen Konzeptionen gesellschaftlicher Teilverfassungen *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 32 – 71; tendenziell kritisch *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 39 f.

1786 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 33.

sondern aufgrund ihrer Privatrechtswirkung auch in allen anderen gesellschaftlichen Teilbereichen.¹⁷⁸⁷

3. Konstitutionalisierung

Ein weiteres Vorverständnis betrifft die allgemeine Frage nach dem Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht. Dieser Problembereich kann als Konstitutionalisierung des Privatrechts bezeichnet werden.¹⁷⁸⁸ Konstitutionalisierung meint jedoch auch einen Prozess: Beschrieben wird damit, dass immer mehr Bereiche des Privatrechts von Verfassungsrecht, insbesondere von Grundrechten in ihrer Horizontalwirkung, durchdrungen und überformt werden.¹⁷⁸⁹ Trotz semantischer Ähnlichkeiten sind daher die Konstitutionalisierung des Privatrechts und der gesellschaftliche Konstitutionalismus¹⁷⁹⁰ konzeptionell auseinanderzuhalten. Das Verhältnis von Verfassung und Privatrecht mit Bezug zu dieser Untersuchung kann dabei geschichtet nach drei Ebenen beschrieben werden.

a. Erkenntnisvorrang und Letztentscheidungskompetenz

Die erste Ebene betrifft das Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht im Stufenbau der Rechtsordnung eines modernen demokratischen Staates.¹⁷⁹¹ Privatrechtliche Gesetze stehen im Rang unter dem Verfassungsrecht, was bedeutet, dass privatrechtliche Normen, Institute und Prinzipien nicht gegen dieses höherrangige Recht verstoßen dürfen. Das Privatrecht ist wie das gesamte (einfache) Recht in die Verfassungsordnung eingebettet; man kann von einer Verfasstheit des Privatrechts sprechen.¹⁷⁹² Aus der Normenhierarchie folgt damit der Vorrang der Verfassung gegenüber dem

1787 *Kumm*, German Law Journal 2006, 341 (346, 352 – 359) akzentuiert, dass durch die Privatrechtswirkung der Grundrechte das Grundgesetz zu einer Gesamtverfassung geworden ist.

1788 So *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1040).

1789 So *Barczak*, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 4, 2017, S. 93 (95 f.); *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267).

1790 Siehe dazu oben § 7 III 2.

1791 Allgemein zum Verhältnis Verfassungsrecht – Gesetzesrecht siehe *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 35 – 45.

1792 *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1041 – 1044), der auch den Entwicklungsprozess nachzeichnet.

Privatrecht.¹⁷⁹³ Welche Anforderungen sich aus den Grundrechten für das Privatrecht genau ergeben, ist hingegen eine dogmatische und grundrechtstheoretische Frage.¹⁷⁹⁴

Durch die Konstitutionalisierung kommt es zu begrifflichen Dopplungen: Grundrechte enthalten Gewährleistungen, die sich auch als genuin privatrechtliche Begriffe, Institute oder Prinzipien re-formulieren lassen und umgekehrt werden privatrechtliche Prinzipien verfassungsrechtlich verankert.¹⁷⁹⁵ Beispiele finden sich beispielsweise in den privatrechtlichen Grundbegriffen Person, Eigentum und Vertrag.¹⁷⁹⁶ Auch der Konflikt zwischen Meinungsäußerungen und Ehrverletzungen ist ein klassischer Konflikt des Privatrechts, der erst seit dem Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit auch bzw. heute primär zu einem grundrechtlichen Konflikt wurde.¹⁷⁹⁷ Dadurch verliert das Privatrecht an Autonomie bezüglich der Interpretationshoheit „seiner“ Begriffe. Die Grundrechte als Verfassungsprinzipien lösen weitgehend die Grundprinzipien des Privatrechts als die die Auslegung steuernden Rechtsprinzipien ab.¹⁷⁹⁸ Exemplarisch kann auch auf die bereits oben diskutierten Fälle der Angehörigenbürgschaften¹⁷⁹⁹ verwiesen werden: Durch die Konstruktion einer Schutzpflicht aus Art. 2 Abs.1 GG wurde ein auch materielles Verständnis von Privatautonomie endgültig Teil des Privatrechts.¹⁸⁰⁰ Teile der Kritik an einer zunehmenden Konstitutionalisierung lassen sich auf diesen Verlust der Deutungshoheit zurückführen.¹⁸⁰¹ Dem Privatrecht bleibt jedoch ein Erstzugriffsrecht, „seine“ Begriffe neuen Entwicklungen und sozialen Konflikten anzupassen und weiterzuentwickeln.¹⁸⁰² Das ist auch sinnvoll, da bezüglich vieler Problem-

1793 *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1050); *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (730); deutlich *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 45 – 54: Geltungsvorrang der Verfassung bei gleichzeitigem Erkenntnisvorrang des Privatrechts.

1794 Siehe oben § 9 I 1.

1795 *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267); *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 45 – 49; *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. (131), der daher auch zutreffend davon spricht, dass es sich um genuines Privatrecht handelt.

1796 Dazu *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (736 – 746).

1797 *Wahl*, in: Henne/Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 371 (371, 376).

1798 *Bryde*, in: FS Rothleuthner, 2011, S. 267 (267).

1799 Siehe dazu oben § 3 II 2 c.

1800 *Wrase*, Norm und Wirklichkeit, 2016, S. 438 spricht von einem „semantischen Kampf“.

1801 Vgl. *Adomeit*, NJW 1994, 2467 (2467 f.); *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171.

1802 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 49 – 52 spricht vom Geltungsvorrang der Verfassung bei gleichzeitigem Erkenntnisvorrang des Privatrechts.

kreise auf eine lange Begriffs- und Diskussionstradition zurückgegriffen werden kann.¹⁸⁰³

Der Bürgerschaftsfall zeigt auch die disruptiven Folgen der Konstitutionalisierung: Durch das Bundesverfassungsgericht geraten klassische Begriffe und Dogmatiken des Privatrechts, die als feststehend angenommen wurden, ins Wanken.¹⁸⁰⁴ Die Konstitutionalisierung – mit der Tätigkeit des demokratischen Gesetzgebers sowie dem Einfluss des Unionsrechts – führt dazu, dass die Konzeption des Privatrechts als geschlossenes, wissenschaftliches und dogmatisch-ästhetisches System nicht mehr aufrecht erhalten werden kann – auch wenn sich vereinzelt Autoren nach den „guten alten Zeiten“ sehnen.¹⁸⁰⁵ Wenn es nicht mehr möglich ist, das Privatrecht als konsistentes System zu beschreiben und zu ordnen, dann sollte dieses Unterfangen aufgegeben werden. Das gilt insbesondere für ein starres Begriffssystem und für eine Orientierung auf einen festen Prinzipienkanon. Besser ist es, Prinzipien, die ins Privatrecht hineingetragen werden, zu identifizieren, zu konkretisieren und derart weiterzuentwickeln, dass damit konkrete Problemlösungen geschaffen werden können.¹⁸⁰⁶

Privatrecht und Öffentliches Recht sollten nicht als hermetisch voneinander abgeriegelte Sphären betrachtet werden.¹⁸⁰⁷ Vielmehr bestehen vielfältige Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Säulen des Rechts, wobei jede von ihnen jeweils bestimmte Eigennormativitäten aufweist, die in der anderen nicht oder nicht in dieser Ausprägung vorhanden, sind.¹⁸⁰⁸ Aus einer Steuerungsperspektive geht es darum, die jeweiligen Vor- und Nachteile der Rechtsregime zu betrachten und sie als wechselseitige Auffangordnungen zu begreifen.¹⁸⁰⁹ Damit bedeutet eine fortschreitende Konstitutio-

1803 Vgl. *Ruffert*, Vorrang 2001, S. 46 f.

1804 *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67 (112, 130).

1805 Siehe nur die polemische Kritik bei *Honsell*, in: Staudinger *Eckpfeiler*, 2018, S. 1 (Rn. 44, 68b).

1806 *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67 (180 – 182.).

1807 Grundlegend *Hesse*, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, S. 31: Verhältnis „wechselseitiger Ergänzung und Bedingtheit“; *Diederichsen*, *AcP* 198 (1998), 171 (206): „Interdependenz und Interferenz“.

1808 Vgl. *F. Becker*, *NVwZ* 2019, 1385.

1809 Grundlegend *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 7; *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. S. 261.

nalisation auch kein Weniger an Freiheit,¹⁸¹⁰ sondern einen präziseren Umgang im Recht mit dem sozial komplexen Phänomen Freiheit.

b. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote

Wichtiges Element in der hier eingenommenen kollektiven Dimension der Grundrechte ist die auf *Luhmann* zurückgehende systemtheoretische Funktionsbestimmung der Grundrechte als Garanten sozialer Differenzierung: Grundrechte haben aus dieser soziologischen Reflexionsperspektive die latente Funktion – als „blockierende Institutionen“ – die soziale Differenzierung der Gesellschaft offen zu halten.¹⁸¹¹ Ausdrücklich ging es *Luhmann* damals noch ausschließlich um „die Gefahr der Entdifferenzierung, der Politisierung des gesamten Kommunikationswesens“¹⁸¹², also ausschließlich um die Expansionstendenzen des politischen Systems.¹⁸¹³ *Teubner* hat daran anknüpfend jedoch die Perspektive auf Expansionstendenzen sämtlicher sozialer Funktionssysteme erweitert.¹⁸¹⁴ Eine solche grundrechtstheoretische Perspektive bietet sich insbesondere bei Inter-Systemkonflikten an, weil hier der gesellschaftliche Konflikt als Grundrechtskollision zweier Grundrechte dogmatisch re-konstruiert werden kann. Grundsätzlich können zwar auch Intra-Systemkonflikte grundrechtsdogmatisch abgebildet werden,¹⁸¹⁵ jedoch fehlen Ansätze für die hier untersuchten Inklusionsphänomene.

Dieser systemtheoretischen Deutung von Grundrechten fügt *Ladeur* eine stark liberale und wissenssoziologische Dimension hinzu: Die klassische Abwehrdimension der Grundrechte wird aktiviert, um die autonomen Prozesse der Wissensgenerierung innerhalb der sozialen Funktionssysteme vor Eingriffen des Staates abzuschotten. Diese Deutung weist jedoch eine wesentliche Schwäche auf: Hier werden Macht- und Herrschaftsverhältnisse

1810 So aber *Barczak*, in: *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 4, 2017, S. 91 (122).

1811 *Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 24 f.

1812 *Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 1965, S. 24.

1813 *I. Augsberg*, in: *ders./Unger (Hrsg.), Basistexte: Grundrechtstheorie*, 2012, S. 290 (292).

1814 *Teubner*, *Der Staat* 44 (2006), 161 (175 f.); *ders.*, *Verfassungsfragmente*, 2012, S. 211 – 219.

1815 Z.B. als Grundrechtskollision der Pressefreiheit einer Redakteur*in mit der Pressefreiheit einer Verleger*in, siehe zur Diskussion um eine solche „innere Pressefreiheit“ *Wendt*, in: *von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 69*.

innerhalb der von ihm hochgehaltenen transsubjektiven Selbstorganisation zwischen den Individuen durch Erzeugung sozialer Normen und Institutionen gänzlich ignoriert. Dies hat zur Folge, dass destruktive Transformationsprozesse innerhalb sozialer Systeme billigend in Kauf genommen werden.¹⁸¹⁶ Auf *Ladeurs* radikal-liberale Interpretation der systemtheoretischen Deutung von Grundrechten trifft dann das zu, was oftmals pauschal gegen die Systemtheorie im Recht eingewendet wird:¹⁸¹⁷ Sie richtet sich ausschließlich an sozialen Systemen und ihren Eigenrationalitäten aus und ignoriert dabei völlig, dass die Grundrechte primär Freiheitsverbürgen für Menschen sind. Sie ignoriert, dass es auch innerhalb sozialer Systeme Macht- und Herrschaftsverhältnisse gibt, die soziale Normen und Institutionen setzen. Eine Grundrechtstheorie, die von vornherein auf die potentielle Kontrolle solcher Phänomene verzichtet, kann nicht überzeugen. Dennoch trifft *Ladeur* einen wunden Punkt: Es ist völlig richtig, dass aufgrund der Komplexität und Vielfalt sozialer Selbstorganisationsprozesse das Recht selbst nicht in die Falle tappen darf und selbst expansive Züge annimmt. Wenn er aber beispielsweise davon spricht, dass „organisiertes Experimentieren“ eine gewisse Offenheit voraussetzt,¹⁸¹⁸ muss berücksichtigt werden, dass nicht nur verfassungsrechtliche Vorgaben diesen Prozess einschränken können, sondern ebenso Dynamiken innerhalb der einzelnen sozialen Systeme, möglicherweise stabilisiert durch das Privatrecht. Der Konflikt um die Stadionverbote, der hier insbesondere durch soziale Exklusion beschrieben worden ist, welche durch die normative Ordnung einseitig durch den DFB institutionalisiert worden ist, zeigt dies deutlich.

Geht man davon aus, dass Grundrechte als Institutionen spezifische soziale Prozesse innerhalb der Sozialsysteme der Gesellschaft im Recht wieder spiegeln,¹⁸¹⁹ können Grundrechte grundrechtstheoretisch als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht verstanden werden, die die privatrechtsdogma-

1816 Vgl. *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493 (514).

1817 Statt aller *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, S. 53 – 58.

1818 *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493 (510) – an dieser Textstelle bleibt mir unklar, ob er sich (nur) gegen eine Expansion des Rechts wendet oder ob er hier (auch) die negativen Effekte gesellschaftlicher Selbstorganisation adressieren möchte.

1819 Ähnlich auch *Wrase*, *Norm und Wirklichkeit*, 2016, S. 465 – 468; so auch *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493 (509): „Verweisungszusammenhang der einzelnen Grundrechte mit den selbstorganisierten Praktiken und den Wissensbeständen, die in den gesellschaftlichen Teilsystemen (Wirtschaft, Kunst, Presse, etc.) aggregiert werden“.

tische Begriffsbildung dazu auffordert, alle für einen rechtlichen Konflikt relevanten sozialen Deutungsweisen zu berücksichtigen: „Grundrechte fungieren als qualifizierte Rechtfertigungsgebote für jede Form von Rechtserzeugungsprozessen. Sie verlangen, dass sich die gesamte Norm oder die vereinbarten Rechte und Pflichten unter zwingender Einbeziehung derjenigen personalen und sozialen Autonomien rechtfertigen lassen müssen, die in den grundrechtlichen Schutzbereichen gewährleistet werden.“¹⁸²⁰ Diese Rechtfertigung des Privatrechts vor in den Grundrechten „gespeicherten“ sozialen Rationalitäten lässt sich selbst bis *Lüth* zurückführen: Vor *Lüth* gab es keine Möglichkeit im Privatrecht neben der wirtschaftlichen Rationalität (Vermögenseinbußen aufgrund des Boykottaufrufs) auch eine politische Dimension eines Delikts zu verarbeiten.¹⁸²¹

c. Institutionelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts

Zuletzt weist die Konstitutionalisierung des Privatrechts eine institutionelle Ebene auf. Gemeint ist damit die Aufgabeverteilung zwischen Privatrecht und Verfassungsrecht bzw. zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und dem Bundesverfassungsgericht. Wie bereits erläutert, kommt dem Privatrecht mit den Zivilgerichten ein Erstzugriffsrecht auf einen sozialen Konflikt zu. Wird dieser Konflikt bereits mit den genuinen Begriffen und Instituten des Privatrechts angemessen gelöst, rechtfertigt sich also grundrechtstheoretisch gesprochen das Privatrecht vor den grundrechtlichen Gewährleistunggehalten, ist keine weitere dogmatische Konstitutionalisierung notwendig. Ist sie jedoch notwendig, kann die Aufgabeverteilung in zwei Schritten mit jeweiligen Problemen beschrieben werden:

In einem ersten Schritt wird der Konflikt institutionell-verfahrensrechtlich an das Bundesverfassungsgericht, meist durch eine Verfassungsbeschwerde oder eine konkrete Normenkontrolle, herangetragen. Auch das Bundesverfassungsgericht entscheidet immer primär den jeweiligen Einzelfall. Allerdings kommt dem Gericht die besondere Aufgabe zu, Maßstäbe für die weitere Verfassungs- und besonders Grundrechtsinterpretation zu setzen. Die maßgebliche Herausforderung besteht darin, den konkret zu lösenden Konflikt adäquat zu beschreiben und zu formulieren, und somit

1820 *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (752 f.).

1821 Vgl. *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (757).

auf eine höhere Abstraktionsebene zu ziehen, um dann diesen abstrahiert formulierten Konflikt in grundrechtliche Maßstäbe zu übersetzen.

Grundrechte sind – verstanden als Rechtfertigungsgebote im vorgenannten Sinne – nicht nur auf materiell-rechtlicher Ebene gut geeignet, solche abstrakten Maßstäbe zu setzen, sondern das Bundesverfassungsgericht hat sich auch institutionell als ein kompetenter Akteur dafür bewiesen: Zum einen zeigt sich in manchen Entscheidungen des Gerichts ein Gespür für spezifische gesellschaftsstrukturelle Entwicklungen, auf die dann durch Konstitutionalisierung reagiert wird. So betraf die Bürgerschaftsentscheidung keinen singulären Fall, sondern betraf die gesamte seit den etwa 1980er Jahren etablierte, branchenweite Praxis der Banken, auf die die Zivilgerichte nicht adäquat reagiert haben.¹⁸²² Ähnliches kann bezüglich der Stadionverbote behauptet werden. Zum anderen ist immer wieder erkennbar, dass das Bundesverfassungsgericht bemüht ist, außerrechtliches Wissen für die Konkretisierung von Grundrechtsgewährleistungen heranzuziehen. Dies zeigt sich zunächst bei der Rezeption von interdisziplinären Forschungsergebnissen,¹⁸²³ darüber hinaus in der großzügigen Hinzuziehung von außerrechtlichem Sachverstand in Form einzelner *amici curiae*.¹⁸²⁴ Eine möglicherweise implizite Vorstellung mancher Jurist*innen, dass drei oder acht Richter*innen im stillen Kämmerlein einseitige Grundrechtsmaßstäbe aufstellen, ist damit schlicht unzutreffend. Irgendjemand muss oder sollte grundrechtliche Gewährleistungsgehalte weiterentwickeln; das Bundesverfassungsgericht hat sich diesbezüglich in langjähriger Arbeit institutionell bewährt.

Die so gesetzten Maßstäbe sind jedoch oft stark konkretisierungsbedürftig wie der oben diskutierte Begriff der strukturellen Unterlegenheit¹⁸²⁵ eindrücklich zeigt.¹⁸²⁶ Aufgabe der Fachgerichte und der dogmatischen Rechtswissenschaft ist es dann, die Maßstäbe durch die zu lösenden Einzelfälle zu konkretisieren. Die Herausforderung besteht darin, dass auch auf dieser Ebene der abstrahiert formulierte Konflikt richtig gedeutet wird, um

1822 Überzeugend *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 444.

1823 Vgl. *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016, S. 453 – 455 zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen.

1824 Vgl. aus jüngeren Entscheidungen BVerfG, Beschl. v. 30.01.2020, 2 BvR 1005/18 – *Blindenführhund*, Rn. 23 – 26; BVerfG, Urt. v. 24.07.2018, 2 BvR 309/15 – *Fixierung*, Rn. 22 – 41.

1825 Siehe dazu oben § 3 II 2 c.

1826 Zum nachfolgenden vgl. *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67 (135).

darauf aufbauend passgenaue dogmatische Figuren zu finden. Wie das Beispiel der strukturellen Unterlegenheit bei Angehörigenbürgschaften zeigt, kann dies gut,¹⁸²⁷ wie jedoch der später zu diskutierenden *Thermenfall*¹⁸²⁸ zeigt, auch weniger gut gelingen. Manche Kritiker¹⁸²⁹ empfinden eine zunehmende Konstitutionalisierung deshalb als negativ, weil sie von einem als „extern“ wahrgenommener Akteur – dem Bundesverfassungsgericht – betrieben wird und häufig die Entscheidungen der Zivilgerichte aufgehoben werden.¹⁸³⁰ Dabei wird dieser zweite Schritt in der Aufgabenteilung im Konstitutionalisierungsprozess übersehen: Die privatrechtsdogmatische Konkretisierung grundrechtlicher Maßstäbe ist zentrales Element der Konstitutionalisierung.

d. Responsivität als Leitfaden der Konstitutionalisierung

Diese drei Ebenen sollen zuletzt zu einem Punkt verdichtet werden: Wird ein sozialer Konflikt an das Recht herangetragen, kann das Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht danach befragt werden, welches Rechtsgebiet mit seiner jeweils eigenen Rationalität, seinen Instrumenten und der institutionellen Ausgestaltung der Gerichtsverfahren am ehesten eine Lösung für den Konflikt bereithält. Es ist grundsätzlich möglich, einen sozialen Konflikt auf vielfältige Weisen rechtsdogmatisch zu re-konstruieren, wie diese Untersuchung am vorher analysierten Kontrahierungszwang¹⁸³¹ einerseits und dem nachfolgend zu analysierenden Art. 3 Abs. 1 GG andererseits zeigt. Maßgeblich ist die Responsivität: An welche dogmatischen Strukturen, an welche bereits vorhandenen Prämissen oder Theorien kann angeknüpft werden und in welche Pfadabhängigkeiten begibt man sich, wenn man ein bestimmtes Institut auf den sozialen Konflikt hin weiterentwickelt? Die Vergangenheit hat gezeigt, dass das Privatrecht flexibel sowie anpassungsfähig ist und dadurch auf eine Vielzahl von Konflikten reagieren kann. Jedoch folgt das Privatrecht leider zu oft einer ausschließlich

1827 Siehe zur Konkretisierung durch die Zivilgerichte *Meder*, in: GS Wolf, 2011, S. 253; *Kollrus*, MDR 2014, 1357.

1828 Siehe dazu unten § 10 III.

1829 Deutlich bei *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, wenn er das „Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht“ bezeichnet.

1830 So die zutreffende Beobachtung von *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67 (131).

1831 Siehe oben § 8 II, III.

wirtschaftlichen Logik¹⁸³² und hält von vornherein nicht die Begriffe bereit, die notwendig wären, um einen sozial-multilateralen Konflikt bewältigen zu können. Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, die auch andere soziale Rationalitäten im Recht abbildbar machen, sind dann der richtige Anknüpfungspunkt.

4. Kollektive Dimension der Grundrechte

Grundrechte sollen hier nicht auf eine rein individualistische Weise gelesen werden, die vor allem die natürliche, negative Freiheit der Einzelnen betont. Ein solches – vor allem als Abwehrdimension – Verständnis hatte spezifische Kontexte, was dazu führt, dass eine unkritische Bejahung zu einer bedenklichen Perspektivverengung führen kann.¹⁸³³ Dass in jüngerer Zeit eine kollektive Dimension der Grundrechte vermehrt betont wird, weist daraufhin, dass hier rechtstatsächlich die Freiheitsprobleme einer modernen Gesellschaft liegen (könnten). Allerdings ist der Gedanke einer Wechselwirkung von individuell gedachter (negativer) Freiheit und Freiheitsausübung gegenüber anderen und durch andere Menschen auch dem Grundgesetz nicht neu. In einem solchen Sinne las und interpretierte bereits 1954 das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“¹⁸³⁴ Hier zeigt sich, dass das Gericht die sozial-kollektive Dimension der Grundrechte in die Verfassung hinein interpretiert.

1832 Gegen die „Ausgangsgleichung ‚Privatrecht als Wirtschaftsrecht‘“ *Fischer-Lescano/Teubner*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2020, S. 157 (165).

1833 *Vesting/Korioth/I. Augsberg*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 1 (2).

1834 BVerfGE 4, 7 (15 f.) – *Investitionshilfe*; dies aufgreifend *Lauber*, *Paritätische Vertragsfreiheit*, 2010, S. 96.

Diese Dimension der Grundrechte kann als kollektive,¹⁸³⁵ institutionelle,¹⁸³⁶ soziale¹⁸³⁷ oder auch als interaktionszentrierte¹⁸³⁸ Dimension der Grundrechte bezeichnet werden. Auch *Helmut Ridder*s Konzeption der „inpersonalen Grundrechte“ wie der Wissenschafts- oder Pressefreiheit,¹⁸³⁹ kann als Vorläufer einer sozial-kollektiven Betrachtung von Grundrechten gelesen werden.¹⁸⁴⁰ Während die verschiedenen Ansätze jeweils unterschiedliche Perspektiven auf die Grundrechte einnehmen und unterschiedliche sozialtheoretische Vorverständnisse an die Grundrechte herantragen, eint sie ein wesentlicher Aspekt: Alle diese Konzeptionen von Grundrechten lehnen eine einseitig liberal-individuelle Dimension von Grundrechten ab. „Das grundlegende Defizit der heute vorherrschenden individualistischen Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik liegt darin, dass sie das, was eine Gesellschaft ausmacht, nicht adäquat erfassen kann. Sie kann daher auch nicht beschreiben, was Individualität und individuelle Freiheit in der modernen liberalen Gesellschaft bedeuteten.“¹⁸⁴¹ Der einzelne Mensch lebt nicht losgelöst von anderen Menschen und sozialen Strukturen. Insbesondere die gesellschaftsstrukturelle Umstellung auf eine funktionale Differenzierung hat dazu geführt, dass sich die Ausübungsbedingungen von Freiheit sowie die Verständnisse von Freiheit aufgrund viel-

1835 *Vesting/Korioth/I. Augsburg*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 1 (6): „Grundrechte im erweiterten kollektiven Verständnis“.

1836 *Häberle*, *Die Wesensgehaltsgarantie*, 1983, S. 70 – 125.

1837 *Wrase*, *Norm und Wirklichkeit*, 2016, S. 457 – 484: Einbeziehung des sozialen Kontextes bei der Grundrechtsinterpretation.

1838 *Broemel*, *Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie*, 2021.

1839 *Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975, S. 90 f.: „An der ‚Pressefreiheit‘ als einem *inpersonalen* Grundrecht, einem Grundrecht also, dessen Wortlaut nicht auf einen persönlichen ‚Träger‘ hinweist, läßt sich, wie an den ähnlich prozeßhaften Grundrechten der Freiheit von ‚Kunst‘ und ‚Wissenschaft‘, leichter als bei den personalen Grundrechten erkennen, was indes in Wahrheit allen Grundrechten der Gesamtverfassung gemeinsam ist, nämlich daß sie auf die konkrete Freiheit eines sozialen Feldes durch dessen Organisation abzielen.“

1840 Bereits *Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, 1975 akzentuiert, dass die Grundrechte – aufgrund ihrer sozialstaatlichen Überprägung – entlang der tatsächlichen Freiheitsverhältnisse interpretiert werden müssten (S. 49) und systematisiert die Grundrechte nicht entlang der Reihenfolge ihrer Nennung im Grundgesetz, sondern entlang „sozialer Felder“ bzw. „Felder der sozialen Ordnung“ (S. 50 f.), welche differenzierungstheoretisch als soziale Funktionssysteme rekonstruiert werden können.

1841 *Vesting/Korioth/I. Augsburg*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 1 (4).

facher Abhängigkeiten gewandelt haben.¹⁸⁴² Eine kollektive Dimension der Grundrechte möchte diesen Umstand auf grundrechtstheoretischer Ebene für das Recht abbildbar machen, um dadurch ggf. bestehende Grundrechtsdogmatiken produktiv zu irritieren.¹⁸⁴³ Grundrechtsausübung findet nicht im Vakuum, sondern im Sozialen, also mit anderen Grundrechtsträgern und mit Wirkung auf die Freiheitsausübung anderer, statt.¹⁸⁴⁴ Es geht dann darum, die Ausübungsbedingungen von individueller Freiheit und ihre Auswirkung auf die gesellschaftliche Meso- und Makroebene in den Grundrechten selbst abbildbar und verhandelbar zu machen. Zu weit geht es jedoch, wenn „die Gesellschaft“ – bzw. systemtheoretisch gesprochen: die einzelnen Funktionssysteme – selbst als eigentliches Subjekt der Freiheit herangezogen wird.¹⁸⁴⁵ „Das Gesellschaftliche“, das bei der Konstruktion von Freiheit und Autonomie beachtet werden muss, darf nicht dazu führen, dass das individuelle Subjekt gänzlich verdrängt wird. „[D]ie gesellschaftsorientierte Sicht supplementiert vielmehr die subjektiv-individuelle, auf den einzelnen Grundrechtsträger bezogene Perspektive.“¹⁸⁴⁶

Eine solche gesellschaftsorientierte Sicht auf Grundrechte einzunehmen bedeutet auch, dass sich grundrechtliche Gewährleistungsgehalte auf die soziale Realität beziehen können und sich bei gesellschaftlichen Veränderungen selbst wandeln können. Damit sollen hier explizit Wirkungs- und Wahrnehmungsvoraussetzungen¹⁸⁴⁷ von grundrechtlicher Freiheit als möglicher Teil grundrechtlicher Gewährleistungen diskutiert werden. Damit wird von der Prämisse ausgegangen, dass das tatsächliche Umfeld der Grundrechte auf deren Inhalt und Wirkungsweise einwirkt.¹⁸⁴⁸

1842 Vgl. *Vesting/Korioth/I. Augsburg*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 1 (4 – 7).

1843 *Broemel*, *Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie*, 2021, S. 11 – 24 spricht treffend von Leerstellen, die etablierte Grundrechtsdogmatiken in Bezug auf soziale Prozesse (bei ihm Interaktionen) hinterlassen.

1844 Vgl. *Broemel*, *Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie*, 2021, S. 1.

1845 So aber in der Tendenz *Vesting/Korioth/I. Augsburg*, in: dies. (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 1 (8).

1846 *I. Augsburg*, in: *Vesting/Korioth/I. Augsburg* (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 39 (51).

1847 Siehe dazu *P. Kirchhof*, in: *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2004, § 21 Rn. 7f.

1848 *P. Kirchhof*, in: *Handbuch der Grundrechte*, Bd. I, 2004, § 21 Rn. 20; ebenso *Broemel*, *Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie*, 2021, S. 5.

II. Abwehrdimension

Die Funktion der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte ist der Ausgangspunkt der Grundrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz.¹⁸⁴⁹ Daher wird diese Dimension im Diskurs nicht weiter hergeleitet oder begründet.¹⁸⁵⁰ Auch der allgemeine Gleichheitssatz weist als Grundrecht eine klassische Abwehrdimension gegenüber dem Staat auf.¹⁸⁵¹ Dabei ist das subjektive Recht auf Gleichbehandlung zunächst auf die Abwehr und Beseitigung von Ungleichbehandlungen gerichtet.¹⁸⁵² Dies gilt uneingeschränkt auch gegenüber der Legislative bei privatrechtlichen Gesetzen.¹⁸⁵³ In der Abwehrdimension wird in dieser Untersuchung – und soweit erkennbar auch nicht im juristischen Diskurs – nicht der Anknüpfungspunkt für eine Privatrechtswirkung gesehen.

Teilweise wird dem allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ein allgemeines Willkürverbot staatlicher Akteure entnommen, der die traditionelle Abwehrdimension ergänzt.¹⁸⁵⁴ Aufgrund der Verknüpfung mit dem Rechtsstaatsprinzip ist der Grundrechtscharakter des allgemeinen Willkürverbot zweifelhaft.¹⁸⁵⁵ Da ein Willkürverbot mit Bezug zum Rechtsstaatsprinzip zutreffend nur an staatliche Akteure gerichtet ist, spielt es für diese Untersuchung keine weitere Rolle.

1849 Siehe dazu *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7 (14, 16); *Dreier*, in: ders., GG, Vorb. Rn. 45: „Systemmitte der Grundrechtsdogmatik“; ausführlich zur Ideengeschichte der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat *I. Augsberg*, Theorie der Grund- und Menschenrechte, 2021, S. 23 – 43.

1850 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 88.

1851 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Schulz, GG, Art. 3 I Rn. 292; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 38; *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 30 spricht dem allgemeinen Gleichheitssatz sogar ausschließlich eine Abwehrdimension zu.

1852 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57.

1853 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 119; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 92, der gleichzeitig betont, dass dies seiner Ansicht nach nicht für die in ihrem Rahmen geschlossenen Privatrechtsgeschäfte gelte.

1854 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I Rn. 292; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 83 – 87.

1855 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 137, der von einem „eigenständigen Grundsatz der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrollaufsicht über die Fachgericht“ spricht.

III. Schutzpflichtendimension

Eine Schutzpflichtendimension wird für den allgemeinen Gleichheitssatz weithin abgelehnt.¹⁸⁵⁶ Dabei sind in der Argumentation zwei Ebenen zu unterscheiden: Zum einen kann eine Schutzfunktion dadurch abgelehnt werden, indem argumentiert wird, dass kein Schutzgut vorliege (1.). Zum anderen könnte zwar ein Schutzgut konstruiert werden, aber aus anderen Gründen eine Schutzpflicht (gegenüber Privaten) abgelehnt werden (2.). Unter diesem zweiten Punkt sollen aufgrund der hier vertretenen Ansicht, dass der Ausstrahlungsdimension keine eigenständige Bedeutung zukommt,¹⁸⁵⁷ auch die Positionen berücksichtigt werden, die die Frage der Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes als eigenständige Grundrechtsdimension thematisieren. Zugleich kann das von Teilen der Literatur als „Nichtanwendungsmodell“¹⁸⁵⁸ bzw. „Vorrangmodell“¹⁸⁵⁹ bezeichnete Konzept, das eine Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht kategorisch ausschließt, hier behandelt werden, da sich die Argumente weitgehend überschneiden.

1. Fehlendes Schutzgut aufgrund modaler Struktur

Schutzpflichten wurden anhand von Freiheitsgrundrechten entwickelt.¹⁸⁶⁰ Daher werden sie teilweise auch ausdrücklich auf Freiheitsgrundrechte reduziert.¹⁸⁶¹ Zentrales Element der Schutzpflicht besteht darin, dass ein bestimmter Gewährleistungsgehalt der Freiheitsgrundrechte ermittelt wird – ein freiheitlicher Verhaltensspielraum – der dann über die staatliche Schutzpflicht auch gegenüber Privaten abgesichert wird.¹⁸⁶² Schutzpflichten

1856 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 91; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 69; *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 222, 252; vgl. auch die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten.

1857 Siehe dazu oben § 9 I 2.

1858 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1012 f.

1859 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 810 – 816; *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 417 – 419.

1860 Siehe zur Begründung und Entwicklung der grundrechtlichen Schutzpflichten *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 146 – 189.

1861 *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 218, 222; ebenso *Voßkuhle*, in: FS Stürner, 2013, S. 79 (85).

1862 *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 48 – 51.

knüpfen damit an ein Schutzgut an.¹⁸⁶³ Bezüglich der Gleichheitsgrundrechte ist es jedoch semantisch schwierig von einem „Schutz der Gleichheit“ zu sprechen, denn Gleichheit kann zwar hergestellt, aber nicht geschützt werden. Man kann jedoch sprachlich den „Schutz“ anders ausdrücken: Es geht dann darum, dass den Staat eine Pflicht zur Beseitigung von Ungleichbehandlungen zwischen Privaten trifft – also eine Schutzpflicht hinsichtlich der Gleichbehandlung durch Private¹⁸⁶⁴ – bzw. um eine Pflicht des Staates zum Eingreifen, wenn sich Bürger untereinander ohne Rechtfertigung ungleich behandeln.¹⁸⁶⁵ Man könnte dann sagen, dass Art. 3 Abs. 1 GG eine Gleichbehandlung gleichwertiger Vergleichsgruppen und Ungleichbehandlung nicht gleichwertiger Vergleichsgruppen unabhängig vom Autor der Unterscheidung verlangt.¹⁸⁶⁶ Bezüglich der Unterscheidungen durch private Akteure müsse dann der Staat einschreiten.

Entscheidender als die semantische Konstruktion eines Schutzgutes, ist sein materialer Gehalt. Eine Schutzpflicht kann zwar sprachlich formuliert werden, jedoch kann der Gehalt des Schutzes – bereits vor einer Abwägung mit anderen Verfassungsgütern – nicht ermittelt werden. Art. 3 Abs. 1 GG weist keine Schutzpflichtendimension auf, da – anders als bei den Freiheitsrechten – kein Schutzgegenstand vorliegt.¹⁸⁶⁷ Bei Freiheitsrechten kann die Integrität des sachlichen Schutzbereiches herangezogen werden, um ihn zumindest prinzipiell als Kriterium heranzuziehen, um zwischen verschiedenen Formen von Beeinträchtigungen zu unterscheiden. Dies ist aufgrund der modalen Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes („empty form“) „logisch unmöglich“.¹⁸⁶⁸ Art. 3 Abs. 1 GG hat lediglich relationalen Charakter, womit gemeint ist, dass ihm kein inhaltlich bestimmbarer Gewährleistungsgehalt zugewiesen ist, sondern die Norm „nur“ auf Gleichbehandlung gerichtet ist.¹⁸⁶⁹ Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung kann

1863 Ruffert, Vorrang, 2001, S. 167; Isensee, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 48 – 51.

1864 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 175.

1865 Kischel, in: BeckOK, Art. 3 GG Rn. 91.

1866 Ruffert, Vorrang, 2001, S. 175; wohl auch Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 58.

1867 Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57; Greiner/Kalle, JZ 2022, 542 (549).

1868 Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 48.

1869 Pietzcker, Handbuch Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 125 Rn. 31 f.

dabei grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen Arten erfüllt werden:¹⁸⁷⁰ Entweder wird der in Frage stehende Gleichheitsgegenstand (z.B. eine Leistung, ein Vertragsschluss o.ä.) auf Personen ausgedehnt, die diesen bislang nicht erhalten haben. Alternativ kann die Ungleichbehandlung dadurch beseitigt werden, dass er den Personen entzogen wird, die ihn bislang erhalten haben. Aufgrund dieser modalen Struktur kann der allgemeine Gleichheitssatz keinen Maßstab für eine Schutzpflicht liefern; der allgemeine Gleichheitssatz leidet unter einer Maßstabsarmut. Die Maßstabsarmut steht einer „Generierung sachbereichsspezifischer Pflichten zur Herstellung faktischer Gleichheit“ entgegen. „Entsprechende Schutz- bzw. Leistungsrechte müssen daher aus entsprechenden Dimensionen der Freiheitsrechte respektive sonstigen Zielbestimmungen der Verfassung, etwa dem Sozialstaatsprinzip, abgeleitet werden; auf Art. 3 Abs. 1 vermag man dann ergänzend zur Betonung der Gleichheitsdimension zu verweisen.“¹⁸⁷¹ Anders als Freiheitsrechte oder die speziellen Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG kann für den allgemeinen Gleichheitssatz keine Schutzpflicht konstruiert werden.¹⁸⁷² Möglicherweise ließen sich diese dogmatischen Einwände überwinden; löst man sich jedoch davon, dass Grundrechte im Privatrecht lediglich über eine Schutzpflicht Wirkung entfalten können und zieht auch die anderen Grundrechtsdimensionen in Betracht, so scheint nach hier vertretener Ansicht ein Anknüpfen an der Teilhabedimension gewinnbringender.

2. Nichtanwendungs- bzw. Vorrangmodell

Selbst wenn man ein Schutzgut anerkennen möchte bzw. die Frage der Horizontalwirkung losgelöst von der Schutzfunktion stellt, wird weitgehend die Wirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht verneint. „Denn wie der Gleichheitssatz als Begründungsgebot einer Abwägung mit der Privatautonomie zugänglich sein soll, die ja im Gegenteil ihren Träger

1870 Grundlegend dazu *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 163 f.: „Wahl-schuld“; im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 42 – 49: „Alternativstruktur“.

1871 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 177 mwN in Fn. 433 [Hervorhebungen entfernt].

1872 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 47, die jedoch in dieser Voraufgabe – vgl. hingegen unten Fn. 2064 – auch weitergehend anderweitige Horizontalwirkungen verneint.

gerade von allen Begründungspflichten in seinem Rechtskreis freistellt, ist schlechterdings nicht zu begründen.¹⁸⁷³ Oder anders: „Im Verhältnis zwischen den Bürgern gebieten die Freiheitsrechte gerade die Nichtgeltung der Gleichheitsrechte.“¹⁸⁷⁴ Selbst wenn man Grundrechtstheoretisch ein Schutzgut konstruieren könnte, so gehe von Art. 3 Abs. 1 GG kein solcher Schutzauftrag für das Privatrecht aus, da es zu einer „privatrechtsspezifischen Überlagerung durch die Freiheitsrechte“ komme; ein gleichheitsrechtlicher Schutzauftrag zerstöre die freiheitsrechtliche Privatautonomie.¹⁸⁷⁵ „Privatautonomie lebt von der willkürlichen Differenzierung durch Private gegenüber Privaten, die Schutzüberlegungen aus Art. 3 Abs. 1 GG vollständig verdrängt.“¹⁸⁷⁶ Die Freiheit zum Handeln und Differenzieren aus beliebigen, auch anderen willkürlich erscheinenden Gründen, gehöre zum Kern der menschlichen Identität.¹⁸⁷⁷

Zum Ausdruck kommt hier die Vorstellung, dass eine unbegrenzte Privatautonomie der Kernbestand des Privatrechts sei und Gleichheitsrechte diese zerstören würden. Im Privatrecht dominiere die Privatautonomie und genieße absoluten Vorrang. Diese Diskussion ist nicht neu, sondern wurde auch bei der Einführung des Nichtdiskriminierungsrechts geführt.¹⁸⁷⁸ „Die Privatautonomie“ wurde dadurch wohl kaum zerstört. Verständlich können diese Argumente auf der Wertungsebene nur sein, wenn sie die Privatautonomie als formale, dekontextualisierte Freiheit verstehen. Das heutige Verständnis der Privatautonomie berücksichtigt jedoch auch die materielle Seite der Selbstbestimmung und fragt nach den tatsächlichen Voraussetzungen für Selbstbestimmung.¹⁸⁷⁹ Gleichheitsrechte im Privatrecht können als Teil einer material verstandenen Privatautonomie gedeutet werden.¹⁸⁸⁰ Damit sollte es nicht um eine gänzliche Immunität des Privatrechts gegenüber Gleichbehandlung gehen, sondern um die Frage, in welchen Fällen gleichheitsrechtliche Überlegungen dem Primat der freiheitlichen Willkür weichen. Ein kategorisches und absolutes Nichtanwendungsmodell

1873 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 50.

1874 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54.

1875 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 175 f.

1876 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 175; ähnlich auch *Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 191 Rn. 252.

1877 *Kischel*, in: BeckOK, Art. 3 GG Rn. 91.

1878 Einerseits *Picker*, JZ 2002, 880; andererseits *Baer*, ZRP 2002, 290.

1879 Siehe dazu oben § 3 II 2 a.

1880 Vgl. *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 105 – 147.

des allgemeinen Gleichheitssatzes bzw. ein Vorrangmodell einer formal verstandenen Freiheit kann heute nicht mehr überzeugen.

Unabhängig von dieser Wertungsebene können die vorgebrachten Argumente auch auf der Konstruktionsebene gedeutet werden. Da der allgemeine Gleichheitssatz strukturell nach der Unterscheidung Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung funktioniere, sei eine Abwägung mit Freiheitsphären anderer Privatrechtsakteure nicht möglich. Die Wirkung von Freiheits- und Gleichheitsrechten sei im Privatrecht „qualitativ und prinzipiell“ eine andere: Dieses Argument beruht darauf, dass die in den Freiheitsrechten zum Ausdruck kommenden Freiheitsphären in Konfliktfällen abgewogen werden müssten. Gleichheitsrechte seien hingegen abwägungsresistent.¹⁸⁸¹ Dieses Argument beruht jedoch auf einer Fehlannahme: Wie oben gezeigt werden konnte, ist die Grundrechtswirkung im Privatrecht immer eine andere als gegenüber dem Staat, da jedes Grundrecht mit den Grundrechten anderer Akteur*innen in Ausgleich gebracht werden muss.¹⁸⁸² So wie dies konstruktiv von jeder Privatrechtswirkungskonstruktion mit leichter Akzentverschiebung bewältigt wird, müssen je nach Grundrecht ebenfalls leichte dogmatische Modifikationen vorgenommen werden, um einen Ausgleich herstellen zu können. Das Argument der „Abwägungsresistenz“ beruht darauf, dass dem allgemeinen Gleichheitssatz kein konkreter, materialer Gewährleistungsgehalt entnommen werden kann, der dann mit Freiheitsrechten abgewogen werden könnte. Die Abwägung mithilfe eines bestimmten Verhältnismäßigkeitsprinzips ist jedoch nur eine von mehreren möglichen Konstruktionsmöglichkeiten für den grundrechtlichen Ausgleich. Wie noch zu zeigen sein wird, ist auch auf der dogmatischen Ebene ein Ausgleich zwischen Gleichheits- und Freiheitsgrundrechten im Privatrecht möglich.¹⁸⁸³

Das Argument, dass Gleichheitsrechte wegen der Freiheitsrechte prinzipiell keine Anwendung im Privatrecht finden können, kann auch dadurch entkräftet werden, dass auch Vertreter*innen dieser Ansicht Ausnahmen

1881 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54, der allerdings inkonsequent ist: Er lehnt zwar grundsätzlich die Einbeziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in die Rechtfertigungsprüfung ab, muss aber eingestehen, dass auch bei einer Rechtfertigung durch sachliche Gründe „Elemente einer Abwägung nicht ausgeschlossen“ seien (Rn. 44).

1882 Siehe dazu oben § 9 I 1 a.

1883 Siehe dazu unten § 9 V.

in Monopolsituationen oder extremen Fällen sozialer Macht erwägen.¹⁸⁸⁴ Die Erwägung von Ausnahmen zeigt, dass es Fälle geben könnte, in denen eine Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Privatrecht geboten erscheint. Die dogmatische Verarbeitung des Problems, dass dieser dann mit den Freiheitsrechten in Ausgleich zu bringen ist, ist eine andere Frage.

Damit konnten die Bedenken gegen ein „Nichtanwendungsmodell“ ausgeräumt werden. Wird jedoch der hier vertretenen Ansicht gefolgt, dass die modale Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Schutzfunktion gegenüber Privatrechtsakteur*innen ausschließt, stellt sich die Frage, ob eine andere Grundrechtsdimension die Privatrechtswirkung begründen kann. Damit verbleibt als eine der Hauptdimensionen der Grundrechte nur noch die Teilhabedimension.

IV. Teilhabedimension

1. Teilhabedimension der Grundrechte

Die Teilhabe- und Leistungsdimension bzw. die sozialen Gewährleistungsgehalte¹⁸⁸⁵ von Grundrechten sind im Vergleich zu den übrigen Grundrechtsdimensionen am wenigsten gesichert.¹⁸⁸⁶ Grundsätzlich können nach hier verwendeter Terminologie zwei Arten unterschieden werden: Leistungsrechte sowie Teilhaberechte. Dabei besteht kein kategorischer Unterschied zwischen der Leistungs- und Teilhabedimension der Grundrechte: Die Leistungsdimension beschreibt Gewährleistungsgehalte von Grundrechten, die auf Zahlungsansprüche oder Sachleistungen gerichtet sind, während die Teilhabedimension amorphere Formen von Teilhabe wie z.B. Partizipationsmöglichkeiten an Verfahren und Entscheidungsprozessen

1884 Insbesondere *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 54 und *ders.*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 71; dieser Ausnahmekonzeption hat sich auch BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 27 angeschlossen; ein Willkürverbot bei einem sozialen Machtverhältnis nehmen ebenfalls *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 68 sowie *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 17 an; vgl. auch die Nachweise unten in Fn. 2116.

1885 Siehe zu sozialen Grundrechten *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 43 – 70; der Begriff der sozialen Grundrechte geht nach hier vertrettem Verständnis gänzlich in den originären Leistungs- und Teilhabeansprüchen auf.

1886 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 256.

meint.¹⁸⁸⁷ Innerhalb der Teilhabedimension lassen sich originäre von derivativen Teilhabeansprüchen unterscheiden:¹⁸⁸⁸ „Originäre Teilhaberechte sind unmittelbar aus den Grundrechten folgende Ansprüche auf Teilhabe, während derivative Teilhaberechte zwar ebenfalls aus Grundrechten abgeleitet werden, in ihrem Bestand, ihrem Inhalt und Umfang aber abhängig sind von vorgängigem teilhabebegründenden staatlichen Handeln.“¹⁸⁸⁹

Originäre Leistungs- und Teilhaberechte sind bereits auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Begründung problematisch.¹⁸⁹⁰ Das soll in dieser Untersuchung nicht weiter thematisiert werden. Stattdessen wird hier die Teilhabedimension in Form von Grundrechten als derivate Teilhaberechte in das Zentrum gerückt. Diese sind auf der verfassungsrechtlichen Ebene insbesondere durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fest verankert.¹⁸⁹¹ Bei der Teilhabedimension handele es sich um eine „schillernde“ Grundrechtskategorie, weil ihre Dogmatik, insbesondere die konkreten Gewährleistungsgehalte, noch nicht hinreichend geklärt ist.¹⁸⁹²

Ausgangspunkt der Etablierung von der Leistungs- und Teilhabedimension von Grundrechten waren Beobachtungen von einem Wandel des Staatsverständnisses hin zu einem Leistungsstaat sowie einer Notwendigkeit, zusätzlichen Grundrechtsschutz in diesem Bereich zu gewähren.¹⁸⁹³ Der Text des Grundgesetzes blieb gleich, während sich die soziale Wirklichkeit in der Umwelt des Verfassungsrechts wandelte; dadurch konnten insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip so akzentuiert werden, dass die Leistungs- und Teilhabedimension der Grundrechte diskussionswürdig wurde.¹⁸⁹⁴ Der Hauptunterschied der Teilhabedimension von Grundrechten zur Abwehr- und Schutzpflichtendimension besteht darin, dass Teilhabe die Existenz eines sozialen Zusammenhangs voraussetzt, zu dem der Einzelne oder die Einzelne in Beziehung gesetzt wird. Teilhabe bzw. Partizipation an diesem sozialen Zusammenhang bedeutet dann,

1887 Ähnlich wie hier *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 8 – 10.

1888 Grundlegend *Martens*, VVDStRL 30 (1972), 7 (21).

1889 *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 12.

1890 Dazu *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 259 – 261.

1891 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261, der zutreffend auf BVerfGE 33, 303 (330 – 336) – *numerus clausus I* verweist; ebenso *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 69.

1892 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 178.

1893 *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 371.

1894 Zutreffend *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 371.

dass der Person Verhaltensmöglichkeiten eröffnet werden, die ihr sonst verschlossen blieben.¹⁸⁹⁵ In der Leistungs- und Teilhabedimension wird deutlich, dass innerhalb der Grundrechtsdogmatik und -theorie Freiheit auch material gedacht wird, weil beide Dimensionen darauf abzielen, die Ermöglichungs- und Ausübungsbedingungen grundrechtlicher Freiheit abzusichern bzw. herzustellen.¹⁸⁹⁶

2. Teilhabedimension im Vertikalverhältnis

Der allgemeine Gleichheitssatz war grundrechtsdogmatisch der Ausgangspunkt der Teilhabedimension der Grundrechte.¹⁸⁹⁷ Der allgemeine Gleichheitssatz weist jedoch aufgrund seiner modalen Struktur und aufgrund seiner Maßstabsarmut keine Teilhabefunktion in Ausprägung originärer Leistungsrechte auf.¹⁸⁹⁸ Die Teilhabedimension umfasst neben den originären Leistungsrechten jedoch auch derivative Teilhaberechte, also Ansprüche, die auf die Partizipation an einem bestehenden (staatlichen) Leistungsangebot gerichtet sind.¹⁸⁹⁹ Traditionell wird als Anknüpfungspunkt dafür die Bereitstellung einer staatlichen Einrichtung gewählt: „Der Gleichheitssatz kann auch einen Anspruch auf individuelle Teilhabe an staatlichen Einrichtungen begründen.“¹⁹⁰⁰

Die Staatsgerichtetheit kommt deutlich bei denjenigen zum Tragen, die die Teilhabedimension noch weiter in eine *Teilnahmefunktion* ausdifferenzieren: Der zusätzliche Topos der Teilnahmefunktion soll die besondere Bedeutung der Teilhabe an der politischen Willensbildung, also Teilhabe bzw. Partizipation am politischen System – am demokratischen Staat –, hervorheben.¹⁹⁰¹ Formen der Teilnahmerechte sind dabei insbesondere Wahlen und Abstimmungen, gleicher Zugang zum öffentlichen Dienst, die Kommunikationsgrundrechte sowie die Parteienfreiheit.¹⁹⁰²

Vergleichbar zur historisch stärkeren Betonung des Schutzpflichtencharakters von Grundrechten können auch für das Aufkommen der Diskussi-

1895 Murswiek, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 2.

1896 Ähnlich Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 67 f.

1897 Siehe Murswiek, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2006, § 112 Rn. 69 – 72.

1898 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 177; siehe auch oben § 9 III 1.

1899 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 178; siehe auch oben Fn. 1888.

1900 P. Kirchof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293.

1901 So Starck, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 41, Rn. 1.

1902 Auflistung bei Starck, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 41, Rn. 41 – 87.

on um Teilhaberechte spezifische gesellschaftliche Veränderungen sowie gewandelte Staatsaufgaben identifiziert werden: „Die Grundrechte erfüllen ihre Funktion als Abwehrrechte umso weniger, je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, der Staat oft die fast ausschließliche Organisationshoheit über einen freiheitserheblichen Lebensbereich – dort die Universitäten – übernimmt. *Aus Freiheitsrechten werden dann Teilhaberechte.*“¹⁹⁰³ Die Teilhabedimension der Grundrechte reagiert damit auf veränderte Ausübungsbedingungen der grundrechtlichen Freiheit, die auf gewandelte Staatstätigkeit zurückzuführen sind.

Dabei ist die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes (gegen den Staat) weithin anerkannt.¹⁹⁰⁴ Umstritten¹⁹⁰⁵ ist hingegen, ob Art. 3 Abs.1 GG die Teilhabedimension bereits von vornherein in sich trägt,¹⁹⁰⁶ sich die Teilhabedimension (zumindest auch) separat aus Freiheitsrechten ergeben kann¹⁹⁰⁷ oder ob gerade die Kombination¹⁹⁰⁸ aus Freiheitsgrundrecht und allgemeinem Gleichheitssatz die Teilhabedimension zum Ausdruck bringt. Hier ist nicht der Ort, diese dogmatische Frage abschließend zu klären, zumal nicht ersichtlich ist, ob sich daraus überhaupt relevante Konsequenzen ergeben würden. Überzeugend ist es jedoch, dass der Gleichheitssatz bereits alleine den (gleichheitsgemäßen) Zugang zu (öffentlichen) Einrichtungen regelt – dies ist sein Gewährleistungsgehalt.¹⁹⁰⁹ Die Nennung eines bestimmten Freiheitsrechts ist dabei nicht schädlich; es verdeutlicht, dass der begehrte Zugang in ein spezifisches, vom Freiheitsgrundrecht geschütztes, soziales System fällt. Soweit die Gleichheitssätze

1903 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293 [Hervorhebung im Original].

1904 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs.1 Rn.178; *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 88; vgl. auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 53 – 56.

1905 Eine Übersicht zum Streit gibt *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 72 – 75.

1906 *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 73; *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293; *Murswiek*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 2011, § 192 Rn. 73 f.

1907 *Rixen*, DVBl. 2018, 906 (914 f.) sieht in der Rechtsprechung des BVerfG im Bereich des Sozialrechts die Leistungsdimension noch in den Freiheitsgrundrechten liegen, erwägt aber, die Konstruktion alternativ über Art. 3 Abs. 1 GG zu stützen.

1908 BVerwGE 52, 339 (348 f.). Von einem Alternativverhältnis geht *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 3 I GG Rn. 228 aus.

1909 *Sachs*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 107 (118).

– und das trifft insbesondere auf Art. 3 Abs. 1 GG zu – thematisch unbegrenzt gelten, greifen sie für jeden Lebensbereich ein.¹⁹¹⁰ Der Verweis auf ein Freiheitsrecht mag dann nur den spezifischen Lebensbereich genauer bezeichnen, soweit ein Lebensbereich ein grundrechtliches Pendant gefunden hat.¹⁹¹¹ Mehr als eine Klarstellungsfunktion ist dem jedoch dogmatisch nicht zu entnehmen.¹⁹¹² Grundrechtliche Schutzlücken würden sich bezüglich der Teilhabe zudem dann stellen, wenn ein Lebensbereich bzw. ein soziales System gerade kein freiheitsrechtliches Pendant gefunden hat. „Art. 3 Abs. 1 GG begründet somit – in der Regel in Verbindung mit Freiheitsrechten – einen Teilhabeanspruch, wenn bestimmte, für die Freiheitsberechtigten zugängliche Einrichtungen bestehen. Er eröffnet den Zugang zur Hochschule, zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk, zu sozialen Sicherungssystemen, zu Stadthallen als Ort parteipolitischer Werbung, zu Marktplätzen, zum Gemeingebrauch auf öffentlichen Wegen und Plätzen.“¹⁹¹³

Einen Vorschlag zur Konkretisierung des Gewährleistungsgehaltes von Art. 3 Abs. 1 GG als derivativem Teilhaberecht hat *Wollenschläger* unterbreitet, dem hier gefolgt werden soll. Für ihn umfasst der Gewährleistungsgehalt in der Teilhabedimension zwei Aspekte: (1.) Ansprüche auf Partizipation an einem (staatlichen) Leistungsangebot und (2.) Ansprüche auf sachgerechte Ausgestaltung des Leistungsangebots – also eine Kontrolle der Verteilungsregeln.¹⁹¹⁴ „Art. 3 Abs. 1 GG verlangt die *gleichheitskonforme Ausgestaltung bestehender Leistungssysteme*, mithin sachgerechte *Zugangskriterien* und ein entsprechendes Verfahren.“¹⁹¹⁵ Damit geht es um mehr als die bloße Teilhabe am Vorhandenen, da es zusätzlich um die Kontrolle des bestehenden Leistungsregimes in seiner konkreten Ausgestaltung geht. Zugleich knüpft der derivative Teilhabeanspruch aber an einer bestehenden Organisation an, worin der entscheidende Unterschied zu originären Leis-

1910 *Sachs*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 107 (118).

1911 So auch *Kingreen*, in: BK, GG, Art. 3 Rn. 303: „Gleichheitsrechte sind Teilhaberechte, und zwar nur Gleichheitsrechte.“

1912 Anders *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 74 – 78, der die Freiheitsgrundrechte als erhöhte Rechtfertigungsstandards heranzieht.

1913 *P. Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 293.

1914 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 179; *ders.*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 70 – 71.

1915 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 180 [erste Hervorhebung im Original; zweite Hervorhebung hinzugefügt].

tungsrechten besteht.¹⁹¹⁶ Damit generalisiert *Wollenschläger* die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum derivativen Teilhaberecht.¹⁹¹⁷

3. Teilhabedimension im Privatrecht

Auch wenn *Wollenschlägers* Konzeption die Teilhabedimension auf einer mittleren Abstraktionsebene konkretisieren konnte, verbleibt auch er bei einer strikt staatsorientierten Position. Seine Untersuchung und Entwicklung des allgemeinen Gleichheitssatzes und insbesondere seiner Teilhabedimension ist dabei typologisch stark von staatlichen Verteilungsverfahren geprägt. So wird verständlich, dass aufgrund der Staatsgerichtetheit die Teilhabedimension für das Privatrecht weitgehend für irrelevant gehalten wird: „Die Anknüpfung von Teilhaberechten an die Zurverfügungstellung einer Einrichtung durch den Staat zeigt zugleich deren prinzipielle Staatsgerichtetheit auf.“¹⁹¹⁸ Daher sei die Teilhabefunktion zwar dogmatisch weitgehend abgesichert, aber eine irrelevante Funktion für das Privatrecht.¹⁹¹⁹

Dieses Urteil mag als Beschreibung für den aktuellen (verfassungs-)rechtlichen Diskurs zutreffen. Allerdings sprechen zwei Argumente gegen eine kategorische Unmöglichkeit der Re-Konstruktion der Teilhabedimension auch im Privatrecht. Zum einen wurden im bisherigen Privatrechtswirkungsdiskurs die Abwehr- und die Schutzfunktion zu Beginn ihrer „Entdeckung“ auch nur staatsgerichtet gedeutet. Die Anwendungskonstruktion hat dann jedoch die Abwehrdimension auch für das Privatrecht fruchtbar gemacht. Die ursprünglich eng gefasste Schutzpflicht wurde für eine Vielzahl von genuin privatrechtlichen Grundrechtskollisionen ausgeweitet.¹⁹²⁰ Es wäre daher inkonsequent, sich konstruktiv einer Teilhabedimension auch im Privatrecht von vornherein zu verweigern. Zum anderen konnte die Untersuchung des allgemeinen Kontrahierungszwanges zeigen, dass auch dem Privatrecht eine Zugangs- bzw. Teilhabedimension nicht gänzlich unbekannt ist. Dabei wird dieses Institut vermehrt durch grundrechtliche Gewährleistungsgehalte überlagert. Ob der Gewähr-

1916 *Wollenschläger*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 180.

1917 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261 spricht nur von (1.) der gleichheitsrechtlichen Ausgestaltung des Zugangs sowie (2.) der Verpflichtung, die Kapazitäten der Einrichtung dem Bedarf der betroffenen Grundrechtsträger entsprechend zu nutzen.

1918 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 261.

1919 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 262.

1920 Vgl. dazu oben § 9 I 1 b.

leistungsgehalt eines konkreten Grundrechts einen Kontrahierungszwang auslöst, hängt jedoch entscheidend davon ab, ob diesem Grundrecht eine Teilhabedimension – und da es sich hier um einen sozialen Konflikt zwischen zwei Privatrechtsakteur*innen geht – gerade auch im Privatrecht zukommt.¹⁹²¹ Zudem klingt im Stadionverbotsbeschluss ebenfalls die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes implizit an: Welcher anderen Grundrechtsdimension sollte sonst die „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben“¹⁹²² zugeordnet werden?¹⁹²³

Stehen damit keine grundlegenden Bedenken entgegen, müssen jedoch Argumentationsschritte zur Erstreckung in das Privatrecht hineingefunden werden. Zwar bietet das Denken in Grundrechtsdimensionen eine allgemeine Methode zur Konkretisierung grundrechtlicher Gewährleistungsgehalte. Speziell für die Frage, inwieweit eine allgemein verfassungsrechtlich anerkannte Dimension auf das Privatrecht übertragen werden kann, fehlt es jedoch an einer spezifischen Methode. Allerdings kann das Denken in Grundrechtsdimensionen für die Herleitung auch privatrechtlicher Gewährleistungen in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachgewiesen werden.¹⁹²⁴ Diese Untersuchung schlägt dazu zwei argumentative Schritte vor: Zunächst sollen die Leitentscheidungen zur Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG, nämlich die Rechtsprechungslinie zum *numerus clausus*,¹⁹²⁵ aus differenzierungstheoretischer Perspektive dekonstruiert und anschließend generalisiert werden. Dabei soll es nicht um die einzelnen Sachentscheidungen an sich gehen,¹⁹²⁶ sondern um eine Beschreibung des sozialen Konfliktes, der dazu führte, dass hier Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen wird. Dadurch soll gezeigt werden, dass konstruktiv

1921 Siehe dazu oben § 8 III 2. Auch *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 239 f. bedenkt ansatzweise, die Teilhabedimension für die Ausgestaltung des Privatrechts fruchtbar zu machen, um die Entscheidungsspielräume für alle Wirtschaftsteilnehmer*innen zu sichern [Hervorhebung im Original].

1922 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

1923 Auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 56a ordnet jetzt den Stadionverbotsbeschluss der Teilhabedimension zu; ähnlich auch *Neuner*, NJW 2020, 1851 (1854): soziales Teilhaberecht, das Schutzpflichten auslöse.

1924 BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 85 – 91 für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

1925 BVerfGE 33, 303 – *numerus clausus I*; 43, 291 – *numerus clausus II*; BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14 – *numerus clausus III*; auch *Viellechner*, Transnationalisierung des Rechts, 2013, S. 221 Fn. 206 zieht die erste Entscheidung heran und re-spezifiziert den Teilhabegedanken im transnationalen Kontext.

1926 Siehe dazu *Groth/Hohnerlein*, KJ 51 (2018), 304; *Fehling*, RdJB 2018, 100.

die zugrunde liegenden Wertungen auf andere Fälle, auch privatrechtliche, übertragen werden können. In einem zweiten Argumentationsschritt ist darüber hinaus auf einer Wertungsebene zu zeigen, dass dieser Konstruktionschritt auch im Privatrecht geboten ist, um auf aktuelle Ausübungsbedingungen von grundrechtlich geschützter Freiheit in der modernen Gesellschaft zu reagieren.

a. Generalisierung und Re-Spezifizierung der Numerus-Clausus-Rechtsprechung

In allen drei *numerus clausus*-Entscheidungen geht es um die Hochschulzulassung zu medizinischen Studiengängen. Der Zugang zum Medizinstudium in Deutschland ist heute staatlich zentralisiert:¹⁹²⁷ Alle Abiturient*innen müssen sich bei der Stiftung für Hochschulzulassung (früher: Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen – ZVS) bewerben. Dabei sind die Studienplätze begrenzt. Die Stiftung für Hochschulzulassung muss daher die knappen Ausbildungsplätze für angehende Mediziner*innen verteilen. Differenzierungstheoretisch ausgedrückt, regelt damit diese staatliche Stiftung¹⁹²⁸ zunächst einen Teil der Inklusion in das Bildungs- und Wissenschaftssystem, indem nur bestimmte Studierende Zugang zu den medizinischen Studiengängen an deutschen Hochschulen erhalten. Darüber hinaus bestimmt sie maßgeblich über die spätere Inklusion der Leistungsrollenträger*innen in das Gesundheitssystem: Der Abschluss eines medizinischen Studiums ist entscheidende Voraussetzung beispielsweise für die Zulassung als Ärzt*in.¹⁹²⁹ Das Zulassungs- und Verteilungsverfahren der Stiftung für Hochschulzulassung kann damit als Inklusionsregel für einen kleinen Teil des Bildungs- und Wissenschaftssystems sowie für einen erheblichen Teil des Gesundheitssystems beschrieben werden. Der soziale Konflikt besteht mithin darin, dass ein staatliches Verteilungsverfahren über die Inklusion in das Bildungs-, Wissenschafts- sowie Gesundheitssystem entscheidet. Der allgemeine Gleichheitssatz in seiner Teilhabedimension sichert diese Inklusion ab bzw. kontrolliert die Verteilungsentscheidung.

1927 Siehe zur Entwicklung der zentralisierten Hochschulzulassung nach dem ersten *numerus clausus*-Urteil BVerfG, Urt. v. 19.12.2017, 1 BvL 3/14 – *numerus clausus III*, Rn. 3 – 8.

1928 Nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 StV Hochschulzulassung ist die Stiftung für Hochschulzulassung eine Stiftung des öffentlichen Rechts.

1929 Vgl. § 3 Abs. 1 lit. 4 BÄO.

Eine Generalisierung des sozialen Konfliktes kann in zwei Richtungen hin erfolgen. Zum einen kann der soziale Kontext des Zugangs und der Inklusion auch auf andere Kontexte hin generalisiert werden. Dies erscheint weitgehend unproblematisch: In staatlichen Zugangs- und Partizipationskontexten finden sich Verteilungsverfahren in ganz unterschiedlichen sozialen Kontexten.¹⁹³⁰ Zum anderen kann der Zugangs- und Inklusionskonflikt auch für privatrechtliche Konflikte generalisiert werden. Hier ist deutlich mehr Überzeugungsarbeit zu leisten. Ob die Teilhabedimension auch auf privatrechtliche Inklusionskonflikte erstreckt werden sollte, lässt sich nur auf der Wertungsebene beantworten. Es ist also nach Argumenten zu suchen, die dafürsprechen, dass privatrechtliche Inklusions- und Zugangs-konflikte ähnliche Probleme wie staatliche Verteilungskonflikte aufweisen bzw. erzeugen.

b. Wertungsebene

So wie auch die Schutzpflichtendimension zu ihren Anfängen begründet werden musste, muss auch hier begründet werden, welche gesellschaftlichen Umstände eine Ausweitung der Teilhabedimension der Grundrechte auch gegenüber Privaten rechtfertigt; dies zeigt auch *Ruffert* nachdrücklich auf: Die Entwicklung einzelner Grundrechtsdimensionen – auch im Kontext ihrer jeweiligen Privatrechtswirkung – war und ist jeweils stark von politischen und sozialen Kontexten abhängig.¹⁹³¹ Kein Grundrecht ist „self-executing“, sondern setzt immer an bestimmten (staatlichen und gesellschaftlichen) Vorleistungen und Voraussetzungen an.¹⁹³² Entsprechend des oben vorgestellten sozialtheoretischen Analysemodells, das auf differenzierungstheoretischen Grundannahmen beruht, soll hier die These entwickelt werden, dass es durch die funktionale Differenzierung entstandene strukturelle Abhängigkeitssituationen sind, die zu einer Ausweitung der Teilhabedimension der Grundrechte auch in das Privatrecht hinein führen. So überrascht es nicht, dass erste Ansätze in diese Richtung von systemtheoretisch inspirierten Arbeiten stammen. Die Teilhabedimension der Grundrechte kann generalisiert und anschließend im Privatrecht kontextspezifisch re-spezifiziert werden.

1930 Siehe die eingehende Analyse bei *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 193 – 523.

1931 Vgl. *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 7 f., 8 – 30.

1932 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.

(1.) Abhängigkeiten in der funktional differenzierten Gesellschaft

So spricht beispielsweise *Teubner* von der Inklusionsfunktion der Grundrechte im Kontext der Horizontalwirkung.¹⁹³³ Dabei stellt er auf das „Inklusionsparadox der funktionalen Differenzierung“ ab: Eigentlich sind alle Funktionssysteme darauf angewiesen und darauf ausgelegt, dass potentiell alle oder zumindest die meisten Menschen in sie (jeweils funktionsspezifisch) inkludiert werden; allerdings führt teilweise die innere Dynamik von Funktionssystemen dazu, dass ganze Bevölkerungsgruppen aus ihnen exkludiert werden.¹⁹³⁴ Bei Teilhaberechten geht es dann um verfassungsrechtliche Gegeninstitutionen gegenüber Exklusionseffekten sozialer Systeme. „Grundrechte wirken dann nicht nur als Grenzen der Funktionssysteme gegenüber der Autonomie der Individuen, sondern als Garantien der Inklusion der Bevölkerung in die Funktionssysteme.“¹⁹³⁵ *Teubner* geht es damit nicht mehr um eine systemtheoretische Deutung der Grundrechte, die gegen Expansionstendenzen sozialer Systeme in Stellung gebracht werden können, sondern um Inklusionskonflikte innerhalb einzelner Systeme.

Wichtig ist dabei, die Inklusions-/ Exklusionsdifferenz für jedes Teilsystem zu betrachten. So ist die derzeitige verfassungsrechtliche Dogmatik bezüglich der Teilhaberechte primär auf das politische System ausgerichtet oder versteht sich als grundrechtsdogmatische Weiterentwicklung im Zuge gewandelter Staatsaufgaben (Wohlfahrtsstaat als latente Antwort auf soziale Ungleichheiten). Da es nur bei der ersten „Erscheinungsform“ um die systemspezifische Inklusion geht, soll sich hier darauf beschränkt werden. Die im politischen System verwirklichte Inklusionsidee über das Wahlrecht, die demokratisch-funktionale Dimension der Kommunikationsgrundrechte u.a.¹⁹³⁶ gilt es zu generalisieren, sodass in sämtlichen Funktionssystemen der Zugang faktisch gewährleistet werden kann.¹⁹³⁷ Zudem „ist es eine Aufgabe der Respezifizierung, die funktionssystemspezifischen Bedingungen so zu formulieren, die Zugang zu den gesellschaftlichen Institutionen ermöglichen.“¹⁹³⁸ Dies führt zu einer „Drittwirkung von Grundrechten in

1933 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 207.

1934 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 207.

1935 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 208; das Inklusionsproblem reißen *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 329 zumindest an.

1936 Siehe zu dieser „Teilnahmedimension“ oben § 9 IV 2.

1937 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 208; ansatzweise bereits *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 326 – 329.

1938 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 209.

der Form eines Zugangsrechts“.¹⁹³⁹ Die Inklusionsfunktion der Grundrechte schirmt damit nicht nur das Individuum und die individuelle Freiheit gegen den Staat ab, sondern gewährleistet auch die Inklusion in alle Funktionssysteme der modernen Gesellschaft.¹⁹⁴⁰

Damit konnte *Teubner* den Begriff der Inklusion auch für die Privatrechtswirkung von Grundrechten einführen. Jedoch bleibt dabei unklar, warum genau Grundrechte auch Inklusionsfragen in der modernen Gesellschaft erfassen und regeln sollen. *Willke* hat hier – ebenfalls aus systemtheoretischer Perspektive – die Wertung gezogen, dass sich im Laufe sozialer Differenzierung, erst durch Arbeitsteilung, dann durch funktionale Differenzierung, die Ausübungsbedingungen von Freiheit geändert haben. „Ihre Funktion [der Teilhaberechte] ist die Garantie der Chance einer freien und gleichen Teilhabe an den immer schon gesellschaftlich vermittelten Prozessen der materiellen und kulturellen Produktion [...]“.¹⁹⁴¹ *Willkes* Anknüpfungspunkt ist die Beobachtung einer funktional differenzierten Gesellschaft, in der die Sozialordnung nicht mehr (nur) als Summe individueller Lebensentwürfe verstanden werden kann, sondern als hochdifferenzierter, interdependenter Gesamtprozess.¹⁹⁴² Damit deckt sich seine Beschreibung der Gesellschaft weitgehend mit den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Vorannahmen. Bereits oben konnte gezeigt werden, dass funktionale Differenzierung (1.) auf der Makroebene bedeutet, dass einzelne Funktionssysteme abhängig von den jeweiligen Leistungen anderer Systeme sind und (2.) der Einzelne für die Teilnahme an der Gesellschaft auf Inklusion in die jeweiligen Systeme angewiesen ist.¹⁹⁴³ Auch nach der systemtheoretischen Deutung werden im verfassungsrechtlichen Diskurs spezifische soziale Veränderungen reflektiert:¹⁹⁴⁴ Hintergrund des Aufkommens der Teilhaberechte sind diese veränderten Funktionsbedingungen komplexer Gesellschaften. Teilhaberechte seien die rechtstheoretische Antwort auf spezifische Steuerungsprobleme der sozialen Systeme.¹⁹⁴⁵

1939 *Teubner*, Verfassungsfragmente, 2012, S. 210; zu Zugangsrechten *Wielsch*, Zugangsrechte, S. 254.

1940 *Verschraegen*, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, 2013, S. 61 (62 f.) im Kontext von Menschenrechten.

1941 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 216 f.

1942 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.

1943 Siehe oben § 4 III 1, 2; § 8 III 1, 2.

1944 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217.

1945 *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218.

„In einer Phase der Gesellschaftsentwicklung, in der nicht mehr der liberale Individualismus, sondern die soziale Interdependenz Basis der Gesellschaftsordnung ist, verfehlt eine einseitig auf maximale Freiheit zielende Grundrechtsinterpretation notwendig ihren eigenen Anspruch.“¹⁹⁴⁶ Freiheit wird in immer stärkerem Ausmaße nur noch als gleiche Teilhabe an einem freiheitlich organisierten Gesamtprozess realisierbar, weil Menschen in vielfältiger Weise voneinander abhängig sind und sich in Verflechtungen unterschiedlicher Rollen und spezialisierten (Arbeits-)Bereichen gegenüber treten.¹⁹⁴⁷ Normativ sollte es also um eine auf gleiche Teilnahmekancen zielende Ordnung gehen.¹⁹⁴⁸

Die Grundrechte sind vielleicht primär Freiheitsrechte, jedoch schließt das nicht aus, dass sie auch die Zuteilung von Lebenschancen beinhalten können.¹⁹⁴⁹ Die Multifunktionalität der Grundrechte bringt genau zum Ausdruck, dass es zwar immer noch um den Schutz erreichter Grundrechtspositionen geht (Abwehrfunktion gegenüber Staat), aber gleichzeitig um die soziale, tatsächliche Verwirklichung von Grundrechten (Schutz- und Teilhabefunktion).¹⁹⁵⁰ Es sind insbesondere die Leistungen der Funktionssysteme, die in der modernen Gesellschaft die Ausübung grundrechtlicher Freiheit ermöglichen. Nehmen sich Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik diesem Umstand nicht an, nehmen Verfassung, Rechtspraxis und Rechtswissenschaft hin, dass der Einzelne einem bereits durch die bestehenden Machtverhältnisse strukturierten System gegenübersteht und sich diesem unterordnen muss. Dies trifft besonders diejenige, die auf die Systemleistungen zwingend angewiesen sind, um überhaupt eigene Freiheit auszuüben. Teilhaberechte bedeuten in diesem Kontext, dass die Interde-

1946 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218.

1947 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218. Hier kann auch eine grundrechtliche Parallele zu dem vertragstheoretischen Rollendenkens *Rehbinders* gesehen werden, vgl. dazu oben § 2 IV 3.

1948 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 217, 219.

1949 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 219 mit Verweis BVerfGE 33, 303 (338) – *numerus clausus I*.

1950 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 220.

pendenz rechtlich abgebildet werden kann.¹⁹⁵¹ Damit werden Grundrechte notwendig zu sozialen Grundrechten.¹⁹⁵²

Diese Abhängigkeit zur Grundrechtsausübung wird gegenüber staatlichen Inklusionsregeln bereits durch die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG hinreichend abgebildet. Die Debatte um Leistungs- bzw. Teilhaberechte gegenüber dem Staat verdunkelt jedoch das eigentliche Problem, nämlich dass in modernen Gesellschaften alle Menschen auf andere Menschen, Institutionen, Systeme o.ä. angewiesen sind, um ihre Freiheit auszuüben – der Staat ist im Bereich der Hochschulzulassung nur ein Teil des Gesamtproblems.¹⁹⁵³ Bei der Teilhabedimension der Grundrechte geht es auch um die Voraussetzungen oder tatsächlichen Bedingungen der Grundrechtsausübung.¹⁹⁵⁴ Damit geht es aber darum, dass zur Ausübung der eigenen Freiheit Leistungen anderer Menschen in Anspruch genommen werden sollen bzw. müssen. Die mit dem Teilhabeanspruch reklamierte Freiheit wird durch den Staat vermittelt, aber die Mitglieder des Gemeinwesens fungieren dabei insgesamt als indirekte Anspruchsgegner des Teilhabeanspruchs.¹⁹⁵⁵ Soziale Teilhabe und Abhängigkeiten gibt und gab es jedoch schon immer: Die etatistisch mediatisierte Teilhabe ist nur eine Erscheinungsform. Insbesondere können die Vertrags- und Eigentumsfreiheit als

1951 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 221; angedeutet, mit einem Fokus auf international tätigen Unternehmen, bei P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 291 (allerdings auf dem Niveau einer Alltagserfahrung).

1952 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 224. Ähnlich auch Verschraegen, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), Making Human Rights Intelligible, 2013, S. 61 (67 f.) zur Rolle sozialer Leistungsrechte: „By assigning ‘social rights’ to all its citizens, welfare states aim to guarantee equal chances of inclusion in all important function systems, mainly by insulating or differentiating labour market inclusion from other forms of inclusion (thus ensuring that one’s standing in the labour market remains relatively independent from inclusion in other social systems such as education or healthcare).“ In diesem Zitat wird deutlich, dass auch bereits staatliche Geldleistungen (insbesondere das Sozialrecht) auf soziale Teilhabe gerichtet sind. Dies betrifft jedoch fast ausschließlich ökonomische Schief lagen – oder soziologisch: Probleme sozialer Ungleichheit. Die Teilhabeprobleme funktional differenzierte Gesellschaften werden dadurch nicht adressiert.

1953 So auch Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 218: Leistungsstaat nur ein Symptom.

1954 Suhr, EuGRZ 1984, 529 (538); ebenso Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 67 f.

1955 Suhr, EuGRZ 1984, 529 (538).

weitgehender materieller Teilhabeschutz gedeutet werden.¹⁹⁵⁶ Die Freiheiten der Menschen sind verschränkt; sie sind voneinander abhängig – dies ist die „primäre Teilhabeordnung“.¹⁹⁵⁷

Aus der Beobachtung, dass Menschen generell und nicht nur in besonderen Situationen aufeinander angewiesen sind, wäre es hingegen fatal, Teilhabeansprüche jedermann gegen jedermann abzuleiten; es geht hier darum, die Freiheit richtig zu begreifen: „So bestätigt die ‚Teilhabe an staatlichen Leistungen‘ zunächst nur, dass man, wo immer man den Fragmenten der heutigen Grundrechtsdogmatik auf den Grund geht, auf die Grundstrukturen der Freiheit stößt.“¹⁹⁵⁸

Die Theorie funktionaler Differenzierung betont damit, dass die Dichotomie Staat und privater Bereich – und Interdependenzen zwischen ihnen – nur eine mögliche, relevante Konfliktlinie der Inklusion und anderen Konflikten bildet. Inklusions- und Zugangsfragen stellen sich in der modernen Gesellschaft insbesondere zwischen einzelnen Funktionssystemen¹⁹⁵⁹ und bezüglich der Inklusion einzelner Akteure in die Funktionssysteme.¹⁹⁶⁰ Auch eine interaktionszentrierte Grundrechtstheorie identifiziert das Problem einer „Teilnahme an Interaktionszusammenhängen“, wenn davon die Grundrechtsausübung abhängt.¹⁹⁶¹ Der Gleichheitssatz bietet eine mögliche Antwort darauf: Zugang zur (Möglichkeit der) Freiheit.¹⁹⁶² Oder anders: Der Gleichheitssatz kann durch die Teilhabedimension als eine Zugangsregel im Privatrecht allgemein und im Vertragsrecht im Besonderen konstruiert werden. Er sichert damit die Partizipation an den Leistungen der einzelnen sozialen Funktionssysteme.¹⁹⁶³ Aus der Zusammenschau der Beschreibung, dass die funktional differenzierte Gesellschaft zwar grundsätzlich auf eine weitgehende Inklusion aller Mitglieder der Gesellschaft

1956 Suhr, EuGRZ 1984, 529 (539); dies greift auch Lauber, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 96 – 100 für ihre Konzeption einer immanent gebundenen Vertragsfreiheit auf.

1957 Suhr, EuGRZ 1984, 529 (539).

1958 Suhr, EuGRZ 1984, 529 (539 f.), Zitat bei (540).

1959 Diese Dimension nimmt bezüglich des systemischen Wissensaufbaus Wielsch, Zugangsregeln, 2008 ein.

1960 Siehe dazu oben § 4 III 1, 2; § 6 III 2 b aa.

1961 Broemel, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 6.

1962 Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 234; vom „Zugang zur Freiheit“ spricht auch P. Kirchhof, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 228.

1963 So Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 1027.

ausgerichtet ist,¹⁹⁶⁴ und der Erkenntnis, dass jedes soziale System spezifische Inklusions- und Exklusionsregeln ausbildet, kann die Zugangsregel für den Vertrag derart formuliert werden: Durch die Institution des Vertrages und durch die Vertragsfreiheit wird Inklusion zunächst (*prima facie*) ermöglicht. Der Vertrag in seiner Ordnungsfunktion ermöglicht jedoch, bereichsspezifische Inklusions- und Exklusionsregeln festzulegen. Der Gleichheitssatz als Zugangsregel dient dann als rechtlicher Kontrollmechanismus, um die eigenrational gesetzten Exklusionsregeln zu überprüfen.

(2.) Der allgemeine Gleichheitssatz als privatrechtliches Teilhaberecht

Wie *Hellgardt* anlässlich des Stadionverbotsbeschlusses zutreffend anmerkt, sollte die Privatrechtswirkung einer Grundrechtsdimension nicht nur auf verfassungsrechtlicher Ebene begründet werden. Vielmehr muss darüber hinaus geprüft werden, ob diese Grundrechtsdimension auch mit der Eigenrationalität des Privatrechts vereinbar ist.¹⁹⁶⁵ Unter der Vorannahme¹⁹⁶⁶ einer produktiven Irritation des Privatrechts durch die Grundrechte als Rechtfertigungsgebote dürfen hieran jedoch keine zu großen Anforderungen gestellt werden. Denn das Verfassungsrecht kann unter Umständen das Privatrecht auch dazu zwingen, bestimmte neue Prinzipien in sich aufzunehmen; das Privatrecht ist gegenüber den Grundrechten keine hermetisch geschlossene Sphäre. Mit diesem Maßstab ist danach zu fragen, ob die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes bereits an bestimmte Strukturen oder Diskurse im Privatrecht anknüpfen kann.

Bereits im Rahmen der Untersuchung des allgemeinen Kontrahierungszwangs konnte gezeigt werden, dass seine Grundstruktur in der modernen Gesellschaft mit grundrechtlichen Wertungen angereichert wird, wo-

1964 Dies greift *Verschraegen*, in: Madsen/Verschraegen (Hrsg.), *Making Human Rights Intelligible*, 2013, S. 61 (72) auf und wandelt es normativ: „Human beings live outside the function systems, yet every individual *has to have access to every function system* if and so far as his or her mode of living requires the use of the functions of society. Everyone should be able to enjoy legal status and the protection of the law, everyone should be educated in schools, everyone should be able to acquire and spend money, and so on.“ [Hervorhebung hinzugefügt].

1965 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904): „Der Versuch, die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht vermittelt der Grundrechtsfunktionen zu erklären, bleibt aber unvollständig, solange nicht auch die unterschiedlichen Funktionen des einfachen (Privat-)Rechts in den Blick genommen werden.“

1966 Siehe oben § 9 I 3 b, d.

bei hier primär die Frage relevant wird, ob der Gewährleistungsgehalt eines bestimmten Grundrechts einen privatrechtlichen Teilhabeanspruch umfasst.¹⁹⁶⁷ Darüber hinaus wurde der Stadionverbotsbeschluss zum Anlass genommen, um aus der Perspektive der *iustitia distributiva* allgemein über privatrechtliche Teilhaberechte nachzudenken.¹⁹⁶⁸ Beide Diskurse gehen – zumindest implizit – auf frühe Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz als privatrechtliches Teilhaberecht zurück: *Ludwig Raiser* war einer der ersten, der in Betracht zog, ob sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ein privatrechtliches Teilhaberecht ergibt, welches die dogmatische Form des Kontrahierungszwanges annimmt.¹⁹⁶⁹ Daran anknüpfend versuchte *Wolf* die Fälle zu konkretisieren, in denen der Gleichheitssatz auch im Privatrecht Wirkung entfalten sollte. Für ihn stand dabei eine soziale Gruppendimension im Mittelpunkt seiner Überlegungen: Über Art. 3 Abs. 1 GG erstarkt das rechtlich relevante Interesse, Teil einer spezifischen sozialen Gruppe zu sein, zu einem Teilhaberecht, um zu verhindern, dass die einzelnen Mitglieder aus der Gruppe herausbrechen.¹⁹⁷⁰

Die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes in ihrer Privatrechtswirkung kann damit an bereits bestehende Diskurse im Privatrecht anschließen. Besonders stark decken sich die soeben aus differenzierungstheoretischer Perspektive angestellten Überlegungen zu Abhängigkeiten in der modernen Gesellschaft und der soziale Gruppengedanke von *Wolf*: Das Interesse an Inklusion in der funktional differenzierten Gesellschaft, um an Sozialität partizipieren zu können, ist die aktualisierte Version der Teilhabe an einer sozialen Gruppe.

(3.) Schwächen der etablierten Systemtheorie der Grundrechte

Genau an dieser Stelle weisen „traditionelle“ Konzeptionen einer systemtheoretischen Grundrechtstheorie große Schwächen auf.¹⁹⁷¹ Zwar greifen sie die kollektive Dimension der Grundrechte auf und betonen den Schutz der sozialen Systeme. Grundrechte werden als Abwehrrechte gegen den Staat

1967 Siehe dazu oben § 8 III 2.

1968 Siehe dazu oben § 3 III 3 b.

1969 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts 1977* [1949], S. 1 (8 f.).

1970 *M. Wolf*, in: FS L. Raiser, 1974, S. 597 (598, 611 f.); aufgegriffen von *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020, S. 35 – 37.

1971 *Christensen/Fischer-Lescano*, *Das Ganze des Rechts*, 2007, S. 301 – 345; *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493.

verstanden, der von den eigennormativen und eigenrationalen Kommunikationsprozessen innerhalb der einzelnen Systeme ferngehalten werden soll.¹⁹⁷² Hier wird mit Prämissen operiert, nach denen sich die Funktionssysteme am besten gänzlich selbst regulieren bzw. nur selbst regulieren können und deshalb Konflikte ohne (staatliche) Eingriffe in den Systemen selbst ausgetragen werden sollten.¹⁹⁷³ Insbesondere *Ladeur* operiert hier mit spezifisch-systemtheoretischen Beschreibungen, die die moderne Gesellschaft als zu komplex für eine zentrale Wissensakkumulation ansehen und stattdessen plurale soziale Selbstorganisationsprozesse innerhalb der einzelnen Teilsysteme betonen.¹⁹⁷⁴

Auch wenn diese Beschreibung der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft angemessen ist, kann sie aber normativ gewendet (!) nicht unhinterfragt im rechtswissenschaftlichen Diskurs übernommen werden. Der Systemtheorie der Grundrechte ist zu verdanken, dass wir insbesondere über die speziellen Freiheitsgrundrechte systeminterne Kommunikationsprozesse rechtlich abbilden können und sie gegen den Staat oder der Expansion anderer sozialer Systeme (Intersystemkonflikt) schützen können.¹⁹⁷⁵ Werden jedoch auch Konflikte innerhalb einzelner sozialer Systeme (Intrasystemkonflikt) an das Verfassungsrecht herangetragen, kann die rechtswissenschaftliche Betrachtung nicht auf der Makroebene verharren, sondern muss – wie es diese Untersuchung getan hat – auch die Mikro- und Mesoebene betrachten. Deutlich wurde exemplarisch an der Untersuchung des Stadionverbotskonfliktes, dass auch innerhalb einzelner sozialer Systeme Konflikte und Machtstrukturen bestehen, über die dann das Rechtssystem urteil muss. An dieser Stelle muss eine Systemtheorie der Grundrechte wieder zu ihrem individual-rechtlichem Ausgangspunkt zurückkehren und einzelne Akteure schützen bzw. – im Kontext der Teilhabedimension – ihnen Inklusion ermöglichen. Auch eine systemtheoretische Deutung der Grundrechte darf nicht die Augen davor verschließen, dass die Wissens- und Regelbildungsprozesse in einzelnen sozialen Systemen nicht immer harmonisch verlaufen.

1972 Deutlich in der Konzeption von *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493 (497): Schutz der „transsubjektiven Selbstorganisation zwischen den Individuen durch Erzeugung sozialer Normen und Institutionen“.

1973 Vgl. *Ladeur*, *Der Staat* 50 (2011), 493 (502, 508 – 510).

1974 Siehe zur Einordnung *I. Ausgberg*, in: *I. Ausgberg/Unger* (Hrsg.), *Basistexte: Grundrechtstheorie*, 2012, S. 314.

1975 Akzentuiert bei *Christensen/Fischer-Lescano*, *Das Ganze des Rechts*, 2007, S. 315.

(4.) Teilhaberechte und Menschenrechtspakte

Diese Aspekte greift ansatzweise *Schönberger* auf: Sie erkennt zutreffend, dass es im Stadionverbotsfall – aber auch in den übrigen der hier diskutierten Fälle der Gesellschaft – um gesellschaftspolitische Konflikte von Zugang und Ausschluss sowie um Ressourcennutzung geht.¹⁹⁷⁶ Dabei spiegeln sich in diesen rechtlichen Konflikten „grundlegende Veränderungen und Verschiebungen innerhalb der Gesellschaft selbst wider“.¹⁹⁷⁷ Die Grundrechte – und somit auch in institutionell-kompetenzieller Hinsicht das Bundesverfassungsgericht – werden zu einer „Vermittlungsinstanz“ für den Ausschluss bestimmter Personen.¹⁹⁷⁸ Sie erkennt dann ebenfalls die grundrechtliche Teilhabedimension dieser Fälle: „Vor allem die Entscheidung zum Stadionverbot ist in dieser Entwicklung deshalb besonders interessant, weil sie die Fragestellung der Teilhabe erstmals anhand eines rein sozialen Bezugs ohne Verortung im politischen Grundrecht der Versammlungsfreiheit verhandelt und damit die Grundrechte erstmals für die Frage der Teilhabe an nicht politisch aufgeladenen, einfachen sozialen Beziehungen in Stellung bringt. Damit verweist die Entscheidung auf eine Debatte, die auf internationaler Ebene bereits seit einiger Zeit geführt und explizit auch rechtlich rekonstruiert wird: die Diskussion um die Sicherung der Teilhabe am kulturellen und sozialen Leben.“¹⁹⁷⁹ Damit rekurriert sie auf die Argumentation des Stadionverbotsbeschlusses, dass durch die Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG „[d]er Sache nach“ gleichzeitig das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben nach Art. 15 Abs. 1a des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte „Berücksichtigung“ findet.¹⁹⁸⁰ Dieses Menschenrecht gewährleistet u.a. den Zugang zu Sportveranstaltungen.¹⁹⁸¹ Dieser Aspekt der Gemeinschaftsbildung werde jedoch von Verfassungsrechtsprechung sowie -rechtslehre weitgehend ignoriert bzw. nur oberflächlich thematisiert.¹⁹⁸²

1976 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (306).

1977 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (293 f.).

1978 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (299 f.).

1979 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (306).

1980 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 42.

1981 Stellungnahme des Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 21 [2009], 43rd session, UN Doc E/C.12/GC/21, Ziffern 13 und 16, die auch von BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 42 zitiert wird.

1982 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (309).

Dies zeigen auch die Anmerkungen zum Stadionverbotsbeschluss: Der Rekurs des Bundesverfassungsgerichts auf die internationalen Menschenrechtspakte wurde als „eklektisch anmutende Erwähnung“¹⁹⁸³ oder „seltenere Referenz“¹⁹⁸⁴ bezeichnet. Der generalisierte Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes¹⁹⁸⁵ wurde zwar auch hier erkannt, jedoch sei unverständlich, warum gerade der allgemeine Gleichheitssatz die Schnittstelle zu den Menschenrechten sei.¹⁹⁸⁶ Dabei betonten frühe Arbeiten zur Teilhabedimension der Grundrechte die Ähnlichkeiten von grundrechtlichen Teilhaberechten und sozialen Verbürgungen der Menschenrechtskonventionen.¹⁹⁸⁷ Zudem ist der Rekurs der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung auf international garantierte Menschenrechte für eine mit der Teilhabedimension eng verbundene Dimension – der Leistungsdimension – nicht neu: In den Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts zum Sozialrecht und zu grundrechtlichen Leistungsansprüchen ist erkennbar, dass diese vom Einfluss sozialer Menschenrechte geprägt sind.¹⁹⁸⁸ „Dadurch verändert sich die Sicht auf die Grundrechte des Grundgesetzes, wobei das Sozialstaatsprinzip, das in Verbindung mit den genannten Freiheitsrechten bzw. der Menschenwürde zur Anwendung kommt, diese international-menschenrechtlichen Impulse auf die Ebene des nationalen Verfassungsrechts übersetzt.“¹⁹⁸⁹ Auch hier bietet die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes eine Erklärung für den Rekurs auf den Menschenrechtspakt.

Schönberger rekonstruiert – mit anderem sozialtheoretischen¹⁹⁹⁰ Vorannahmen¹⁹⁹¹ – damit ebenfalls den sozialen Konflikt als Inklusions- bzw.

1983 *Michl*, JZ 2018, 910 (913, 916).

1984 *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36).

1985 Ständige Rspr. des BVerfG: erstmals BVerfGE 6, 309 (362), 64, 1 (20); aus jüngerer Zeit BVerfGE III, 307 (316); E 128, 326 (367); E 141, 1 Rn. 71; E 151, 1 Rn. 62; siehe dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 25 Rn. 5 f.

1986 *Michl*, JZ 2018, 910 (916).

1987 *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 372.

1988 Ähnlich auch *Smets*, NVwZ 2019, 34 (36), der den Topos der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben in die Nähe der „Hartz-IV“-Rechtsprechung einordnet.

1989 *Rixen*, DVBl. 2018, 906 (913 mit Nachweisen zur Rechtsprechung in Fn. 82).

1990 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (294 – 303) verwendet primär die Topoi Kommerzialisierung und Musealisierung sozialer Beziehungen.

1991 *Schönbergers* Analyse ist in Kombination mit dem hier vorgestellten Ansatz ein gutes Beispiel dafür, dass es bei der Transversalität nicht um einen „Wettkampf“ der einen vermeintlich richtigen wissenschaftlichen Deutung eines sozialen Konfliktes geht. (1.) Verstärken sich beide sozialwissenschaftlich informierten Rekonstruktionen, weil sie trotz unterschiedlicher Vorannahmen zu ähnlichen Problembeschrei-

Teilhabekonflikt. Bei der Frage danach, wie das (Verfassungs-)Recht darauf responsiv reagieren kann, ist sie jedoch zu vorsichtig: Die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts über den allgemeinen Gleichheitssatz bezeichnet sie vor dem Hintergrund, dass das Auffanggrund der allgemeinen Handlungsfreiheit sinnvollerweise nur staatsgerichtet sein kann, als „Anzeichen einer gewissen Hilflosigkeit“ wie dieses soziale Problem rechtlich rekonstruiert werden kann; es sei kein grundrechtsdogmatisches Konzept erkennbar.¹⁹⁹² Um die Dimensionen der Inklusion – bzw. nach ihrer Terminologie: der Gemeinschaftsbildung – rechtsdogmatisch über die Grundrechte erfassbar und abbildbar machen zu können, bedürfe es nach *Schönberger* einer neuen Grundrechtsdimension.¹⁹⁹³ Hier irrt sie doppelt: Zum einen bestehen bereits Ansätze, die noch stärker als diese Untersuchung es tut, die kollektive Dimension der Grundrechte in Bezug auf Gemeinschaftsbildung betonen.¹⁹⁹⁴ Zum anderen bietet die etablierte Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht eine kohärente Re-Konstruktionsmöglichkeit, den sozialen Konflikt zu mediatisieren. Um es systemtheoretisch auszudrücken: „Gleichheitsgrundrechte stellen [...] sicher, dass jedes Individuum an den jeweiligen Kommunikationsprozessen in den Teilgesellschaften gleichberechtigt teilnehmen kann.“¹⁹⁹⁵ Ob diese Mediation tatsächlich gelingt, ist dabei eine Frage einer adäquaten dogmatischen Konstruktion.

V. Dogmatische Re-Konstruktion der Horizontalwirkung

Nachdem geklärt werden konnte, dass der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG über seine Teilhabedimension im Privatrecht Wirkung entfaltet, geht es um die Frage, wie dies dogmatisch-strukturell zu bewäl-

bungen kommen. (2.) Ist wissenschaftstheoretisch sowie wissenschaftssoziologisch die „richtige“ Beschreibung ohnehin nicht zu erreichen, da die wissenschaftliche Rekonstruktion des sozialen Konfliktes eine Beobachtung zweiter Ordnung ist, also innerhalb der jeweils eigenen Rationalität die Wirklichkeit beschreibt.

1992 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (309 – 311).

1993 *Schönberger*, VVdStRL (2020), 291 (312).

1994 *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie, 1983, S. 376 – 382: korporative Grundrechtsdimension. Diese wird hier nicht aufgegriffen, weil es in dieser Untersuchung nicht primär um Fragen der Gruppenbildung bzw. Machtkonstellationen innerhalb sozialer Gruppen geht, sondern um den grundsätzlichen Zugang zu sozialen Systemen; vgl. jedoch auch unten § 10 III.

1995 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1027.

tigen ist. Denn die Kollision zwischen Freiheit und Gleichheit ist eine Kollision – wenn man sie überhaupt als Kollision von Rechtsprinzipien ansehen möchte – von Rechtsprinzipien höchster Abstraktheit. Auch eine Konkretisierung als Kollision zwischen Gleichheitssatz und Freiheitsgrundrecht(en) ist noch keine dogmatische Rationalisierung des Konfliktes. Dabei müssen zwei Ebenen unterschieden werden.¹⁹⁹⁶ Unstreitig ist, dass sobald Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht Wirkung entfaltet, die Norm mit anderen Grundrechten anderer Privatrechtsakteur*innen ausgeglichen werden muss. Nochmals: Private können nicht generell wie der Staat an die Grundrechte gebunden sein; sie sind zugleich Grundrechtsträger, sodass ihre Grundrechte berücksichtigt werden müssen.¹⁹⁹⁷ Dies ist die heuristische Ebene: Die Kollision zwischen dem Gleichheitsrecht muss mit den Freiheitsrechten auf irgendeine Weise ausgeglichen werden. Wie das Recht diese Kollision dogmatisch auflöst, ist eine andere Frage. Dabei spielen Aspekte wie die Struktur der Rechte, bereits vorhandene Dogmatiken zu speziellen Grundrechten aber auch Zweckmäßigkeitserwägungen eine Rolle.

1. Verhältnismäßigkeits- bzw. Abwägungsmodell

Geht es um den Ausgleich von zwei kollidierenden Grundrechten, geht es um die Frage, wie ein Konflikt zwischen zwei oder mehreren Prinzipien rationalisiert werden kann. Geht es um die typische Konstellation, dass zwei Freiheitsgrundrechte in ihrer jeweiligen Privatrechtswirkung miteinander kollidieren, so wird der Prinzipienkonflikt regelmäßig durch eine Abwägung aufgelöst.¹⁹⁹⁸ Ob es sich bei dieser Abwägung um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz handelt, hängt davon ab, ob man ihn begrifflich auf (tendenziell hierarchische) Zweck-Mittel-Relationen beschränken¹⁹⁹⁹ oder ihn ebenfalls auf (tendenziell gleichgeordnete) Grundrechts-²⁰⁰⁰ und allgemein privatrechtliche Interessenskollisionen²⁰⁰¹ anwenden möchte. Dabei geben insbesondere die sachlichen Schutzbereiche (Schutzgegenstände), die Gewährleistungsgehalte und die objektiven Dimensionen eines Grund-

1996 Ähnlich *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 27, 37.

1997 Siehe dazu oben § 9 I 1 a.

1998 *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (550).

1999 So die Engführung bei *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, 2017.

2000 *M. Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 294 – 296.

2001 *M. Stürner*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 330 – 335.

rechtes die betroffenen Rechtsgüter wieder, deren gegenseitige Beeinträchtigungen dann einzelfallbezogen ausgeglichen werden müssen.²⁰⁰² Dies war auch Anknüpfungspunkt für Kritik am Stadionverbotsbeschluss, da dieser den Konflikt nicht über eine bekannte Abwägung zwischen Freiheitsgrundrechten löste.²⁰⁰³

Interessanterweise spricht das Bundesverfassungsgericht in seinem Stadionverbotsbeschluss nicht von einer Abwägung, sondern untechnisch von einer „Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentümerbefugnissen und Gleichheitsgebot“.²⁰⁰⁴ Das lässt sich dadurch erklären, dass bei einer Kollision zwischen Freiheitsgrundrechten mit Gleichheitsgrundrechten dieser Automatismus – wenn Grundrechtskollision, dann unmittelbare Abwägung – nicht zwingend ist: Dem allgemeinen Gleichheitssatz müssten Schutzgegenstände entnommen werden können, die mit denen von Freiheitsrechten vergleichbar sind, deren gegenseitige Beeinträchtigung dann im Einzelfall abgewogen werden könnte. Ob dies möglich ist, hängt maßgeblich von der Struktur des Art. 3 Abs. 1 GG ab.

a. Ungleichbehandlung und Rechtfertigung als Grundstruktur

Dem allgemeinen Gleichheitssatz liegt ein relativ simpler Grundgedanke zugrunde: „Gleiche Sachverhalte dürfen nicht unterschiedlich, unterschiedliche nicht gleich behandelt werden, es sei denn, ein abweichendes Vorgehen wäre sachlich gerechtfertigt.“²⁰⁰⁵ Daraus folgt eine klare dogmatische (Prüfungs-)Struktur: „Erstens muss eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorliegen, zweitens sind die gleichen und ungleichen Elemente der betroffenen Sachverhaltskonstellationen zu sammeln, um drittens zu fragen, ob die (Un-) Gleichbehandlung im Hinblick auf diese gleichen und ungleichen Elemente zu rechtfertigen ist, wobei sich als zentrales Problem des

2002 Siehe nur aus jüngerer Zeit BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*, Rn. 96: „Die sich gegenüberstehenden Grundrechte sind miteinander abzuwägen. Als Grundlage der Abwägung ist zunächst ihr jeweiliger Gewährleistungsgehalt zu erfassen.“

2003 Droege, npoR 2018, 241 (244); Staake, SpuRT 2018, 138 (140) speziell bezüglich der Vernachlässigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

2004 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 44; bezüglich der vom Senat – zutreffend – für nicht einschlägig erachteten allgemeinen Handlungsfreiheit findet sich jedoch der Abwägungstopos (Rn. 38).

2005 Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.

Gleichheitssatzes die Frage nach dem Rechtfertigungsmaßstab stellt.²⁰⁰⁶ Detailfragen bestehen hinsichtlich einzelner Unter Aspekte von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.²⁰⁰⁷ Die weitgehende Einigkeit bezüglich der grundlegenden Struktur des Gleichheitssatzes komme dadurch auf, dass das Gleichheitsurteil auf die Herstellung einer spezifischen Relation gerichtet ist.²⁰⁰⁸

Die Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG wird also durch einen Dualismus aus Ungleichbehandlung und Rechtfertigung geprägt.²⁰⁰⁹ Dies wird auch durch eine Perspektive bestätigt, die sich dem Prinzip der Gleichheit von privat- und unionsrechtlicher Ebene aus nähert. Auch im Privatrecht findet sich eine einheitliche Grundstruktur der Gleichbehandlungsansprüche und Diskriminierungsverbote, die durch Ungleichbehandlung und Rechtfertigung geprägt ist.²⁰¹⁰ Auch im Unionsrecht findet sich diese Struktur.²⁰¹¹ Gleichheitsrechte folgen damit einer gänzlich anderen Logik als Freiheitsrechte. Zwar geht es auch bei allen Gleichheitssätzen um die Abstimmung von Rechtsgütern und Rechtspositionen. Diese Abstimmung ist damit aber substantieller Bestandteil des Gleichheitssatzes (Rechtfertigungsprüfung), wohingegen bei Freiheitsrechten einem bereits vorgefundener Freiheitsbereich fremde Rechtsgüter „von außen“ entgegeng gehalten werden.²⁰¹²

b. Abweichende Konstruktionen

Allerdings existieren auch andere Konzeptionen des Gleichheitssatz, die diesen insbesondere anhand der Trias von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung strukturieren wollen.²⁰¹³ „Der Aufbau ist heute Gegenstand

2006 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.

2007 Zu den Variationen des herkömmlichen, nicht am Eingriffsschema orientierten, Aufbau siehe überblicksartig *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.4.

2008 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 51: „jeder Gegenständlichkeit ermangelnden Allgemeinheit des Grundrechts“; ähnlich auch *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31.

2009 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 40; für die privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten *Grünberger*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (10 – 12).

2010 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 749, 759, 774.

2011 *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 248 – 371.

2012 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.2.

2013 *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 – 65; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (358 – 362); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 889 – 891.

zahlreicher, dogmatisch oft tiefgreifender, rechtstheoretisch wie rechtsphilosophisch aufgeladener Kontroversen.²⁰¹⁴ Dabei stehen zwei Erkenntnisinteressen im Vordergrund: Zum einen geht es rechtstheoretisch um die „richtige“ (also die überzeugendste) normlogische Konzeption von Art. 3 Abs. 1 GG und anderen Gleichheitssätzen.²⁰¹⁵ Zum anderen wurde die Diskussion dadurch geprägt, dass die Literatur versuchte, den Übergang in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der „alten Formel“ zur „neuen Formel“ bis hin zur heute gültigen „Stufenlos-Formel“ dogmatisch nachzuvollziehen.²⁰¹⁶ Auslöser war, dass das Bundesverfassungsgericht eine Rechtfertigung unter Willkürgesichtspunkten in immer mehr Fällen durch Verhältnismäßigkeitsaspekte ablöste. Die Versuche waren von der Prämisse geprägt, dass die Einpassung der (von den Freiheitsgrundrechten bekannten) Verhältnismäßigkeit in die Gleichheitsprüfung (nur) durch eine Umstellung der (von den Freiheitsgrundrechten bekannten) Struktur in Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung möglich sei.²⁰¹⁷ Hier ist nicht der Raum die normtheoretische Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG zu klären. Auch kann hier dahinstehen, ob es sich bei der „gleichheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeit“ um die von Freiheitsrechten bekannte Verhältnismäßigkeit handelt.²⁰¹⁸

Relevant ist für diese Untersuchung, ob sich aus diesen alternativen Konstruktionsmöglichkeiten ein fest zu umreisender – den Freiheitsgrundrechten vergleichbarer – „Schutzbereich“ ergibt. Auf die Terminologie kommt es hier nicht an; man kann auch von „Anwendungsbereich“, „Geltungsbereich“, „Schutz vor Diskriminierung“ oder „Verweigerung von Leistung“²⁰¹⁹ oder „Gleichbehandlungsinteresse“ sprechen. Es geht um die Frage, ob wir aus Art. 3 Abs. 1 GG einen dogmatischen Bereich definieren können, der einer unmittelbaren Abwägung zugänglich ist.

2014 *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 14.1.

2015 Dabei ist jedoch die Frage nach der außentheoretischen Konzeption des Gleichheitssatzes im Zuge der Frage gestellt worden, inwieweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz integriert werden kann wie *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 471 zeigt.

2016 Dazu *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 28 f.

2017 Deutlich erkennbar bei *Huster*, JZ 1994, 541 (541, 542).

2018 Verneinend *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 34 – 38a; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 240 f.; *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. 5, 2013, § 125 Rn. 33.

2019 So die terminologischen Vorschläge von *Jarass*, AöR 120 (1995), (362) in Bezug auf den Schutzbereich von Gleichheitsrechten.

So ist beispielsweise versucht worden, den allgemeinen Gleichheitssatz in Annäherung an die Freiheitsgrundrechte durch die Trias Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung zu strukturieren.²⁰²⁰ Die Konstruktion über Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung ist aber lediglich eine grobe Strukturierung: Insbesondere ist über den „Schutzbereich“ noch nichts gesagt, denn es ist allgemein hin anerkannt, dass das subjektive Recht auf Gleichbehandlung (zumindest) auf die Abwehr und Beseitigung von Ungleichbehandlungen gerichtet ist.²⁰²¹ Kann diesem Recht aber auch ein Objekt zugeordnet werden, und wenn ja, was macht seinen Schutzgegenstand aus? Denn „die Gleichheit“ erscheint dem Gleichheitssatz dogmatisch als „relationales Prädikat“. Daher werden Gleichheitsrechte oft als „modale Abwehrrechte“ bezeichnet, die kein eigenes Objekt haben, sondern sich gegen den Modus, nämlich die Ungleichheit eines inhaltlich beliebigen (Staats-)Aktes richten.²⁰²²

Einen solchen Schutzgegenstand nehmen aber auch die anderen Konstruktionen nicht an. So führt beispielsweise *Jarass* zutreffend aus, dass den speziellen Gleichheitssätzen ein bestimmter Anwendungsbereich zugesprochen werden kann, nämlich eine Eigenschaft einer Person (bzw. einer Person zugeschriebenen Eigenschaft) wie bei Art. 3 Abs. 3 GG oder es um eine spezielle Situation wie z.B. Art. 33 Abs. 2 GG geht.²⁰²³ Aufgrund der doppelt unbestimmten Struktur (sachliche Unbegrenztheit sowie Anknüpfungsunabhängigkeit)²⁰²⁴ des allgemeinen Gleichheitssatzes habe dieser hingegen einen grundsätzlich umfassenden Schutzbereich.²⁰²⁵ Dabei finden sich keine Aussagen zu einer Konkretisierung eines abwägungsfähigen Gleichheitsgegenstands. „Der Eingriff in eine individuelle Freiheitssphäre ist etwas grundlegend anderes als eine durch staatliche Maßnahme bewirkte Ungleichbehandlung. Wegen ihres Relationscharakters konstituiert die Gleichheit keine abgezielte Freiheitssphäre.“²⁰²⁶ Der allgemeine Gleich-

2020 *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54 – 65; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (358 – 362); *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, 2008, S. 889 – 891.

2021 *So Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57.

2022 *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 57; *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31.

2023 *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (361 f.).

2024 *Kempny/Reimer*, Die Gleichheitssätze, 2012, S. 97 f.

2025 *Jarass*, AöR 120 (1995), 345 (362).

2026 *Heun*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 34 Rn. 42.

heitssatz kennt damit keinen Schutzbereich im Sinne eines konkretisierten Gewährleistungsgehalts.²⁰²⁷

Auch ein Blick auf den normtheoretischen Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 I GG zeigt, dass sowohl die innentheoretische als auch die außentheoretische Konstruktion²⁰²⁸ der Norm keinen eigenständigen „Wert“ zuweisen, der unmittelbar in einer Abwägung mit anderen Prinzipien münden könnte. Alle Modelle stellen zumindest auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes ab, wodurch entweder keine Ungleichbehandlung vorliegt oder diese gerechtfertigt ist.²⁰²⁹ Dies zeigt auch die Auseinandersetzung von *Borowski* mit den unterschiedlichen Schutzbereichskonzeptionen: Sie alle weisen einen *prima facie* Schutz einer *Ungleichbehandlung als Relation* zu.²⁰³⁰ Auch von der privatrechtlichen Seite her gedacht: die Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung taucht überall dort auf, wo Gleichbehandlung und Privatautonomie ausgeglichen werden müssen, jedenfalls wenn man von einem Einheitsmodell bezüglich Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ausgeht.²⁰³¹

Wenig für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG geeignet ist auch *Husters* Unterscheidung von internen und externen Regelungszielen. Dabei unterscheidet er die internen Regelungsziele eines Rechtsgebietes, die unmittelbar die Sachstruktur dieses Bereichs betreffen, von externen Regelungszielen, die die Legislative einem Sachbereich „überstülpt“. Ungleichbehandlungen, die interne Regelungsziele betreffen, sollen am Willkürverbot gemessen werden, während Ungleichbehandlungen bezüglich externer Regelungsziele einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen.²⁰³² Zunächst trifft diese Konzeption ebenfalls keine Aussage über einen konkretisierten Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG, sondern versucht mit den Topoi der internen und externen Regelungszielen die Rechtfertigungsanforderungen abzustufen. Aber auch darüber hinaus ist diese Konzeption

2027 Deutlich *Pietzcker*, Handbuch Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 32.

2028 Zum normtheoretischen Konzept des Unterschieds zwischen Außen- und Innentheorie *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 66 – 70.

2029 Übersicht verschiedener Konstruktionsmöglichkeiten bei *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 484 – 486.

2030 Vgl. *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 31: relationaler Charakter des allgemeinen Gleichheitssatzes.

2031 Zusammenfassend *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 790.

2032 *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 165 – 173; *ders.*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 91 (97 – 105), der ebenfalls ausführt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Auflösung einer Rechtsgüterkollision dient, eine solche aber bei einer Gleichheitsprüfung nicht geprüft werde (S. 95, 98).

wenig für die Anwendung auf Privatrechtsfälle geeignet: Denn während bereits in legislativ überprägten Rechtsgebieten die kategoriale Unterscheidung zwischen bereichsspezifischen „Gerechtigkeitskriterien“ und externen Zielen nicht durchzuhalten ist,²⁰³³ lässt sich diese auf die Gesetzgebung ausgerichtete Unterscheidung nicht auf Ungleichbehandlungen von Privatrechtsakteur*innen übertragen.

c. Der Gleichheitssatz als Methodennorm

Eine Abwägung im rechtstechnischen Sinne – ob über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder nicht – versagt also bei dem Prinzipienkonflikt Freiheit und Gleichheit bzw. Freiheitsgrundrecht und Gleichheitsgrundrecht. Das Recht weist den Prinzipienkonflikten von Gleichheitsprinzip und anderen Prinzipien eine allgemeine dogmatische Struktur von Ungleichbehandlung und Rechtfertigung zu. Hier hat *Grünberger* Recht: Das Prinzip Personaler Gleichheit verstanden als Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung ist die allgemeine – nicht nur heuristische, sondern dogmatische – Strukturierung für die „Abwägung“ zwischen Freiheit und Gleichheit.²⁰³⁴ Ähnlich formuliert *Borowski*: „Der allgemeine Gleichheitssatz ist entschieden darauf angewiesen, die in anderen Grundrechts- und sonstigen Verfassungsbestimmungen getroffenen Wertungen *in sich aufzunehmen* und in eine korrespondierende Gleichheitskonzeption zu transformieren, damit ein konsistentes und kohärentes Gesamtsystem von grundrechtlicher Freiheit und Gleichheit entsteht.“²⁰³⁵ Damit kann der Gleichheitssatz als Methodennorm für die Abwägung von Prinzipien angesehen werden.²⁰³⁶ Dabei spielt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zwar auch eine Rolle, aber er findet Anwendung in der *Form der Gleichheitssätze*; er setzt auf der Rechtfertigungsebene an, und setzt somit eine Differenzierung (Ungleichbehandlung) voraus. „Betrachtet man die Gleichheitssätze als Methodennorm, dann liegt die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit von Klassifizierungen auf einer Ebene, die wir als Rechtfertigungsebene bezeichnen können [...]“²⁰³⁷

2033 Zutreffend *Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rn. 36.

2034 Vgl. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 762 f., 804 – 807, 823 – 830.

2035 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2018, S. 530 f. [Hervorhebung durch Verf.].

2036 *Michael*, in: Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, S. 123 (123).

2037 *Michael*, in: Sieckmann (Hrsg.), Die Prinzipientheorie der Grundrechte, 2007, S. 123 (139).

Der Sache nach wendet auch das Bundesverfassungsgericht die allgemeine Struktur des Gleichheitssatzes bestehend aus Ungleichbehandlung und Rechtfertigung im Stadionverbotsbeschluss an: Auf der heuristischen Ebene spricht es noch von der „Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentümerbefugnissen und Gleichbehandlungsgebot“²⁰³⁸, um dann den Fachgerichten für die konkrete, also dogmatische, Auflösung des Konflikts mitzugeben: „Danach haben die Zivilgerichte in Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung sicherzustellen, dass Stadionverbote nicht willkürlich festgesetzt werden, sondern auf einem sachlichen Grund beruhen müssen.“²⁰³⁹ Indem das Bundesverfassungsgericht ein Sachgrunderfordernis aufstellt, folgt es der Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung. Zugleich legt es den Maßstab für die Rechtfertigung fest: (bloßes) Sachgrunderfordernis, also keine (ausführliche) Verhältnismäßigkeitsprüfung.²⁰⁴⁰

d. Verbleibende Optionen

Der allgemeine Gleichheitssatz kann also auch im Privatrecht nur mit seiner Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung angewendet werden. Anders formuliert: Entweder er wirkt im Privatrecht und löst dann bei Ungleichbehandlungen Rechtfertigungspflichten für Privatrechtsakteur*innen aus oder er wirkt nicht, sodass sich Private für Ungleichbehandlungen nicht rechtfertigen müssen.²⁰⁴¹ Aus diesem Zusammenhang erklären sich die Stimmen der Literatur, die im Stadionverbotsbeschluss eine (in ihren Augen unzulässige) Überschreitung der mittelbaren Drittwirkung sehen²⁰⁴² bzw. eine mittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG verneinen²⁰⁴³: Da sie in der überkommenen Dichotomie von mittelbarer/ unmittelbarer Drittwirkung denken, muss zwangsläufig die Wirkung von Art. 3 Abs. 1 GG eine unmittelbare sein, weil die Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung unmittelbar herangezogen wird, um einen sozialen Konflikt im Privatrecht zu lösen.

2038 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 44.

2039 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 45.

2040 In den Entscheidungsgründen werden dann Begriffe wie „verhältnismäßig“ oder „Verhältnismäßigkeit“ konsequenterweise nicht verwendet.

2041 So auch jetzt das Argument bei *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549).

2042 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (904, 910); *Michl*, JZ 2018, 911 (915 f., 918); siehe auch die umfangreiche Auswertung bei *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 91 f. Fn. 226.

2043 Siehe dazu oben § 9 III 2.

An dieser Stelle laufen nun zwei Diskurse zusammen: Zum einen konnte gezeigt werden, dass es bei der Privatrechtswirkung von Grundrechten längst nicht mehr um die Frage unmittelbarer oder mittelbarer Wirkung geht. Nach hier vertretener These wirken die Grundrechte nicht „staatsgleich“ im Privatrecht, sondern bedürfen immer einen Ausgleich mit den Grundrechten anderer Privatrechtsakteure. Zum anderen konnte soeben gezeigt werden, dass dieser Ausgleich in der Form des allgemeinen Gleichheitssatzes erfolgen muss – in der Struktur Ungleichbehandlung und Rechtfertigung.

Damit verbleiben der Rechtsdogmatik noch zwei Lösungen, wie der heuristische Konflikt zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundrecht gelöst werden kann. Eine Möglichkeit ist die Rechtfertigungslösung. Sie versteht sich als Gegenentwurf zur – lange Zeit, und immer noch – im Privatrecht vorherrschenden Präsomtion der Freiheit: Sie erklärt die Gleichheit für *prima facie* vorrangig. Jede Ungleichbehandlung im Privatrecht muss gerechtfertigt werden. Den Freiheitsgrundrechten wird dann auf dieser Rechtfertigungsebene durch ein abgestuftes Modell Rechnung getragen, wobei auch hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eingebaut werden kann.²⁰⁴⁴ Eine Alternative dazu bietet das Tatbestandsmodell.²⁰⁴⁵ Dabei wird die heuristische Kollision zwischen Gleichheits- und Freiheitsrecht dadurch aufgelöst, dass nicht jede Ungleichbehandlung für das Privatrecht rechtsdogmatisch relevant wird. Nur in spezifischen – auf der heuristischen Ebene zu ermittelnden – Fällen muss eine Ungleichbehandlung nach – jeweils unterschiedlichen – Maßstäben gerechtfertigt werden. Anschließend muss – auf der dogmatischen Ebene – ein Tatbestand formuliert werden, der zur Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrecht führt.

Dass an dieser Stelle das Rechtfertigungs- und Tatbestandsmodell diskutiert werden ist nicht selbstverständlich. *Grünberger* diskutiert diese Modelle als privatrechtstheoretische Lösungsmodelle, die zwangsläufig Modifikationen für die dogmatische Ebene erfahren müssen.²⁰⁴⁶ Bei den Modellen handelt es sich um Idealtypen: In der dogmatischen Realität kommen regelmäßig Kombinationen beider Modelle vor.²⁰⁴⁷ Zu betonen ist zudem,

2044 Entwickelt von *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 823 – 849.

2045 Z.B. bei *Bachmann*, *ZHR* 170 (2006), 159.

2046 Dies übersieht *Kulick*, *Horizontalwirkung im Vergleich*, 2020, S. 415 – 421, 426 – 428, der nicht sauber genug zwischen der heuristischen und dogmatischen Ebene unterscheidet; unklar auch *Auer*, in: *Grundmann/Thiessen* (Hrsg.), *Von formaler zu materialer Gleichheit*, 2021, S. 67 (86).

2047 *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 808 f.

dass es in dieser Arbeit um eine Begründung der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG geht. Hier liegt der Unterschied zu *Grünbergers* Arbeit: Zwar greift auch er mehrfach auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurück, insbesondere für die Begründung des Rechtfertigungsmodells sowie bezüglich des Geltungsgrundes im positiven Recht.²⁰⁴⁸ Sein Erkenntnisinteresse gilt einer gleichheitsrechtlichen, rechtswissenschaftlichen Theorie, die sowohl *alle* geltenden Gleichbehandlungsverhältnisse erklären (statische Dimension) als auch zukünftige Gleichbehandlungsverhältnisse begründen (dynamische Dimension) kann. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Gründe für den allgemeinen Gleichheitssatz im Privatrecht andere sein können als beispielsweise die speziellen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote oder das unionsrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht.

2. Tatbestandsmodell

a. Inhalt

Das Tatbestandsmodell löst den Konflikt zwischen Freiheit und Gleichheit bzw. konkreter den Konflikt zwischen Freiheitsgrundrecht(en) und Gleichheitsrecht durch die Etablierung von Tatbeständen, die zur Anwendung der gleichheitsrechtlichen Struktur – Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung – führen. Auf heuristischer Ebene besteht zwar die – durch die Anknüpfungsunabhängigkeit und sachliche Unbegrenztheit bedingte – universelle Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes. Jedoch wird diese auf rechtsdogmatischer Ebene durch Tatbestände begrenzt.²⁰⁴⁹ Ich sehe dabei keinen Unterschied, ob die Festlegung der Fälle positiv begründet wird oder ob sie durch ein Subtraktionsverfahren bestimmt werden, bei dem zunächst *prima facie* die Gleichbehandlung gilt, außer spezifische Gründe sprechen dagegen.²⁰⁵⁰ Die Vorteile des Tatbestandsmodells sind Vorteile, die jedes Regelmodell mit sich bringt: Es führt zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit, es ist in der Anwendung effizient und führt zu dogmatischer Stabilität.²⁰⁵¹ Diejenigen, die innerhalb der verfassungsrechtlichen Literatur einer Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG zumindest in Aus-

2048 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1004 – 1022.

2049 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 816.

2050 Siehe dazu *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 159 (159 f.).

2051 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 816; für das Verhältnis Verfassungsrecht/ Privatrecht *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 (1049 f.).

nahmefällen offen gegenüberstehen, greifen ebenfalls – meistens mit dem Begriff der „sozialen Macht“ – auf ein (positives) Tatbestandsmodell zurück.²⁰⁵² *Bachmann* hingegen identifiziert durch ein Subtraktionsverfahren vier allgemeine Kriterien, die eine Gleichbehandlungspflicht im Privatrecht ausschließen, die alle stark auf die persönliche Freiheitsentfaltung sowie auf marktfunktionale Aspekte abstellen.²⁰⁵³

b. Schwäche 1: Grobmaschigkeit

Grünberger setzt sich insbesondere mit *Bachmann* auseinander. Hier kritisiert er am Tatbestandsmodell, dass *Bachmann* nicht nach verschiedenen sozialen Kontexten differenziere, sondern sich an einer überkommenden Dichotomie aus „privat und öffentlich“ orientiere, wobei er Öffentlichkeit lediglich als Marktverkehr – also nach einer rein wirtschaftlichen Rationalität – rekonstruiert.²⁰⁵⁴ Dadurch sei das Tatbestandsmodell zu „grobmaschig“.²⁰⁵⁵ Dieses Argument ist zwar gerade mit Blick auf *Bachmanns* Konzeption, der primär Gleichbehandlungskonstellationen im Kapitalmarktrecht untersucht,²⁰⁵⁶ also einen genuin wirtschaftlichen Kontext vor Augen hatte, überzeugend. Das Argument ist damit aber nicht gegen Tatbestände an sich gerichtet, sondern zeigt nur, dass die Formulierung eines dogmatischen Tatbestandes eine anspruchsvolle Aufgabe ist. Daher lässt sich der Tatbestandslösung auch nicht entgegenhalten, dass unklar bleibe, wonach das Regel-/ Ausnahmeverhältnis genau zu bestimmen sei.²⁰⁵⁷ Die Etablierung eines „guten“ dogmatischen Tatbestandes setzt voraus, dass offengelegt wird, welche Fälle aus welchen Wertungsgesichtspunkten unter den Tatbestand fallen sollen.

2052 Siehe dazu unten § 9 V 5 c.

2053 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (159 f.).

2054 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (161 – 165).

2055 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 817.

2056 *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 159 (165 – 176).

2057 *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 419, der dieses Problem im Begriff der „spezifischen Konstellation“ im Stadionverbotsbeschluss sieht.

c. Schwäche 2: Aufrechterhaltung des status quo

Tatbestandsmodelle seien weiterhin deshalb abzulehnen, weil sie dazu neigten, den *status quo* aufrecht zu erhalten. *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell ist relativ ausdrücklich gegen (Privat-)Rechtskonzeptionen gerichtet, die sich gegen unliebsame Entwicklungen – nicht nur der sozialen Umwelt des Rechts, sondern auch des Rechts als formalem System selbst – immunisieren wollen.²⁰⁵⁸ Damit stellt es einen rhetorisch schlagkräftigen Gegenentwurf dar. Hier zeigt sich, dass *Grünbergers* Modell als theoretische Konzeption hilfreich sein kann, weil sie klassisch-freiheitlichen Privatrechtstheorien ein gleichheitstheoretisches Modell entgegenhält. Doch damit sind die relevanten Abstimmungsfragen noch nicht beantwortet, die jedes dogmatische Muster leisten muss. *Grünberger* kann zwar auf heuristischer Ebene jede neue gleichheitsrelevante Entscheidung *irgendwo* in seinem Modell einordnen. *Wo genau* sie aber zu verorten ist, sagt dieses Modell auch nicht. Beide Modelle sind darauf angewiesen, auf heuristischer Ebene Wertentscheidungen zu treffen. In der dogmatischen Ausprägung unterscheiden sie sich – wahrscheinlich – hinsichtlich des definitiv gewährleisteten Anspruchs auf Gleichbehandlung: Während Tatbestandsmodelle zunächst bei ihren anerkannten Fällen bleiben, werden Rechtfertigungsmodelle eher dazu tendieren, neue Fälle zugunsten einer ungleich behandelten Person zu entscheiden. Das liegt daran, dass quantitativ mehr Fälle als gleichheitsrechtlich problematisch wahrgenommen werden.

Auf dogmatischer Ebene besteht damit tatsächlich eine Gefahr, dass Gerichte oder andere Akteure im Rechtssystem eigentlich zu problematisierende Ungleichbehandlungen nicht berücksichtigen. Allerdings muss beachtet werden, dass ein verfassungsrechtlicher Tatbestand notwendigerweise auf einer relativ hohen Abstraktionshöhe angesiedelt sein wird. Daran werden Akteure der Rechtsberatung anknüpfen und den abstrakten Begriff auch auf andere Fälle anwenden wollen. Exemplarisch dafür ist der Themenfall: Nach dem Stadionverbotsbeschluss wurde die Berufungsbegründung dahingehend abgeändert, dass nun darüber entschieden werden sollte, ob der Besuch einer Therme wesentlich über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheide.²⁰⁵⁹ Dass also nur unzureichend neue Fälle im Rechtssystem für weitere Innovationen diskutiert werden können, ist nicht zwingend.

2058 Deutlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 822.

2059 LG Gera, Urt. v. 12.12.2018, 1 S 71/18, Rn. 17.

d. Schwäche 3: Notwendigkeit von Abstufungen

Grünberger kritisiert zutreffend, dass auch ein Tatbestandsmodell einer Abstufung unterschiedlicher Kontrolldichten nicht entgehen kann.²⁰⁶⁰ Damit ist zunächst gemeint, dass der jeweils gewählte Tatbestand – zunächst vorläufig – abschließend die Fälle bestimmt, in denen es zu Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht kommt.²⁰⁶¹ Werden keine Abstufungen vorgenommen, bestehe die permanente Gefahr eines „alles-oder-nichts-Ansatzes“: Zwar können Regeln (Tatbestände) jederzeit mit neuen Regeln oder Ausnahmen ergänzt bzw. eingeschränkt werden. Diese erzeugen jedoch häufig im Rechtsdiskurs Irritationen, Aversionen und schließlich Abwehrreaktionen.²⁰⁶² „Das Tatbestandsmodell ist demgegenüber entweder gezwungen, ein Rechtfertigungsmodell nachzuschalten oder eine strukturelle Rechtfertigungsprüfung vorzuziehen.“²⁰⁶³

3. Rechtfertigungsmodell

a. Inhalt

Am besten beschreibt das Rechtfertigungsmodell²⁰⁶⁴ sein Urheber: „Im Rechtfertigungsmodell wird der Konflikt zwischen Gleichbehandlung und negativen Freiheiten als Rechtfertigungsproblem rekonstruiert: Die Ausübung von Freiheitsrechten *kann* eine damit verbundene Ungleichbehandlung rechtfertigen. Grundlage dafür ist ein Rechtfertigungskontinuum, das von dem bloßen Verweis auf die Ausübung von Freiheitsrechten einerseits bis hin zum strikten Ausschluss jeder Differenzierungsmöglichkeit reicht. Ausschlaggebend für die Kontrolldichte ist der jeweilige Kontext der eigentlichen Konfliktsituation. [...] Das Rechtfertigungsmodell ist Ausdruck einer öffentlichkeitsbezogenen Konzeption von Vertragsrecht. Es beruht auf der Vorstellung, dass Privatrecht, verfassungsrechtlich verankerte Gleichbe-

2060 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 817; ähnlich auch *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 419 f.

2061 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 818.

2062 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 819.

2063 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 819.

2064 Diesem Modell haben sich nach dem Stadionverbotsbeschluss ebenfalls *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 420 f. sowie *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 50 (allerdings auf einer tendenziell heuristischen Ebene) angeschlossen.

handlungsgrundsätze und der Grundsatz, ein gleich freier Akteur in allen Teilsystemen der Gesellschaft zu sein, im Zusammenhang stehen. Das ist ein explizit politisches Verständnis von Privatrecht.²⁰⁶⁵

Diese Konzeption von Privatrecht deckt sich weitgehend mit der theoretischen Konzeption des Vertrages, die im ersten Teil dieser Arbeit entwickelt worden ist:²⁰⁶⁶ Der Vertrag ermöglicht in der modernen, differenzierten Gesellschaft in (fast) allen Sozialsystemen die Inklusion, insbesondere auf der Ebene der Funktionssysteme die Inklusion der Publikumsrolleninhaber. Diese Zusammenhänge muss ein modernes Vertragsrecht berücksichtigen. Auf einer theoretischen Ebene ist *Grünberger* daher gänzlich zuzustimmen. Allerdings eignet sich das Rechtfertigungsmodell nur eingeschränkt für dogmatische Lösungskonstruktionen.

Grünberger entwickelt sein Rechtfertigungsmodell nach dem Vorbild der Rechtsprechung, insbesondere anhand des Vorbilds des „Stufenlos-Modells“ des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Ungleichbehandlung kann anhand einer einheitlichen, stufenlosen Rechtfertigungsskala kontrolliert werden.²⁰⁶⁷ Dabei wird jedoch das verfassungsrechtliche Modell modifiziert: Da der Privatrechtsakteur, den die Gleichbehandlungspflicht trifft, ebenfalls Grundrechtsträger ist, sein Verhalten also grundsätzlich auch Teil seiner Grundrechtsausübung ist, müssen die Rechtfertigungsanforderungen angepasst werden. Während man vom Staat erwarten kann, grundsätzlich *jede* Differenzierung zu rechtfertigen, darf dies nicht für Private gelten.²⁰⁶⁸

Der wesentliche Vorteil dieses Rechtfertigungsmodells ist seine Flexibilität:²⁰⁶⁹ Es kann sämtliche soziale Konflikte, die als Ungleichbehandlung rekonstruiert werden, dogmatisch dadurch verarbeiten, indem alle freiheitsrechtlichen Aspekte flexibel auf der Rechtfertigungsebene diskutiert werden können. Dadurch können auch neue Ungleichbehandlungskonstellationen in der Gesellschaft jeweils kontextspezifisch rechtsdogmatisch gelöst werden. Erst das Rechtfertigungsmodell ermögliche ein „Rechtfertigungskontinuum“ und somit eine graduelle Bandbreite an Ergebnissen. Diese Bandbreite ermögliche den Ausgleich von Freiheits- und Gleichheitsrechten und

2065 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 823.

2066 Siehe oben § 4 III, V.

2067 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 824 f.

2068 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 825.

2069 Dazu *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 846 – 848.

ist somit eine Entgegnung zur herrschenden Meinung, dass Gleichheit die Privatautonomie zerstöre.²⁰⁷⁰

b. Problem 1: Kerngehalt der Vertragsfreiheit

Gegen das Rechtfertigungsmodell spricht zunächst die akzeptierte Dogmatik der Vertragsfreiheit. Das Rechtfertigungsmodell geht davon aus, dass eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen immer erforderlich ist. Zwar ist die Anforderung dafür auf der untersten Ebene mit einem bloßen Verweis auf den Gebrauch von Freiheitsrechten denkbar gering.²⁰⁷¹ Geht man jedoch von einem Kernbereich der Vertragsfreiheit aus, der gewährleistet, dass einer Person eine gewisse Sphäre verbleiben muss, in der sie sich vor einem Kollektiv oder einer Einzelperson in keiner Weise rechtfertigen muss – also gänzlich willkürlich handeln darf²⁰⁷² – dann kollidiert das Modell mit diesem Kerngehalt. Um das klarzustellen: Es geht hier nicht darum, das Privatrecht von jeder Gleichbehandlungszumutung fernzuhalten, weil dadurch die Freiheit gänzlich zerstört werden würde. Es geht darum, einen sinnvollen, von jeder rechtlichen Einflussnahme zu schützenden Kernbereich der persönlichen Freiheit zu finden, was *Grünberger* treffend herausarbeitet.²⁰⁷³ Ich teile jedoch nicht seine Ansicht, dass der Verweis auf die eigene Freiheit dem gerecht wird. Denn auch die Pflicht, sich auf seine eigene Freiheit zu berufen, ist eine extern an das Individuum herangetragene Rechtfertigungsaufforderung.²⁰⁷⁴ Das mag ein sehr technisches Argument sein. Aufgabe der Dogmatik ist es aber, unterschiedliche Rechtsprinzipien oder Normen formal-juristisch zum Ausgleich zu bringen.²⁰⁷⁵ Eine dogmatische Abstimmung zwischen Vertragsfreiheit und Gleichheitssatz kann dann nicht mit dem von *Grünberger* vorgeschlagenen Modell vorgenommen werden. Es müsste um mindestens ein Tatbestands-

2070 *Kulick*, *Horizonttalwirkung im Vergleich*, 2020, S. 420.

2071 *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 826.

2072 *Neuner*, *JZ* 2003, 57 (59); grundsätzlich *Picker*, *JZ* 2003, 540 (543), der jedoch die Auswirkungen von Gleichbehandlungspflichten polemisch überzeichnet; *Bachmann*, *ZHR* 170 (2006), 144 (159 f.); jüngst *Riesenhuber*, *ZfPW* 2018, 352 (366).

2073 *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 827.

2074 Ähnlich *Auer*, in: *Grundmann/Thiessen* (Hrsg.), *Von formaler zu materialer Gleichheit*, 2021, S. 67 (83).

2075 Vgl. oben § 1 III 3 c.

element ergänzt werden, das klärt, wo die Grenze zum rechtfertigungsfreien Raum verläuft.²⁰⁷⁶

c. Problem 2: Überkonstitutionalisierung

Dazu tritt ein institutionelles Problem eines Rechtfertigungsmodells für Art. 3 Abs. 1 GG. Anders als spezielle Gleichheitssätze, insbesondere anders als die speziellen Diskriminierungsverbote, ist der allgemeine Gleichheitssatz weder durch einen sachlichen Anwendungsbereich noch durch Anknüpfungskriterien begrenzt. Dieser Umstand ist eine Herausforderung für die Dogmatik. Damit kann potentiell jeder Privatrechtskonflikt als verfassungsrechtlicher Konflikt re-formuliert werden. Damit steht in jedem privatrechtlichen Streitfall potentiell die Verfassungsbeschwerde offen. Ein ähnliches Problem kennen wir bereits von Art. 2 Abs. 1 GG verstanden als allgemeine Handlungsfreiheit: Die weite Tatbestandslösung in Kombination mit der *Elfes*-Rechtsprechung (Subjektivierung objektiver Verfassungssätze)²⁰⁷⁷ sowie ein faktischer Ungleichbehandlungsbegriff in Kombination mit einer stufenlosen Rechtfertigung sind potentiell umfassende Kontrollinstrumente des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Legislative.²⁰⁷⁸ Für die Privatrechtswirkung der Grundrechte gilt damit: Je weiter die Schutzbereiche bzw. die Gewährleistungsgehalte gefasst werden, desto mehr Privatrechtskonflikte lassen sich konstitutionalisieren, also als verfassungsrechtliches Problem re-formulieren.

Mir geht es an dieser Stelle nicht um eine allgemeine Kritik an einer weitergehenden Konstitutionalisierung des Privatrechts.²⁰⁷⁹ Begreift man – wie oben ausgeführt – die Grundrechte (auch) als Rechtfertigungsgebote für das Privatrecht, kann eine weitgehende Konstitutionalisierung positiv dazu führen, dass sich das Privatrecht mehr und mehr seiner Multilateralität bewusst wird. Das Sachproblem einer weitgehenden oder umfassenden Konstitutionalisierung des Privatrechts besteht darin, dass potentiell jede Wertung des Privatrechts (also Institute, Normen, Dogmatiken, Rechtsprechung) anders ausfallen könnte/ sollte – mit anderen Worten: verfassungs-

2076 Das sieht auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 827, für den das aber konsequenterweise auf der heuristischen Ebene unproblematisch ist.

2077 *Lang*, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 10.

2078 Vgl. *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 103 – 105.

2079 Dazu *Barczak*, in: Linien des BVerfG, Bd. 4, 2017, S. 91 (107 – 121).

widrig ist. Das kann kein sinnvolles institutionelles Setting sein. Die Stoßrichtung von Grundrechten als Rechtfertigungsgebote ist es, Impulse für das Privatrecht zu geben. Disruptionen irritieren das Privatrecht dahingehend, dass einseitig wirtschaftliche Rekonstruktionen eines multilateralen Konflikts unzulässig sind. Das gleiche gilt für Art. 2 Abs. 1 GG, der dem Privatrecht aufträgt, auch materielle Selbstbestimmung als Prinzip zu integrieren. Die produktive Irritation ist also nur in speziellen Fällen wirksam. Dies sind insbesondere Fälle, in denen ein Schutzbereich eines speziellen Freiheitsgrundrechts berührt ist, da in diesem subjektiven Recht auch die Systemrationalität gespeichert ist.²⁰⁸⁰ Das Problem des Grundrechtsteils des Grundgesetzes ist seine Kürze. Nicht jeder Systemrationalität kann ein Grundrecht zugeordnet werden. Das zeigt auch der Stadionverbotsbeschluss: Ein Grundrecht für „den Sport“ gibt es nicht. Eine Re-Formulierung des Konfliktes ist auf verfassungsrechtlicher Ebene also nur über die „Auffanggrundrechte“ Art. 2 Abs. 1 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG möglich.

Da es diese Auffanggrundrechte jedoch erlauben, prinzipiell jeden Privatrechtsstreit als Konflikt materialer Selbstbestimmung oder einer Ungleichbehandlung zu re-formulieren, müssen deren „Anwendungsbereiche“ im Horizontalverhältnis beschränkt werden. Andernfalls kommt es zu einer Lähmung des Rechtssystems, das auch nicht durch einen größeren institutionellen Apparat (mehr Richter*innen, mehr Gerichte) aufgefangen werden kann. Beschränkt man die Anwendungsbereiche nicht, steht jede Privatrechtsnorm und jedes Privatrechtsurteil unter dem Schleier einer Verfassungswidrigkeit. Das trifft zwar auf alle Normen und Urteile zu. Es macht allerdings einen qualitativen Unterschied, ob sich Akteur*innen im Rechtssystem auf weite Begriffe wie materiale Selbstbestimmung und Ungleichbehandlung berufen können und mit diesem bloßen Verweis die Richtigkeit des Rechts anzweifeln können. Das zeigt das Rechtfertigungsmodell: Eine Privatrechtsakteur*in kann sich auf eine Ungleichbehandlung stützen und damit die Geltung einer privaten Handlung (z.B. Vertragsverweigerung) oder eines Gerichtsurteils anzweifeln; sie kann die Angabe von Gründen fordern. Betrachtet man die gesamte Arbeit *Grünbergers*, so überzeugt diese prinzipielle Rechtfertigungspflicht: Er hat primär das Nichtdiskriminierungsrecht vor Augen, nicht den allgemeinen Gleichheitssatz. Im Nichtdiskriminierungsrecht überzeugt ein flächendeckendes Rechtferti-

2080 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (139).

gungsmodell, weil bereits eine Vorauswahl der Fälle getroffen worden ist, in denen sich Privatrechtsakteure rechtfertigen müssen: Es sind zunächst nur die Fälle, in denen an eines der verpönten Kriterien angeknüpft worden ist. Über den sachlichen Anwendungsbereich werden die Fälle sogar noch weiter eingeschränkt.²⁰⁸¹ Das zeigt, dass das Rechtfertigungsmodell auf eine vorherige (grobe) Eingrenzung der relevanten Fälle angewiesen ist. Möchte man das Rechtfertigungsmodell für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG fruchtbar machen, muss ein grober Tatbestand gefunden werden, ab dem dann gestufte Rechtfertigungsanforderungen gelten.²⁰⁸²

d. Problem 3: Fehlende Abstufungskriterien

Ein letztes Problem des Rechtfertigungsmodells besteht darin, dass – zumindest bisher – keine klaren Kriterien dafür formuliert werden konnten, nach denen die unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen abgestuft werden können.²⁰⁸³ Auch hier kann sich *Grünberger* in ein gemachtes Nest setzen: Das positive Nichtdiskriminierungsrecht – sowie mit erheblichen Einschränkungen auch die übrigen privatrechtlichen Gleichbehandlungspflichten – kennt bezüglich unterschiedlicher Merkmale und in unterschiedlichen sozialen Kontexten verschiedene abgestufte Rechtfertigungsanforderungen für eine Ungleichbehandlung. Unterschiedliche Abstufungen in unterschiedlichen an das Recht herangetragenen Fällen der Gesellschaft aus bereits bestehenden Abstufungen zu entwickeln, ist dabei eine im Vergleich zur Formulierung abstrakter Kriterien ein deutlich leichteres Unterfangen. Allerdings können auch hier unterschiedliche Vorschläge bezüglich eines Tatbestandmodells ansetzen: Unterschiedliche Tatbestände und deren zugrunde liegenden Wertungen können als Anknüpfungspunkt für abgestufte Rechtfertigungsanforderungen herangezogen werden.

2081 Siehe zu den Grenzen des Nichtdiskriminierungsrecht oben § 4 IV 2 d.

2082 Im Ergebnis ähnlich, jedoch aus einer gerechtigkeitstheoretischen Perspektive *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (86 f.).

2083 Ähnliche Kritik bei *Auer*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (86).

4. Weitgehende Annäherung der beiden Modelle

Dadurch unterscheiden sich die beiden Modelle gar nicht so stark voneinander wie *Grünberger* dies skizziert. Er unterstellt, dass die Tatbestandsmodelle blind für viele Umweltveränderungen des Rechts sein könnten. Er ignoriert dabei aber, dass es nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der Rechtspraxis Diskurse gibt, in denen über bestehende Tatbestände verhandelt wird. Und auch andersherum: Nur weil die Gerichte auch dogmatisch innerhalb der Rechtfertigungsanforderungen die sozialen Kontexte berücksichtigen müssen, heißt das nicht, dass der Fall der Gesellschaft zutreffend rekonstruiert wird. Das kann dazu führen, dass in einem Fall niedrige oder keine Rechtfertigungsanforderungen gestellt werden, obwohl dies vielleicht wünschenswert gewesen wäre. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum legislativ-staatsgerichteten Art. 3 Abs. 1 GG zeigt, – und dies soll hier nicht kritisch gemeint sein – dass jeweils andere Kriterien und Begriffe von Fall zu Fall gewählt werden.²⁰⁸⁴ So wie ein Tatbestandsmodell tendenziell einen vorläufig erreichten *status quo* verteidigt, ist ein Rechtfertigungsmodell offen für jede beliebige Re-Konstruktion des sozialen Konflikts. Während damit das Tatbestandsmodell bei der Formulierung eines Tatbestandes „fehleranfällig“ ist, ist es das Rechtfertigungsmodell bei der konkreten Einordnung eines Falls in unterschiedliche Rechtfertigungskategorien.

Das Rechtfertigungsmodell *Grünbergers* entfaltet deshalb eine gewisse Überzeugungskraft, weil sein Autor primär Fälle des Nichtdiskriminierungsrechts vor Augen hatte, also Fälle, in denen immer spezifische Anknüpfungskriterien – die verpönten Kriterien – als Anwendungsbereich vorgegeben sind.²⁰⁸⁵ Geht es damit immer (!) um Fälle, in denen Personen aufgrund ihnen zugeschriebenen Merkmalen ungleich behandelt werden, werden zum einen eine Vielzahl von Fällen der Gesellschaft bereits heraus-

2084 Aufbereitung der einzelnen Kriterien bei *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 104 – 112.

2085 Zugegeben: *Grünbergers* Rechtfertigungsmodell „basiert auf einem systematischen bzw. ‚begründungslogischen‘ Zusammenhang von allgemeinen Gleichbehandlungsgeboten und speziellen Nichtdiskriminierungsverboten im einfachen Recht (Einheitsmodell)“ – so *Grünberger*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 5 (11). Das heißt, dass er auch die privatrechtlichen Gleichbehandlungskonstellationen vor Augen hatte – diese sind aber ebenfalls sachlich begrenzt wie er selbst erkennt (S. 9 f.).

gefiltert, die nicht unter das Rechtfertigungsmodell fallen.²⁰⁸⁶ Zum anderen passt das Rechtfertigungsmodell, welches sich als Recht auf Rechtfertigung versteht,²⁰⁸⁷ zum stark individualbezogenen Nichtdiskriminierungsrecht. Leitet man wie hier die Privatrechtswirkung jedoch aus der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes ab, werden die Gleichbehandlungspflichten tendenziell eher kollektiv ausgerichtet. Es geht dann nicht mehr darum, jeder diskriminierten Person ein rechtlich zu verwirklichendes moralisches Recht auf Rechtfertigung – der Rechtfertigung willens – zu geben, sondern Kriterien festzulegen, in denen das Recht gesellschaftliche Strukturen identifiziert, an denen eine Teilhabe geboten erscheint.

Wenn beide Modelle ohnehin wissenschaftliche Idealtypen sind, kann und sollte die Dogmatik die jeweiligen Stärken der Modelle herausnehmen, um die jeweiligen Schwächen ausgleichen zu können. Im Grundsatz kann so das Rechtfertigungsmodell überzeugen: Es liefert ein flexibles dogmatisches Gerüst, um innerhalb des Gleichheitssatzes als Methodennorm auch im Privatrecht Gleichheit und Freiheit auszugleichen. Seine Schwächen bezüglich eines fehlenden Tatbestandes, der die Grenze zum rechtfertigungsfreien Raum markiert, fehlender Abstufungskriterien hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen sowie die Gefahr einer Überkonstitutionalisierung kann jedoch hervorragend das Tatbestandsmodell ausgleichen: Zum einen kann ein erster „grober“ bzw. weiter Tatbestand für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Struktur Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung formuliert werden und zum anderen können die aus der Analyse des Stadionverbotsfall gewonnenen Kriterien als Quasitatbestände formuliert werden, in denen ein bloßer Sachgrund nicht mehr ausreicht. Zugleich kann an die bestehende Struktur der Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht angeknüpft werden, welche (bislang) alle einen begrenzten persönlichen und/ oder sachlichen Anwendungsbereich aufweisen.²⁰⁸⁸

2086 Siehe allgemein zur Anknüpfungs(un)abhängigkeit und der sachlichen (Un-)Begrenztheit von Gleichheitssätzen Kempny/Reimer, *Die Gleichheitssätze*, 2012, S. 97 f.

2087 Grundlegend Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, 2007.

2088 Grünberger, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), *Gleichheitssatzdogmatik heute*, 2017, S. 5 (9 f.).

5. Soziale Inklusion als der die Rechtfertigung auslösende Tatbestand

Damit ist ein solcher Tatbestand zu formulieren, der die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer Ungleichbehandlung im Privatrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG auslöst. Der Leser oder die Leserin dieser Arbeit sollte keine feststehende, alle Zeit überdauernde Formulierung eines dogmatischen Tatbestandes erwarten. Dies ist Aufgabe der Rechtspraxis und nicht einer responsiven Rechtswissenschaft. Allerdings können hier verschiedene, in dieser Untersuchung angestellten Überlegungen zusammengeführt werden, die das Recht irritieren können. Dadurch können Kriterien auf mittlerer Abstraktionshöhe formuliert werden, die zur Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG führen. Diese Kriterien der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG erheben dabei keinen Anspruch, jede Gleichbehandlungspflicht im Privatrecht begrifflich und dogmatisch zu erfassen. Diese Untersuchung ist sich bewusst, dass es über den hier betrachteten allgemeinen Kontrahierungszwang hinaus noch weitere Gleichbehandlungsgebote im Privatrecht gibt, in denen teilweise auch über eine Herleitung aus Art. 3 Abs. 1 GG gestritten wird.²⁰⁸⁹ Allerdings sind die damit jeweils zu bewältigenden sozialen Konflikte so unterschiedlich, dass ein gemeinsamer Grund für die Gleichbehandlung kaum zu finden sein wird.²⁰⁹⁰ Der hier zu formulierende Tatbestand versteht sich als genuin grundrechtliches Gleichheitsprinzip für das Privatrecht, was bedeutet, dass daneben auch Gleichbehandlungspflichten im Privatrecht denkbar bleiben, die nicht auf den allgemeinen Gleichheitssatz zurückgehen, sondern aus anderen Prinzipien abgeleitet werden.²⁰⁹¹

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der „spezifischen Konstellation“ bereits einen – meiner Ansicht nach – sinnvollen ersten Vorschlag zur Formulierung eines Tatbestandes zur Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes gemacht. Daran soll hier angeknüpft werden.²⁰⁹² Das Bundesverfassungsgericht wählte im Stadionverbotsbeschluss drei kumula-

2089 Siehe ausführlich *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 315 – 515.

2090 Vgl. *Bydlinksi*, Der Gleichheitsgrundsatz, 1961, S. 42; *Wolf*, in: FS Raiser, 1974, S. 597 (602); *Bachmann*, ZHR 170 (2006), 144 (158 f.); a.A. *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 524 f., der alle privatrechtlichen Gleichbehandlungsgebote mit seinem Prinzip der personalen Gleichheit erklärt, welche durch die normative Erwartung privater Akteure ausgelöst werde, bei vergleichbaren Umständen nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt zu werden.

2091 Ähnlich *Pöschl*, RW 2016, 51 (56 Fn. 3) in Auseinandersetzung mit *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 978 f.

2092 Für einen Überblick anderer Konkretisierungsansätze siehe *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (544 f.).

tive Merkmale der spezifischen Konstellation, welche die Privatrechtswirkung auslöst: Es muss (1.) eine Veranstaltung vorliegen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet worden ist, (2.) muss diese Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheiden und (3.) ist entscheidend, dass der Ausschluss auf dem Hausrecht beruht, wodurch der Betreiber eine – dem Monopol bzw. der strukturellen Überlegenheit vergleichbare – einseitige Entscheidungsmacht erhalte.²⁰⁹³

a. Gesellschaftliche Teilhabe als soziale Inklusion

Das Merkmal, das nach hier vertretener These zentral für die Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, umschreibt das Bundesverfassungsgericht damit, dass eine Veranstaltung in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheiden müsse. Dieses Merkmal halte ich im Grundsatz für überzeugend. Allerdings ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, wann genau eine Veranstaltung oder eine andere Dienstleistung zentral für die gesellschaftliche Teilhabe sein soll.²⁰⁹⁴ Ebenfalls zutreffend wurde im Grundsatz darauf hingewiesen, dass es nicht gänzlich auf die subjektive Sicht einer einzelnen Grundrechtsträger*in ankommen kann, weil dadurch die Rechtssicherheit gefährdet ist.²⁰⁹⁵ Zu suchen ist demnach nach objektiven oder objektivierbaren Kriterien.

Wie diese Untersuchung bereits zeigen konnte, ist es die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG, die seine Wirkung im Privatrecht begründen kann. Die Untersuchung der Teilhabedimension konnte zeigen, dass es bei gesellschaftlicher Teilhabe um Abhängigkeitskonstellationen geht. Solche wechselseitigen Abhängigkeiten bestehen jedoch immer und jederzeit in jeder sozialen Beziehung. Die Frage für das Recht muss daher sein, welche Konstellationen aus welchen (Wertungs-)Gründen relevant sind. Das drückt auch das Bundesverfassungsgericht aus, wenn es den allgemeinen Gleichheitssatz nur für solche Veranstaltungen oder Leistungen aktivieren möchte, die in *erheblichem Umfang* über gesellschaftliche Teilhabe entscheiden. Nach hier vertretener These sind dies zumindest Konstellationen

2093 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 41.

2094 *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (909).

2095 Vielleicht sogar zu restriktiv *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93b; einen subjektiven Maßstab ziehen jetzt jedoch *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (549) in Betracht.

sozialer Inklusion. In der modernen funktional differenzierten Gesellschaft bedeutet gesellschaftliche Teilhabe primär Inklusion in die einzelnen Funktionssysteme der Gesellschaft. Dies war der Wertungsgesichtspunkt, der zu einer Re-Spezifizierung der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht geführt hat.²⁰⁹⁶ Um diese Inklusionsdimension eines sozialen Konfliktes für das Recht sichtbar zu machen, wurde hier für das Institut des Vertrages die rechtstheoretische Inklusionsfunktion entwickelt.²⁰⁹⁷ Zwar können damit Inklusionsdimensionen nur für solche Fälle sichtbar gemacht werden, in denen ein Vertrag die Form sozialer Inklusion in ein soziales System bildet. Denkbar sind auch weitere Formen sozialer Inklusion. Allerdings geht es dem Rechtssystem primär um Inklusionsverhältnisse, an denen das Recht selbst beteiligt ist; hier bildet der Vertrag die dominante Form sozialer Inklusion. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass Art. 3 Abs. 1 GG auch auf andere Formen der sozialen Inklusion angewendet werden kann.

Damit kann der Grundtatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG wie folgt formuliert werden: Der allgemeine Gleichheitssatz findet im Privatrecht Anwendung auf soziale Konflikte, in denen es um die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht. Dies sind *zumindest* Situationen, in denen Grundrechtsträger*innen Inklusion²⁰⁹⁸ in ein soziales System verlangen bzw. sich gegen die Exklusion aus einem sozialen System wehren. Die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG knüpft damit nach hier vorgestellter Konzeption an gesellschaftlichen Meso- und Makrostrukturen an: Inklusion bedeutet die Partizipation an sozialen Funktionssystemen wie im Stadionverbotsfall dem Sportsystem auf der gesellschaftlichen Makroebene, aber auch Partizipation an gesellschaftlichen Mesostrukturen wie Organisationen,²⁰⁹⁹ wenn diese die Inklusion in die Funktionssysteme regeln.

Damit kann das Tatbestandsmerkmal der gesellschaftlichen Teilhabe des Bundesverfassungsgerichts beibehalten werden: Es ist hinreichend responsiv für die hier beschriebenen Inklusionskonflikte und bietet die Möglichkeit, bereits auf dieser Ebene Fälle auszuschließen, in denen es in einem weiten Sinne lediglich um Zugang zu einem Raum bzw. einer Dienstleistung geht, aber nicht um Inklusion in soziale Funktionssysteme. Dies sind

2096 Siehe dazu oben § 9 IV 3.

2097 Siehe dazu oben § 4 V.

2098 Zumindest der Begriff „Inklusion“ findet sich im Kontext der Privatrechtswirkung bei *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 75.

2099 Siehe zum verbandsrechtlichen Aufnahmeanspruch oben § 8 III 3.

zwar soziale Konflikte, die ggf. auch über das Rechtssystem ausgetragen werden, die jedoch keine gleichheitsrechtliche Mediatisierung erforderlich machen. Zum Ende der Untersuchung wird sich diesem Tatbestand mit dem *Thermenfall* jedoch ein Grenzfall präsentieren, anhand dessen eine Ausweitung diskutiert wird.²¹⁰⁰

b. Problematisch: Öffnung für den Publikumsverkehr

Als zweites Tatbestandsmerkmal müsse laut Bundesverfassungsgericht eine Veranstaltung vorliegen, die einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet ist. Dabei schließt es nicht nur terminologisch, sondern auch inhaltlich an zwei bekannte dogmatische Bausteine an: Zum einen wird hier an die in der Privatrechtsrechtsprechung eingeführte Beschränkung des Hausrechts bei allgemein dem Publikum zugänglichen Leistungen angeknüpft.²¹⁰¹ Dieser Begriff wurde teilweise auch für die Diskussion um einen Kontrahierungszwang aufgegriffen.²¹⁰² Zum anderen knüpft der Senat hier an das Tatbestandsmerkmal des Massengeschäfts für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereiches vom allgemeinen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG an. Beide Anleihen für den Tatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG sind problematisch, weshalb – so die hier vertretene These – auf dieses Kriterium verzichtet werden sollte.²¹⁰³

Bereits oben konnte gezeigt werden, dass die bloße Öffnung eines Leistungsangebotes für den allgemeinen Publikumsverkehr nicht ausreicht, um den allgemeinen Kontrahierungszwang zu begründen. Im Sinne der freiheitsrechtlichen Konzeption signalisiert dies lediglich die Vertragsgeneigntheit.²¹⁰⁴ Es können nur Vermutungen angestellt werden, warum das Gericht dennoch an dieses Kriterium anknüpfen wollte: Der Topos der Öffnung für den Publikumsverkehr existierte zwar schon länger in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, jedoch wurde die darüber erfolgende Einschränkung des

2100 Siehe dazu unten § 10 III.

2101 BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt*; BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*; BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*; BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*.

2102 Siehe dazu oben § 8 II 5 b.

2103 Im Ergebnis auch *Grünberger*, VerfBlog, 2018/5/01: „das problematische Merkmal ‚ohne Ansehen einer Person‘ hätte der Senat besser vermieden“.

2104 Siehe dazu oben § 8 II 5 b.

Hausrechts erst in der Stadionverbotsentscheidung über eine Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG normativ begründet.²¹⁰⁵ Da der Bundesgerichtshof hier explizit auf den allgemeinen Gleichheitssatz verweist, wollte das Bundesverfassungsgericht wohl dieses Kriterium aufgreifen. Allerdings passt es nicht für die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft: Die Öffnung des Leistungsangebots für den allgemeinen Publikumsverkehr wurde ursprünglich für Fälle der modernen, standardisierten und sich zentralisierenden Wirtschaft entwickelt: U.a. für den Zugang zu Supermärkten oder Warenhäuser, die sich dadurch auszeichnen, dass der Publikumsverkehr hier stetig wechselt und ohnehin eine individuelle Kontrolle und Überwachung einzelner Kund*innen selten möglich ist.²¹⁰⁶ Darüber hinaus waren die ersten Fälle in einen wettbewerbsrechtlichen Kontext, nämlich die Frage nach der Zulässigkeit von Testkäufen²¹⁰⁷ bzw. der Anfertigung von Fotos zum Beweis von UWG-Verstößen,²¹⁰⁸ eingebettet. In solchen Fällen, in denen der Verkehr geöffnet wird, um erst Vertragsverhältnisse zu begründen, sich also das Geschehen im vorvertraglichen Raum bewegt, scheint eine Einschränkung des Hausrechts – und nur des Hausrechts – in den Fällen sinnvoll, in denen eine Person die allgemeinen Zutrittsvoraussetzungen erfüllt, der Hausrechtsinhaber grundsätzlich auf eine individuelle Kontrolle verzichtet und jetzt diese eine individuelle Person herausgegriffen wird.²¹⁰⁹ Hier ist eine Willkürkontrolle angebracht – ungeachtet dessen, woraus sie hergeleitet werden kann.²¹¹⁰ Die hier betrachteten Fälle der Gesellschaft zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass zunächst ein Vertrag als Zugangsvoraussetzung für die begehrte Dienstleistung geschlossen werden muss und gleichzeitig dieser Vertrag nicht nur eine wirtschaftliche Konsumkomponente aufweist, sondern – in *Teubners* Worten – ein produktives Element aufweist, also in der hier verwendeten Terminologie eine Inklusionsfunktion bezüglich eines weiteren Funktionssystem der Gesellschaft. Die allgemeine Öffnung für den Publikumsverkehr spielt hier keine eigenständige

2105 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 13; anschließend BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 22.

2106 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (145).

2107 BGH, Urt. v. 18.05.1966, Ib ZR 60/64; BGH, Urt. v. 13.07.1979, I ZR 138/77.

2108 BGH, Urt. v. 25.04.1991, I ZR 283/89.

2109 Ähnlich auch *Hofmann*, JURA 2014, 141 (145 f.): Ausweitung auf den vertragsrechtlich geregelten Bereich ist abzulehnen.

2110 Beschränkt man die Einschränkungen nur auf die Ausübung des Hausrechts, kann eine Ableitung aus § 242 BGB (*venire contra factum proprium*) überzeugen, so *Christensen*, JuS 1996, 873 (874); *Schule*, JZ 2015, 381 (388).

Rolle, sondern signalisiert höchstens, dass eine bestimmte Leistung für eine Vielzahl von Personen offensteht. Es geht also darum – und nur darum – wie *Grünberger* für das Merkmal des Massengeschäfts im AGG zutreffend ausführt, dass dadurch der Bereich des Öffentlichen vom Privaten abgegrenzt werden soll.²¹¹¹ Folgt man aber der hier vertretenen These, dass es bei der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG um soziale Inklusion geht, dann wird dieses Merkmal zur Abgrenzung des rein Privaten überflüssig. Denn die soziale Inklusion impliziert, dass sich ein Leistungsangebot aus dem rein privat genutzten Raum in die Öffentlichkeit verschoben hat. Und dies sogar in einer besonderen Form: Es geht nicht mehr nur darum, dass hier wirtschaftliche Leistungen an eine Vielzahl von Personen dargeboten werden, sondern darum, dass diese wirtschaftlichen Leistungen *zugleich* andere soziale Strukturen wie soziale Systeme (Fußballsport) und soziale Institutionen (Fußballstadion) aufbauen. Eine mögliche Partizipation an diesen kollektiven Strukturen setzt notwendigerweise voraus, dass eine Mehrzahl von Personen darauf zugreifen kann, die Veranstaltung oder Dienstleistung also öffentlich zugänglich ist.

c. Zu begrenzend: Soziale Macht

Als weiteres Tatbestandsmerkmal hat das Bundesverfassungsgericht auf eine, aus dem Hausrecht resultierende, einseitige Entscheidungs- bzw. Bestimmungsmacht abgestellt. Dieses Merkmal muss kritisiert werden: Die grundlegenden Überlegungen zu Macht im (Privat-)Recht haben dabei gezeigt, dass das Abstellen auf die Einseitigkeit zu kurz greift. Zum einen kommen einseitige Entscheidungen im Privatrecht regelmäßig vor; zum anderen kann an der Einseitigkeit bereits gezweifelt werden, weil Stadionbesucher*innen vorher einen Vertrag abschließen.²¹¹² Zudem konnte gezeigt werden, dass im Rechtsdiskurs, insbesondere das Vertragsrecht betreffend, zwar regelmäßig auf bipolare Machtsituationen abgestellt wird, diese bipolare Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes jedoch regelmäßig die strukturelle Machtdimension des Konfliktes und damit gleichzeitig die Wertentscheidung verdeckt, warum gerade eine bestimmte Machtsituation rechtlich stabilisiert werden soll, eine andere hingegen rechtlich einzugren-

2111 *Grünberger*, Personale Gleichheit 2013, S. 613.

2112 Siehe dazu oben § 2 I 2.

zen ist.²¹¹³ So liegt es auch hier: Der Topos der einseitigen Entscheidungsmacht verdeckt die strukturellen Machtaspekte des sozialen Konfliktes.²¹¹⁴ Um diese aufzudecken wurde ebenfalls die Inklusionsfunktion des Vertrages genutzt, um die Akteure, ihre Konstellationen und die Strukturen im hier betroffenen Sportsystem zu analysieren. Als wesentliche Topoi, die den Konflikt beschreiben können, stellten sich dabei Exklusion, soziale Sanktionierung, private Ordnung sowie eine mangelnde Einflussnahme auf Entscheidungsstrukturen heraus.²¹¹⁵

Aber diese herausgearbeiteten Aspekte von modal-strukturbezogener Macht im Stadionverbotsfall sollten nicht bereits auf der Tatbestandsebene der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen werden. Dass man im Fall der Stadionverbote auf eine soziale Mächtigkeit im Maßstäbeteil sowie eine mit einem Monopol vergleichbare modal-strukturbezogene Machtsituation abgestellt hat, ist ja der Sache nach richtig. Jedoch sollten diese Kriterien erst auf der Rechtfertigungsebene herangezogen werden, um – wie noch zu zeigen sein wird – die soziale Inklusion im konkreten Fall abzusichern.

In der verfassungsrechtlichen Literatur findet die Idee von sozialer Macht als Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes größeren Anklang.²¹¹⁶ Teilweise wird vertreten, dass ohne das Vorliegen einer dem Bürger-Staat-Verhältnis vergleichbare soziale Machtstellung die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht denkbar sei.²¹¹⁷ Möglicherweise hat sich das Bundesverfassungsgericht von diesem Diskurs inspirieren lassen. Problematisch an einem Abstellen auf soziale Machtkonstellationen, die mit dem Begriff der modal-strukturbezogenen Macht beschrieben werden können, ist, dass Grundrechte zwar häufig in Machtkonstellationen rele-

2113 Siehe dazu oben § 5 III, IV.

2114 Ganz deutlich auch in der Rezeption von *Greiner/Kalle*, JZ 2022, 542 (545 – 547), die den Topos der „einseitigen Entscheidungsmacht“ in der Tradition der strukturellen Unterlegenheit bzw. der ungleichen Verhandlungsmacht (siehe dazu oben § 3 II 2 c) verorten und dadurch die Machtfrage auf eine rein bilaterale (kausal-interaktionsbezogene Macht-)Beziehung herunterbrechen.

2115 Siehe dazu oben § 6 und § 7.

2116 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 71; *Jarass/Piero*, GG, Art. 3 Rn. 17; *Rüfner*, in: BK-GG [2017], Art. 3 Abs. 1 Rn. 193c; *Wollenschläger*, in: vMKS-GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 62; das Kriterium der sozialen Macht wurde auch aufgegriffen von BGH, Urt. v. 15.01.2013, XI ZR 22/12, Rn. 27: „soziales Machtverhältnis“.

2117 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93 und 93b („besondere faktische Machtstellung“).

vant werden.²¹¹⁸ Aber Macht ist kein generalisierbarer Topos der Grundrechtstheorie oder der Grundrechtsdogmatik.²¹¹⁹ Er findet sich in Horizontalwirkungskonstellationen insbesondere als Abwägungstopos zwischen zwei Freiheitsgrundrechten.²¹²⁰ Nach hier vertretenem Grundrechtsverständnis hängt die Privatrechtswirkung von Grundrechten jedoch nicht zentral von Machtfragen ab, sondern entscheidet sich entlang der jeweiligen grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte. Das Privatrecht muss sich auch vor anderen sozialen Rationalitäten rechtfertigen, die nicht oder nicht zentral durch Machtstrukturen überprägt sind. Der Fall *Parabolantenne*²¹²¹ ist ein Paradebeispiel dafür, dass sich das Privatrecht vor der in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG rechtlich gespiegelten Rationalität von massenmedialer Öffentlichkeit auch dann rechtfertigen muss, wenn im Privatrechtsverhältnis keine dem Stadionverbotsfall vergleichbare Machtsituation vorliegt.²¹²²

Überträgt man diese Überlegungen auf die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG und auf die Konkretisierung, dass eine gesellschaftliche Teilhabe zumindest in Konstellationen sozialer Inklusion vorliegt, müssen auch Machtüberlegungen darauf übertragen werden. Mich überzeugt es nicht, bereits den groben Anwendungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht nur in Situationen heranzuziehen, in denen eine die Inklusion behindernde Machtposition vorliegt. Denn dadurch würde der Anwendungsbereich zu stark eingeschränkt. Liegen die Inklusion behindernde Machtstrukturen vor, werden jedoch die Rechtfertigungsanforderungen angehoben, was – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die Organisations- und Verfahrensdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch im Privatrecht aktiviert.

2118 Vgl. oben § 5 IV 1.

2119 Anders aber – auch mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz – Pöschl, RW 2016, 51 (56).

2120 Prägnant in BVerfGE 25, 256 – *Blinkfuer* [1969], Rn. 23 f., 27, 29.

2121 BVerfGE 90, 27 – *Parabolantenne I* [1994], Rn. 10 – 19.

2122 Zugegeben: Auch das Verhältnis zwischen Vermieter*in und Mieter*in kann als modal-interaktionsbezogenes Machtverhältnis beschrieben werden, weil die Vermieter*in grundsätzlich darüber bestimmen kann, wie eine Mieter*in eine Wohnung nutzen darf. Dies ändert jedoch nichts daran, dass *Anknüpfungspunkt* der Privatrechtswirkung der Streit um die Parabolantenne war – und nicht das Machtverhältnis an sich.

VI. Organisations- und Verfahrensdimension von Art. 3 Abs. 1 GG

Mit der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes, die die Grundlage für das dogmatische Tatbestandsmodell im Privatrecht bildet, konnte die Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG begründet werden. Als Rechtsfolge tritt damit – aufgrund der allgemeinen Struktur von Ungleichbehandlung/ Rechtfertigung – eine Rechtfertigungspflicht für Privatrechtsakteure ein, deren Dienstleistungen über soziale Inklusion entscheiden. Eine Privatrechtsakteur*in muss im Falle einer sozialen Exklusion – beispielsweise indem die Leistung verweigert oder ein Vertrag gekündigt wird – einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung vorbringen. Damit kann das Recht die eigenrational gesetzte Exklusionsregel überprüfen; der allgemeine Gleichheitssatz wird damit zur Zugangsregel. Das Bundesverfassungsgericht ist jedoch in seinem Stadionverbotsbeschluss bezüglich der Rechtsfolgen darüber hinaus gegangen. Als weitere Pflichten trafen den Betreiber des Fußballstadions spezifische Verfahrenspflichten, die vor der Aussprache eines (bundesweiten) Stadionverbots eingehalten werden mussten bzw. zukünftig müssen: Die betroffene Person muss vorher angehört werden, ihr muss eine Begründung für das Stadionverbot gegeben werden und den Betreiber trifft eine Aufklärungspflicht für den zugrunde liegenden Sachverhalt.²¹²³ Damit geht es um „die Art und Weise – das Verfahren –, mit dem Private (unternehmensinterne) Entscheidungsprozesse durchführen, begründen und nach außen an den Betroffenen und an die Öffentlichkeit kommunizieren.“²¹²⁴ In der Literatur wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich hierbei um Verfahrensschritte handelt, die dem Verwaltungsverfahren stark ähneln bzw. terminologisch diesem entnommen sind.²¹²⁵ Der Konnex zwischen Grundrechtswirkung im Privatrecht und Verfahrenspflichten in privaten Rechtsverhältnissen sei ein Novum der Grundrechtsdogmatik.²¹²⁶ Damit stellt sich die Frage, ob und wie diese Verfahrensanforderungen im Privatrecht rechtsdogmatisch begründet und konstruiert werden können. Nach hier zu entwickelnder These ist es die Verfahrens- und Organisationsdimension von Art. 3 Abs. 1 GG, die auch im Privatrecht Wirkung entfaltet.

2123 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 46.

2124 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379).

2125 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379 f.); ebenso *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (35 – 37), der kritisiert, dass das Gericht zur Begründung der Verfahrenspflichten spezifischer hätte argumentieren müssen.

2126 *Wiater*, JZ 2020, 379 (379).

1. Kein Rekurs auf das Verwaltungsprivatrecht

Einen anderen Begründungsansatz wählt hingegen *Wiater*: Zur Begründung und inhaltlichen Beschränkung der Verfahrenspflichten im Privatrecht greift sie auf Verfahrenspflichten im Verwaltungsprivatrecht zurück. Dabei geht sie von der – zwar staatszentrierten, aber grundsätzlich zuzustimmenden Prämisse – aus, dass privates Handeln, das eine staatsähnliche Reichweite oder Organisationsstruktur aufweist, an der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht operiert; auch die Verwaltung, die sich privatrechtlicher Formen bedient, operiert an dieser Schnittstelle.²¹²⁷ Ihr Argument lautet dabei im Kern, dass so wie der Staat, der sich in den Bereich des Privatrechts begibt, sich nicht seinen rechtsstaatlichen Bindungen entziehen darf, auch ein Privater sich rechtsstaatlichen Bindungen nicht entziehen kann, wenn er sich auf verfassungsrechtliches Terrain begibt.²¹²⁸

Der Begründungsansatz *Wiaters* kann nicht überzeugen. Zuzustimmen ist ihr zwar grundsätzlich dahingehend, dass Private u.a. Verfahrenspflichten einhalten müssen, weil sie eine ähnliche Position wie der Staat einnehmen.²¹²⁹ Unklar bleibt jedoch, warum die genuin an staatlichen Akteuren ausgerichteten rechtsstaatlichen Bindungen auch gegenüber Privaten gelten sollen. Zwar hat sich das Bundesverfassungsgericht mit den Verfahrensanforderungen Anhörung, Begründungspflicht und Sachverhaltsaufklärung inhaltlich an klassischen rechtsstaatlichen Ausprägungen orientiert. Meines Erachtens nach bildet aber die Verfahrens- und Organisationsdimension der Grundrechte eine überzeugendere dogmatische Grundlage auch für Etablierung von solchen Pflichten im Privatrecht. Speziell die Anhörung lässt sich neben der Beschreibung als verwaltungsrechtliches Institut als „ein allgemein grundrechtsgebotener Verfahrensstandard“ rekonstruieren.²¹³⁰ Grundrechtliche Verfahrens- und Organisationspflichten sind dem Privatrecht zunächst nicht fremd: „Die Entwicklung ist nicht auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse beschränkt geblieben. Wo Grundrechte in das Privatrecht hineinwirken, können auch ihre prozedural-organisatorischen Komponenten eine Rolle spielen.“²¹³¹ So nimmt das Bundesverfassungs-

2127 *Wiater*, JZ 2020, 379 (384).

2128 *Wiater*, JZ 2020, 379 (384).

2129 Siehe aber unten § 9 VI 3 b zur Kritik am Topos der Staatsähnlichkeit.

2130 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 38.

2131 *Schmidt-Aßmann*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 7.

gericht zur Begründung von privatrechtlichen Verfahrenspflichten im Stadionverbotsbeschluss²¹³² ausdrücklich Bezug zu Vereinsausschlüssen und zu Verdachtskündigungen im Arbeitsrecht. Selbst hatte es zuvor zu Darlegungs- und Beweislastfragen im Kündigungsschutz entschieden.²¹³³ Verfahrenspflichten seien dem Privatrecht „nicht fremd“.²¹³⁴ Weiteres aktuelles Beispiel für Verfahrenspflichten Privater und damit für die Prozeduralisierung im Privatrecht sind die §§ 9 ff. sowie 13 ff. UrhDaG, wonach Nutzerrechte prozedural abgesichert werden und Diensteanbieter ein nach diesen Vorschriften auszugestaltendes Beschwerdeverfahren etablieren müssen.²¹³⁵

Dies ist jedoch methodisch nur eine Seite der Begründung. Damit hat das Bundesverfassungsgericht lediglich festgestellt, dass es grundsätzlich mit der Eigenrationalität des Privatrechts vereinbar ist, Verfahrenspflichten an Private aufzustellen. Wenn Verfahrenspflichten aus der Verfassung – und nicht aus dem (genuinen) Privatrecht – abgeleitet werden, so bedarf es einer eigenständigen verfassungsdogmatischen Fundierung und Begründung.²¹³⁶ Richtiger Anknüpfungspunkt dafür ist die Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte in ihrer Privatrechtswirkung, nicht der Vergleich zum Verwaltungsprivatrecht oder das Rechtsstaatsprinzip.

2. Organisations- und Verfahrensdimension im Vertikalverhältnis

Mit der Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte ist der Topos der Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren angesprochen.²¹³⁷ Dabei geht es um eine Effektivierung der materiellen Gewährleistungsgehalte eines Grundrechts. Prozedurale und organisatorische Sicherungen können alle Grundrechtsdimensionen (Abwehr-, Schutz-, Leistungs- und Teilhabedimension) erfassen.²¹³⁸ Daraus erklärt sich, dass diese Dimension zu den Hauptdimensionen querliegend ist.²¹³⁹ Dies trifft insbesondere für die hier relevante Teilhabedimension zu:

2132 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 47.

2133 BVerfGE 97, 169 (179) – *Kleinbetriebsklausel* [1998].

2134 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 47.

2135 Siehe dazu *F. Hofmann*, NJW 2021, 1905 (1908 – 1910).

2136 Zutreffend *Wiater*, JZ 2020, 379 (379, 382).

2137 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 276; *Bethge*, NJW 1982, 1 (2).

2138 *Schmidt-Aßmann*, in: *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 9.

2139 Siehe oben § 9 I 2; anders *Häberle*, VVdStRL 30 (1972), 43 (86 f.), der von der selbstständigen Grundrechtsdimension „*status activus processualis*“ spricht und hervorhebt, dass Verfahren selbstständig betrachtet werden sollten.

„Die Komplementarität zwischen substantiellem und organisatorisch-prozeduralem Schutz ist aber auch für die anderen [nicht abwehrrechtlichen] grundrechtlichen Wirkungsebenen zu beachten – mehr noch: Gerade für die schutz- und leistungsrechtlichen Bedeutungsschichten erscheint die verfahrensrechtliche Komponente wichtig, weil es sich regelmäßig um besonders schwierige Verteilungsentscheidungen handelt, die einen Ausgleich zwischen den Positionen mehrerer Grundrechtsträger verlangen.“²¹⁴⁰ Dies gilt im Besonderen für den allgemeinen Gleichheitssatz. Denn die Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG hängt untrennbar mit seiner Verfahrens- und Organisationsfunktion zusammen. Die Verfahrens- und organisatorische Dimension des allgemeinen Gleichheitssatzes sichert prozedural die materiell gleichheitskonforme Differenzierung ab.²¹⁴¹ „Denn Teilhabe beginnt bei der Frage, wer nach welcher Prozedur, nach welchen Kriterien Auswahlentscheidungen trifft und wie diese verwaltungsintern und -extern überprüft werden können.“²¹⁴² Problematisch an der dogmatischen Arbeit mit der Verfahrens- und Organisationsdimension ist hingegen, dass die konkreten Ableitungen von Verfahrens- und Organisationspflichten aus den Grundrechten kaum mit den herkömmlichen juristischen Auslegungsregeln zu greifen sind. Besser können Verfahrens- und Organisationspflichten mit steuerungstheoretischen Zugängen begriffen werden.²¹⁴³

3. Privatrechtswirkung der Organisations- und Verfahrensdimension

Die Organisations- und Verfahrensdimension der Grundrechte ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts primär für das Zivilprozessrecht, insbesondere für das Zwangsvollstreckungsrecht, zu beobachten.²¹⁴⁴ Jedoch sind im wissenschaftlichen Diskurs Ansätze vorhanden, die organisatorische und prozedurale Gewährleistungen vom Prozessrecht lösen wollen und auch auf privatautonome Handlungen übertragen wollen; Anknüpfungspunkte sind dabei u.a. der Vertrag als Verfahren oder die

2140 Schmidt-Aßmann, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 11, 13.

2141 Wollenschläger, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 183 f.

2142 Kingreen, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 304.

2143 Schmidt-Aßmann, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 12.

2144 Überblick bei Ruffert, Vorrang, 2001, S. 280 – 283.

Organisiertheit privater Personenmehrheiten.²¹⁴⁵ *Bethge* erwägt zumindest, dass die Begriffe Organisation und Verfahren als Mittel der Grundrechtseffektuierung auch auf private organisationsrechtliche Strukturen passen könnten.²¹⁴⁶ Die Frage lautet damit: „Erstrecken sich also die grundrechtlichen Organisations- und Verfahrensgewährleistungen auch auf Organisation und Verfahren im materiellen Privatrecht?“²¹⁴⁷ Wenn die Begründung von Organisations- und Verfahrenspflichten primär eine Steuerungsfrage ist, dann geht es also auch im Privatrecht darum, das konkrete Sachproblem zu analysieren und sich zu fragen, warum es sinnvoll wäre, die hier relevante Teilhabedimension über weitere Verfahrensschritte abzusichern. Dabei kann sich gleichzeitig mit der in der Literatur geäußerten Kritik an der Etablierung von Verfahrenspflichten durch das Bundesverfassungsgericht im Stadionverbotsbeschluss auseinandergesetzt werden. Zugleich können Kriterien offengelegt werden, die im Rechtfertigungsmodell dazu führen, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung durch Verfahrensvorgaben erhöht werden.

a. Prozeduralisierung und gesellschaftlicher Konstitutionalismus

Vereinzelt wurde der Stadionverbotsbeschluss deshalb kritisiert, weil er Ausdruck der allgemeinen Tendenz der Prozeduralisierung des Rechts ist. Dabei sei diese Prozeduralisierung, also die Entwicklung, dass Entscheidungen über Grundrechtsverstöße vermehrt auf der Verfahrensebene gelöst werden, schlecht, weil dadurch keine inhaltlichen Maßstäbe festgelegt werden.²¹⁴⁸ Prozeduralisierung ist dabei ein schillernder Begriff.²¹⁴⁹ Er beschreibt strukturelle Veränderungen im Recht, die typologisch die „Verschiebung des Regelungsschwerpunktes vom materiellen in das formelle Recht“²¹⁵⁰ behandeln. Richtig ist dabei, dass im Recht materielle Entscheidungskriterien durch Verfahren ausgefüllt, verstärkt oder ersetzt werden:

2145 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 283; *Suhr*, EuGRZ 1984, 529 (541); angedeutet bei *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 332 f.; *Bethge*, NJW 1982, 1 (2); *Denninger*, HStR, Bd. IX, 2011, § 193 Rn. 24, 40.

2146 *Bethge*, NJW 1982, 1 (2).

2147 *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 283 f., der dies auf S. 284 f. sehr restriktiv sieht.

2148 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.

2149 Zu verschiedenen Zugängen *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1.

2150 *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 26.

„Prozedurales Recht tritt insoweit an die Seite oder gar an die Stelle materiellen Rechts.“²¹⁵¹ Unklar bleibt mir, warum dies problematisch sein sollte. Denn die stärkere Mediatisierung sozialer Konflikte im Recht über prozedurale Elemente greift auf die Komplexität moderner Gesellschaften zurück: Es wird immer schwieriger, verbindliche rechtliche Maßstäbe und Anforderungen für jeden einzelnen sozialen Kontext zu formulieren. Über prozedurale Elemente im Recht entstehen mehr Möglichkeiten, „den immer komplexer werdenden gesellschaftlichen Herausforderungen und damit verbundenen Regelungs- und Entscheidungsproblemen durch Verfahren und nicht (jedenfalls nicht primär) durch Zunahme an vorweggenommenen materiellen Determinierungen Rechnung zu tragen.“²¹⁵² Die Anerkennung prozeduraler Elemente im Privatrecht bedeutet damit, dass das Recht nicht vor der modernen Komplexität kapituliert. Aus systemtheoretischer Perspektive der Grundrechte wurden prozedurale Lösungen für eine gelungene Konstitutionalisierung – beispielsweise des Rundfunks – hervorgehoben.²¹⁵³

Darüber hinaus besteht ein enger Zusammenhang zwischen Verfahrensanforderungen und privaten Ordnungen:²¹⁵⁴ Ein wesentliches Problem im gesellschaftlichen Konstitutionalismus sowie bezüglich der Legitimation privater Ordnungen sind Verfahrensanforderungen zur Beteiligung aller betroffener Personen an der Regelsetzung oder zumindest zur Absicherung einseitiger Interessendurchsetzung. Prozeduralisierung trägt dazu bei, dass verschiedene Akteure Zugang zu den Prozessen der Entscheidungsfindung und der Rechtserzeugung erhalten.²¹⁵⁵ Werden über grundrechtliche Gewährleistungsgehalte mehr Verfahrensanforderungen im Privatrecht, und damit auch gerade in privaten Ordnungen, etabliert, sichert dies ihre Legitimation. Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensvorschriften sichern Richtigkeit – Rationalität, Gerechtigkeit, Legitimation – der durch sie ermöglichten Entscheidungen.²¹⁵⁶ Im Kontext des gesellschaftlichen Konstitutionalismus sind prozedurale Vorgaben zudem aus einem weiteren Grund materiell-rechtlichen Vorgaben überlegen: Materiell-rechtliche Vorgaben haben ein hohes Gefahrenpotential, den jeweiligen sozialen Sys-

2151 *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 27.

2152 *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (2).

2153 *Ladeur*, Der Staat 50 (2011), 493 (525 – 528).

2154 Siehe dazu oben § 7 III 2, 3.

2155 *Sheplyakova*, in: dies. (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, 2018, S. 1 (6).

2156 *G.-P. Calliess*, Prozedurales Recht, 1999, S. 177.

temen eine fremde Rationalität aufzuerlegen.²¹⁵⁷ In dem Moment, in dem ein Gericht anderen sozialen Systemen materielle Vorgaben macht, besteht die Gefahr, dass sie die Anforderungen des Systems verkennt. Insbesondere die Abwägung von Freiheitsgrundrechten führt immer dazu, dass das Recht eine letztverbindliche und heteronome Entscheidung über die punktuelle Ausgestaltung der Systemstrukturen trifft. Prozedurale Vorgaben wahren jedoch – solange nicht blind rechtlich oder politisch etablierte und bekannte Verfahren ohne Reflektion auf andere Systemkontexte übertragen werden – in hohem Maße die Autonomie gesellschaftlicher Strukturen. Die entscheidungstragenden Akteure und Akteurinnen der jeweiligen sozialen Systeme werden nicht oder nur geringfügig hinsichtlich ihrer inhaltlichen Ausgestaltung des Systems beeinträchtigt. Um dies am Stadionverbotsfall zu verdeutlichen: Zwar kontrollierte das Bundesverfassungsgericht hier über das Sachgrunderfordernis die Exklusionsregel, dass gefährliche Fußballfans vom Stadion ausgeschlossen werden sollen. An diesen Sachgrund werden jedoch keine hohen Anforderungen gestellt; das Sportsystem behält die Möglichkeit, die Exklusionsregeln weitgehend frei und autonom zu bestimmen. Das Recht hält über die Verfahrensanforderungen jetzt „nur“ die relevanten Akteure an der einmal getroffenen Entscheidung fest: Es dürfen nur tatsächlich gefährliche Fußballfans exkludiert werden.²¹⁵⁸ Die Exklusionsregel muss quasi folgerichtig angewendet werden;²¹⁵⁹ sie darf nicht für andere Zwecke genutzt werden, wenn dies dazu führen würde, dass die Teilhabedimension des Gleichheitssatzes beeinträchtigt wird. Der Stadionverbotsbeschluss mit seinen prozeduralen Anforderungen kann damit als Vorbild für guten gesellschaftlichen Konstitutionalismus gesehen werden.

2157 Das ist die im Kern richtige Kritik von *Ladeur* an Abwägungslösungen in Horizontalverhältnissen, *Ladeur*, in: *Vesting/Korioth/I. Augsburg* (Hrsg.), *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, 2014, S. 17 (36 – 38), der stattdessen für eine Prozeduralisierung plädiert.

2158 Dieses Argument findet sich ausdrücklich in der BGH-Entscheidung zum Facebookfall wieder, siehe BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 84: „Denn nur eine in einem verbindlichen Verfahren erfolgende Aufklärung des Sachverhalts gewährleistet, dass die Entscheidung der an das Gleichbehandlungsgebot gebundenen Partei auf einem sachlichen Grund beruht, der in den maßgeblichen tatsächlichen Verhältnissen hinreichend verankert ist.“

2159 In eine ähnliche Richtung argumentiert *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (26 – 29), der dies „Konzeptbindung als Mittel des Grundrechtsausgleichs“ bezeichnet und auf S. 29 ebenfalls betont, dass ein solcher Ansatz in hohem Maße die „Bildung sozialer Normativität“ wahrt; allerdings auf S. 35 – 37 leicht kritisch gegenüber Verfahrensvorgaben.

Die Verfahrens- und Organisationsdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wird so zu einem Partizipationsrecht. Wird die soziale Inklusion durch institutionalisierte Machtverhältnisse reguliert, die zu einer Normalisierung der Exklusionsentscheidungen führt, gewährt Art. 3 Abs. 1 GG – vermittelt über die Anrufung staatlicher Gerichte – die Teilhabe an der Setzung dieser privaten Regeln.²¹⁶⁰ Welche konkreten Verfahrensvorgaben für eine private Ordnung durch die Anrufung staatlicher Gerichte „erzwungen“ werden können, lässt sich dabei nur schwer abstrakt beantworten, weil (1.) jede private Ordnung in einen jeweils ganz unterschiedlichen sozialen Kontext eingebettet ist und (2.) sich der für den konkreten Fall aus der Verfahrens- und Organisationsdimension des Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gewährleistungsgehalt erst durch eine Abwägung mit den konkret entgegenstehenden Grundrechten ergibt. Maßgeblich ist hier die Steuerungsperspektive: Auf welche Probleme einer privaten Ordnung kann und soll aus Sicht des gesellschaftlichen Konstitutionalismus reagiert werden? Geht es um eine Exklusionsregel wie beispielsweise im *Stadionverbotsfall*, die (tatsächlich) gefährliche Personen von Fußballerevents ausschließen soll, liegen die vom Bundesverfassungsgericht herangezogenen – und aus der klassischen staatlichen Gefahrenabwehr bekannten²¹⁶¹ – Instrumente der Sachverhaltsaufklärung, der Begründungspflicht sowie der Möglichkeit einer Stellungnahme nahe. Der Gewährleistungsgehalt kann jedoch auch ganz andere Organisations- und Verfahrensdimensionen umfassen: So sind z.B. Anforderungen an die Öffentlichkeit²¹⁶² von Entscheidungen oder die paritätische Besetzung von Entscheidungsgremien²¹⁶³ denkbar.

2160 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (157).

2161 Dabei ist jedoch nochmals zu betonen, dass diese Gewährleistungen aus der Verfahrens- und Organisationsdimension des Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtswirkung und nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip o.ä. folgen. „Passen“ jedoch aus Steuerungsperspektive bereits im Recht bekannte Instrumente auch auf die soziale Konfliktlage in einer Privatrechtskonstellation, spricht nichts dagegen, diese in angepasster Weise heranzuziehen.

2162 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 42 – 51 (hier jedoch aus dem Gewährleistungsgehalt des Justizgewährleistungsanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet).

2163 Auch dies war ein Problem im Fall *Pechstein* und wurde von der Beschwerdeführerin auch gerügt (BVerfG, Beschl. v. 03.06.2022, 1 BvR 2103/16 – *Pechstein*, Rn. 25), in den Entscheidungsgründen jedoch nicht weiter aufgegriffen.

b. Aufwertung privater Akteur*innen und Staatsähnlichkeit

Des Weiteren wurde als Argument vorgebracht, dass durch die Verfahrenspflichten private Akteur*innen – insbesondere Unternehmen – in „inakzeptabler Weise“ aufgewertet würden: Der Bürger werde hier nicht nur durch mehr Rechte gestärkt, sondern sieht sich nun Unternehmen gegenüber, denen er sich so verhalten muss, als wäre es der Staat; er müsse Begründungen einfordern, sich einer Anhörung aussetzen usw.²¹⁶⁴ Zurecht wurde darauf hingewiesen, dass nicht jede Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG auch zu Verfahrensansforderungen führt bzw. führen sollte.²¹⁶⁵ Die Verfahrens- und Organisationsdimension der Grundrechte kann diese Aussage nur bestätigen: Die Verfahrens- und Organisationspflichten sollen der im Fokus stehenden Teilhabedimension zu einer besseren Wirksamkeit verhelfen. Wann die Aktivierung dieser querliegenden Grundrechtsfunktion steuerungstheoretisch sinnvoll erscheint, muss von Fall zu Fall entschieden werden. Aus dem Argument, dass mit Verfahrenspflichten Privatrechtsakteur*innen „aufgewertet“ würden, lässt sich jedoch ein typologischer Anknüpfungspunkt finden: Im Fall des Stadionverbots waren bereits vor der Entscheidung hierarchische Entscheidungsstrukturen und vorgegebene Verfahrensschritte vorgesehen. Der zweite Teil dieser Untersuchung hat darauf aufbauend die These aufgestellt, dass es sich im konkreten Fall sogar um soziale Herrschaftsstrukturen handelt, gerade weil die wesentlichen Entscheidungsprozesse institutionalisiert sind.²¹⁶⁶ Damit lässt sich aus diesem Gegenargument ein Anhaltspunkt für die Verfahrensdimension formulieren: Sie kommt im Privatrecht dann unterstützend zum Einsatz, wenn die fraglichen Privatrechtsakteure bereits institutionalisierte Verfahrens- und Organisationsprozesse etabliert haben, die sich negativ zulasten des sozialen Inklusionsinteresses der Grundrechtsträger*in auswirken bzw. auswirken können. Die Verfahrens- und Organisationsdimension sichert den allgemeinen Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht ab. Dadurch kommt es zu einer „Ausbildung eines letztlich das Teilhaberecht an der Veranstaltung sichernden Verfahrensregime“²¹⁶⁷. Um es deutlich zu sagen: Grundrechtliche Verfahrensansforderungen im Privatrecht werten Unternehmen bzw. Organisationen nicht auf; sie reagieren vielmehr auf die soziale Realität, dass bestimmte Privatrechtsakteure bereits privatautonom, ohne

2164 Kischel, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.

2165 Wiater, JZ 2020, 379 (381).

2166 Siehe oben § 7 II 4.

2167 Droege, npoR 2018, 241 (244).

Zutun grundrechtlicher Anforderungen, bestimmte Verfahren etabliert haben, welche sich häufig zulasten anderer Grundrechtsträger*innen auswirken.

Einen ähnlichen typologischen Anknüpfungspunkt wählt *Wiater* mit den Begriffen „staatsähnliche Reichweise oder Organisationsstruktur“: „Weise privates Handeln in spezifischen Lebensbereichen eine staatsähnliche Reichweise oder Organisationsstruktur auf, so begibt sich der Private aus eigener Entscheidung in eine Staatsnähe, die in gewissem Umfang eine verfassungsrechtliche ‚Überlagerung und Bindung des Privatrechts‘ zur Folge haben muss.“²¹⁶⁸ Dem ist inhaltlich zuzustimmen. Jedoch sollte der Topos der Staatsnähe vermieden werden, weil er lediglich als Proxy für eine adäquate Beschreibung der Problemlage steht. Diese Untersuchung hat in § 7 den Stadionverbotsfall aus der Perspektive der privaten Ordnungen beschrieben und damit eine präzisere Beschreibung vorgelegt. „Entscheidend ist nicht die Zuordnung eines Privaten zur öffentlichen Hand, sondern seine Stellung in der Gesellschaft. Wer in ‚spezifischen Konstellationen‘ eine besondere Machtposition ausübt, ist unmittelbar an die Grundrechte gebunden und muss seine Entscheidungen wie der Staat unter Würdigung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG treffen.“²¹⁶⁹ Man kann mit dem Topos nicht alle für das Recht relevanten Fälle einfangen, weil sich private Ordnungsstrukturen in der komplexen Realität sowohl hinsichtlich staatlicher Organisationsstrukturen als auch untereinander stark unterscheiden (können).²¹⁷⁰ Problematisch am Topos der Staatsähnlichkeit ist, dass private Ordnungen Strukturen ausbilden können, die sich stark von klassischen Staatsstrukturen unterscheiden, aber dennoch rechtlich bedenklich sein können. Es geht um eine modal-strukturbezogene Machtstellung innerhalb der einzelnen sozialen Systeme, die sowohl ermöglichende als auch begrenzende Auswirkungen auf die Gewährleistungsgehalte der Grundrechte haben: hier also die soziale Inklusion, die Art. 3 Abs. 1 GG auch im Privatrecht gewährleistet.

2168 *Wiater*, JZ 2020, 379 (382); auch *Wienbracke*, EWiR 2018, 495 (496) stellt auf die Staatsähnlichkeit der Privaten ab.

2169 *Jobst*, NJW 2020, 11 (16).

2170 *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 202 – 204, 216 spricht deshalb abstrakter von einer „entpersonalisierten Struktur“ eines Privaten, womit er zutreffend einfängt, dass regelmäßig – aber nicht immer – Organisationen an Grundrechtseinschränkungen beteiligt sind.

c. Verfahren als Grenze der Privatrechtswirkung und Einschränkung legislativer Spielräume

Damit verbunden ist das Argument, dass Verfahrensanforderungen den Schritt von der mittelbaren Drittwirkung zu einer unmittelbaren Grundrechtsbindung verdeutlichen, wobei letztere prinzipiell abgelehnt werde.²¹⁷¹ Dabei handelt es sich jedoch um ein schwaches Argument. Ausgehend von den hier gesetzten Prämissen der Horizontalwirkung von Grundrechten, ist ohnehin nicht an der Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Grundrechtswirkung festzuhalten.

Eng damit zusammen hängt jedoch ein anderes Argument: Indem das Bundesverfassungsgericht hier ohne Gesetzesmediation Verfahrenspflichten etabliert, überschreite es seine Kompetenzen gegenüber der Legislative. Denn diese werde nun an diesen vorgegebenen Verfahrensanforderungen festgehalten.²¹⁷² Der Grund, warum von einigen Autor*innen eine zu starke Begrenzung legislativer Spielräume hervorgehoben wird, überzeugt nicht. Zum einen verkennen sie die Ausgangssituation: Die Legislative hat im Stadionverbotsfall gerade nicht gehandelt. Die Gründe dafür können im Detail offenbleiben, wobei der Stadionverbotsfall jedoch symptomatisch für den Rückgang der Prägung des Rechts durch das politische System angesehen werden kann.²¹⁷³ Das Sportsystem hat sich historisch immer schon selbst reguliert. Bestimmte Konflikte werden damit entweder gänzlich ohne gesetzliche Regelung oder wie im Stadionverbotsfall über private Ordnungen und Privatrechtseinstitute ausgetragen. Die Legislative hätte jederzeit Gesetze erlassen können, um den sozialen Konflikt um die Stadionverbote abzuschwächen. Sie hat es aber nicht getan.

Wenn aber darauf abgestellt wird, dass jetzt zukünftig die gesetzgeberischen Spielräume eingeschränkt sein sollten, falls die Legislative doch regulierend einschreiten möchte, so legt sie andere Prämissen bezüglich der Horizontalwirkung der Grundrechte zugrunde. Die Argumentation beruht auf der Prämisse, dass jetzt durch die aus der Abwägung zwischen Art. 14 und Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitete Etablierung von Sachgrunderfordernis und Verfahrensanforderungen der Gesetzgeber an diesen Instrumenten der Konfliktlösung festgehalten werden müsste, weil dies die verfassungsrechtlichen Anforderungen seien. Dabei übersehen sie, dass jede Horizontalwir-

2171 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.

2172 *Michl*, JZ 2018, 910 (917 f.).

2173 Siehe dazu *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (306 – 309).

kungskonstruktion – selbst die Anwendungskonstruktion – zwischen der Ebene des unmittelbaren Grundrechtsverhältnisses (Grundrecht A gegen Grundrecht B) und ihrer möglichen Mediatisierung über das einfache Gesetzesrecht unterscheidet. Woran zukünftige Legislativentscheidungen in Bezug auf Stadionverbote gebunden sein mögen, ist die Auflösung der Grundrechtskollision zugunsten des allgemeinen Gleichheitssatzes und möglicherweise daran, dass es dazu *irgendeine* Art von prozeduraler Absicherung bedarf. Die hier etablierten Verfahrensanforderungen folgen aber daraus, dass es gerade kein hinreichendes einfaches Gesetzesrecht gab, das auch nur ansatzweise eine adäquate Konfliktmediatisierung ermöglichte. Erlässt die Legislative im Anschluss an den Stadionverbotsbeschluss ein Gesetz, welches Stadionverbote einem gesetzlichen Verfahrensregime unterwirft, welches von dem in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung entwickelten abweicht, so muss sich diese gesetzliche Konfliktmediation innerhalb eines *Spektrums* von grundrechtlich zulässigen Regelungen halten. Durch den Stadionverbotsbeschluss und die dort getroffenen Aussagen zu Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtsverhältnissen ist für die Zukunft lediglich dieses Spektrum festgelegt.

d. Verfahrensvorgaben auch im allgemeinen Privatrecht

Zwar zieht das Bundesverfassungsgericht bezüglich Verfahrenspflichten Parallelen zu Vereinsausschlüssen sowie arbeitsrechtlichen Verdachtskündigungen, aber dies seien Sonderfälle, die dadurch gerechtfertigt seien, weil es sich hier um bestehende Sonderrechtsverhältnisse und nicht um Jedermannsverhältnisse handele.²¹⁷⁴ Dieses Argument beruht damit auf der Prämisse, dass wenn es schon zu Verfahrensanforderungen im Privatrecht kommen soll, diese dann auf bestehende Rechtsverhältnisse beschränkt werden sollten, weil es auch bisher keine Verfahrensanforderungen im allgemeinen Privatrecht gebe. Dagegen sprechen jedoch zwei Argumente: Zum einen ist bereits die Prämisse falsch, dass das allgemeine Vertragsrecht frei von prozeduralen Elementen sei. Denn die Verfahrensanforderungen beim Ausschluss von Mitgliedern sozial mächtiger Vereine finden ebenfalls Anwendung, wenn es um die Begründung der Mitgliedschaft geht.²¹⁷⁵ Zu-

2174 *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c; *Hellgardt*, JZ 2018, 901 (902); *Wiater*, JZ 2020, 379 (381).

2175 Siehe dazu oben § 8 IV 3.

dem operiert das Verbraucherrecht schon länger mit Informationspflichten im vorvertraglichen Bereich,²¹⁷⁶ die als prozedurale Elemente im allgemeinen Vertragsrecht gedeutet werden können.²¹⁷⁷ Ebenfalls finden sich jüngst Ansätze, die Verfahrensrechte – zumindest im digitalen Kontext – genuin aus dem vertraglichen Äquivalenzverhältnis und dem relativen Interessenausgleich herleiten.²¹⁷⁸ Das Privatrecht ist demnach offen für die grundrechtliche Verfahrensdimension.

Zum anderen verkennt dieses Argument die Notwendigkeit, auch bestimmte weitere Phänomene im allgemeinen Vertragsrecht über prozedurale Elemente abzusichern. Indem an der Unterscheidung Sonderrechtsverhältnis gegen Jedermannsverhältnis, an Spezialrechtsgebiet und allgemeinem Vertragsrecht festgehalten wird, werden soziale Probleme und gesellschaftliche Entwicklungen übersehen.²¹⁷⁹ Geht es beispielsweise um die Etablierung privater Ordnungen, so ist der Stadionverbotsfall ein ideales Beispiel dafür, wie sich private Ordnungen von relativ festen Strukturen in Form von vereinsrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnissen hin zu amorpheren Strukturen im allgemeinen Vertragsrecht gewandelt haben.²¹⁸⁰ Richtig und wichtig hervorzuheben ist jedoch, dass nicht jede Situation sozialer Inklusion und Teilhabe über einen Sachgrund hinaus durch prozedurale Elemente geregelt werden sollte. Damit wären nicht nur für eine Vielzahl von Privatrechtsakteuren erhebliche Kosten verbunden; sie sind auch nicht notwendig, um einen angemessenen Ausgleich der Interessen herzustellen: Verweigert der Betreiber einer Therme den erneuten Vertragsschluss mit einer Person, die mehrfach Personen in der Sauna belästigte (Sachgrund), dann muss der Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG hier nicht speziell gesichert werden. Nach hier vertretener These werden die Recht-

2176 Siehe dazu *Weiler*, in: Tamm/Tonner/Brönneke (Hrsg.), *Verbraucherrecht*, 2020, § 13.

2177 Vgl. *G.-P. Calliess*, in: Micklitz (Hrsg.), *Verbraucherrecht in Deutschland*, 2005, S. 65.

2178 Siehe den Ansatz bei *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (991); *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 15 (23 f.).

2179 Vgl. *Lepsius*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, S. 82 (87): „Das Privatrecht reagierte eher durch Ausdifferenzierung neuer Rechtsgebiete, in denen politische Interessen und soziale Bedürfnislagen rechtlich isoliert werden konnten (z.B. Arbeitsrecht, ‚grüner Bereich‘, dogmatische Ausgliederung des Familienrechts), so dass ‚Privatrecht‘ im Verhältnis zu seinen ausdifferenzierten Teilrechtsgebieten weiterhin als ein Rechtsgebiet empfunden werden konnte, in dem das Gleichheitsversprechen des 19. Jahrhunderts fortlebt und auf das Schuldrecht reduziert wird.“

2180 Vgl. dazu oben § 8 IV 3.

fertigungsanforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes nur in solchen Konstellationen sozialer Inklusion durch Verfahrensanforderungen erhöht, in denen eine Institutionalisierung oder Normalisierung der Inklusions- bzw. Exklusionsentscheidung vorliegt. Das Vorliegen einer privaten Ordnung kann als einer dieser Fälle angesehen werden. Darauf sollte sich jedoch insbesondere die weitere Diskussion nicht verengen: Es ist denkbar, dass das Recht (zukünftig) gesellschaftliche Strukturen vorfinden wird, die sich nicht oder nur schwer aus der Perspektive privater Ordnungen beschreiben lassen.

VII. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel wurde die Horizontalwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes begründet. Ausgehend von verschiedenen grundrechtlichen Vorverständnissen, wurden die unterschiedlichen Dimensionen des Gewährleistungsgehaltes von Art. 3 Abs. 1 GG darauf hin untersucht, inwieweit sie auch im Privatrecht Wirkung entfalten können. Dabei wurde insbesondere eine Schutzdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes insgesamt, also sowohl gegen den Staat als auch im Horizontalverhältnis, verneint. Die modale Struktur des Gleichheitssatzes beinhaltet kein für eine Schutzpflicht notwendiges Schutzgut. Art. 3 Abs. 1 GG kommt jedoch eine Teilhabedimension in Form von derivativen Teilhabeansprüchen zu. In dieser Teilhabedimension wird nach hier vertretener These der überzeugende Anknüpfungspunkt für seine Privatrechtswirkung gesehen. Ursprünglich gegen den Staat gerichtete derivative Teilhabeansprüche lassen sich generalisieren: Dabei geht es um die Inklusion in soziale Funktionssysteme. Die funktional differenzierte Gesellschaft hat jedoch dazu geführt, dass der Zugang zu immer mehr sozialen Bereichen nicht vom Staat geregelt wird. Dennoch sind Menschen zur Ausübung von Sozialität auf andere Menschen angewiesen. Sozialität spielt sich in der modernen Gesellschaft primär innerhalb von Funktionssystemen ab, sodass Personen Zugang – Inklusion – zu den einzelnen Funktionssystemen benötigen, möchten sie in der Gesellschaft sozial agieren. Die Erstreckung der Teilhabedimension in das Privatrecht hinein ist damit geboten.

Damit ist jedoch nicht geklärt wie genau, also in welcher dogmatischen Form, der allgemeine Gleichheitssatz im Privatrecht wirkt. Das bekannte Abwägungsmodell bei Freiheitsgrundrechten versagt aufgrund der modalen Struktur von Art. 3 Abs. 1 GG: Seine Form von Ungleichbehandlung und

Rechtfertigung ist selbst die Struktur, in der die Abwägung mit Freiheitsrechten erfolgt. Die Frage lautet dann aber, ob diese Struktur nur in bestimmten Fällen (Tatbestandsmodell) oder grundsätzlich immer, aber mit stark abgestuften Rechtfertigungsanforderungen (Rechtfertigungsmodell), zur Lösung privatrechtlicher Konflikte herangezogen werden soll. Plädiert wurde für eine Kombination: Eine Situation von sozialer Inklusion löst die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG, also die Anwendung des Schemas Ungleichbehandlung und Rechtfertigung, aus. Daraus folgt immer, dass sich ein Privatrechtsakteur, der über soziale Inklusion entscheidet, für eine Ungleichbehandlung immer rechtfertigen muss – seine Inklusionsregeln werden zumindest an einem Sachgrund gemessen. Werden diese Inklusionsregeln durch Machtstrukturen, beispielsweise durch die Etablierung einer privaten Ordnung, überlagert, tritt also eine Institutionalisierung bzw. Normalisierung der Exklusionsentscheidungen ein, so steigen die Rechtfertigungsanforderungen. Gleichzeitig löst dies die Verfahrens- und Organisationsdimension des allgemeinen Gleichheitssatzes aus, die ebenfalls Privatrechtswirkung entfaltet. Der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel für soziale Inklusion wird damit über Verfahrensanforderungen abgesichert und verstärkt.

§ 10 Anwendungs- und Abgrenzungsfälle

Das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung ist primär darauf gerichtet, ein generalisierbares Analysemodell für bestimmte Vertragskonstellationen in der modernen Gesellschaft zu entwerfen. Bei der hier entwickelten Inklusionsfunktion des Vertrages geht es darum, auf einer zunächst rechtstheoretischen Ebenen verschiedene Fälle der Gesellschaft mit gemeinsamen Begriffen – wie beispielsweise Inklusion, Exklusion oder private Ordnung – zu beschreiben, um daran anknüpfend differenzierte rechtliche Lösungsvorschläge zu entwickeln. Das Aufzeigen von möglichen responsiven Reaktionen des Rechts muss jedoch immer der zweite Schritt bleiben. Zunächst geht es darum, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Fällen der Gesellschaft aufzuzeigen. Dies ist Aufgabe des letzten Kapi-

tels dieser Untersuchung. Die Inklusionsfunktion des Vertrages und der hier entwickelte Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes in Horizontalwirkung hat sich neben dem Stadionverbotsfall auch vor weiteren aktuellen Fällen der Gesellschaft zu behaupten.

I. Kommunikation im analogen Raum

Mit dem Stadionverbotsfall werden in der Literatur insbesondere zwei Fälle der Gesellschaft in Verbindung gebracht, die jedoch nur teilweise Gemeinsamkeiten aufweisen: der Fall *Fraport*²¹⁸¹ und der Bierdosenflashmobfall^{2182, 2183}. In beiden Fällen ging es rechtlich – wie vordergründig im Stadionverbotsfall auch – um die Ausübung des Hausrechts und dessen mögliche Einschränkungen. Im Fall *Fraport* ging es um die Zulässigkeit einer politischen Demonstration gegen die Abschiebungen von geflüchteten Menschen, die vor einem Terminal abgehalten worden ist.²¹⁸⁴ Der Bierdosenflashmobfall sollte die in der *Fraport*-Entscheidung lediglich als *obiter dictum* entwickelten Grundsätze für gänzlich bzw. überwiegend privatisierte öffentliche Räume austesten: Ein Passauer Student rief zu einer Flashmobaktion auf dem Passauer Nibelungenplatz auf, bei dem alle beteiligten Personen innerhalb von 30 Sekunden eine Dose Bier leeren sollten, um ein Zeichen für die Freiheitsausübung zu setzen und auf die zunehmende Privatisierung öffentlicher Räume aufmerksam zu machen.²¹⁸⁵ Über diese Sachverhaltsähnlichkeiten hinaus waren diese beiden Entscheidungen die Grundlage für die Ausführungen im Maßstäbeteil der Stadionverbotsentscheidung, dass eine Horizontalwirkung der Grundrechte – in ihren tatsächlichen Auswirkungen bzw. Ausprägungen (!) – dem Gewährleistungsgehalt der gegen den Staat gerichteten Abwehrdimension entsprechen kann.²¹⁸⁶ Bei genauerem Hinsehen unterscheiden sich jedoch diese Fälle

2181 BGH, Urt. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*; BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*.

2182 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*.

2183 Beispielsweise *Heldt*, NVwZ 2018, 818 (818); *Jobst*, NJW 2020, II (11 f.); *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 69 – 94.

2184 Vgl. zum Sachverhalt BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 2 – 10.

2185 Vgl. zum Sachverhalt BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 1 f.

2186 Zunächst BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 56 – 59 und BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6; dann BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09, *Stadionverbot*, Rn. 32 f.

vom Stadionverbotsfall sowohl bezüglich des zugrunde liegenden Konfliktes als auch bezüglich der rechtsdogmatischen Antwort darauf teilweise erheblich.

1. Öffentlicher Raum ohne Vertragsdimension

Das hier mithilfe der Inklusionsfunktion des Vertrages entwickelte rechtstheoretische Analysemodell lässt sich nur bedingt auf diese zwei Fälle der Gesellschaft übertragen. Denn weder der Fall *Fraport* noch der Bierdosenflashmobfall weisen eine vertragliche Dimension auf. Hier werden die Grundinstitute Besitz bzw. Eigentum nicht durch eine vertragliche Komponente überlagert. Dadurch wird der erste wesentliche Unterschied zum Stadionverbotsfall offengelegt: Während der physische Zugang zum Stadion und die damit verbundene Dienstleistung nur durch einen Vertrag gewährt wird, hängt der Zugang zum physischen Raum des Frankfurter Flughafens oder des Passauer Niebelungenplatzes nicht von einem vorherigen Vertragsschluss ab. Dadurch kann in den Fällen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* von einem öffentlichen Raum²¹⁸⁷ gesprochen werden, der sich insbesondere durch die beiden Kriterien der unbedingten Zugänglichkeit, also der Tatsache, dass der Zugang grundsätzlich keinen Zulassungs- bzw. Zutrittsbedingungen unterliegt, sowie durch potentiell verschiedene (gleichberechtigte) Nutzungsmöglichkeiten auszeichnet.²¹⁸⁸ Bei öffentlichen Räumen handelt es sich demnach um „Orte, denen vergleichbar dem öffentlichen Straßenraum eine Kommunikationsfunktion zukommt, die allgemein zugänglich sind und an denen durch die Vielzahl der auf ihnen verfolgten Tätigkeiten und Anliegen ein ‚vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht‘ und ein öffentliches Forum entstehen.“²¹⁸⁹ Die private Eigentümerstellung bezüglich dieses öffentlichen Raums ist dann auch der Anknüpfungspunkt für die stärkere Einwirkung der Kommunikationsgrundrechte in das Privatrecht.²¹⁹⁰ Hier kann man tatsächlich von einer „staatsgleichen Grundrechtsbindung“ aufgrund einer „Funktionsnachfol-

2187 Zu verschiedenen Begriffsbestimmungen *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 29 – 60.

2188 *Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 51 f.

2189 *Payandeh*, JR 2011, 421 (424).

2190 Ähnlich auch *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 182 – 197.

ge²¹⁹¹ sprechen: Unter der Prämisse, dass öffentlicher Raum konstitutiv für die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte²¹⁹² ist, muss sich eine Privatrechtsakteur*in, die funktional öffentlichen Raum – unabhängig einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Eigentümerstellung²¹⁹³ – bereitstellt, in Bezug auf die Kommunikationsgrundrechte unter Umständen so wie Staat bezüglich der Kommunikationsfreiheiten im öffentlichen Raum verhalten. „In dem Maße, in dem Öffentlichkeit bewusst durch Betreiber privatwirtschaftlich organisierter Infrastrukturen erzeugt wird, müssen auch das Hausrecht und die entsprechenden Duldungspflichten zu einem *Recht des öffentlichen Raums in privater Trägerschaft* ausdifferenziert werden.“²¹⁹⁴

Nach hier vertretener These liegt darin ein erheblicher Unterschied zum Stadionverbotsfall und auch zu den anderen hier diskutierten Fällen der Gesellschaft. In der Rezeption des Stadionverbotsbeschlusses wurde zwar das Fußballstadion ebenfalls als öffentlicher Raum oder kommunikatives Forum beschrieben.²¹⁹⁵ Das halte ich nicht für überzeugend. Öffentlicher Raum zeichnet sich insbesondere durch seine prinzipiell vielseitigen Nutzungsmöglichkeiten aus. Damit einher geht auch, dass im öffentlichen Raum von vornherein ganz unterschiedliche Lebensvorstellungen, Arten von Sozialität, Nutzungsarten dieses Raums etc. aufeinandertreffen können. Um es systemtheoretisch auszudrücken: Der öffentliche Raum ist keinem

2191 Erstmals BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 59: „Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die – wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen – früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.“; dann BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 6; *Smets*, NVwZ 2016, 35 (36); grundsätzlich zustimmend *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater, 2021, S. 198 f., der aber zutreffend auf das Problem der staatlichen Funktionsbestimmung hinweist.

2192 Zumindest bisher wurden nur die Kommunikationsfreiheiten in den Fällen der Gesellschaft relevant; *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 207 f., 241 f., 478 – 480, 621 weist jedoch zutreffend darauf hin, dass auch andere Grundrechte auf öffentlichen Raum angewiesen sein können.

2193 A.A. *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 588 – 638, die sowohl in der Beschreibung als auch in den normativen Folgerungen strikt zwischen (staatlichem) öffentlichen Raum und (privaten) semi-öffentlichen Räumen (im engeren Sinne) unterscheidet.

2194 *Fischer-Lescano/Maurer*, NJW 2006, 1393 (1395).

2195 *Jobst*, NJW 2020, 11 (15).

bestimmten Funktionssystem zugeordnet, sondern lässt jede Art von gesellschaftlicher Kommunikation zu. Das Fußballstadion oder die weiter unten zu behandelnde Therme oder das Wellnesshotel weisen nicht diese unbedingte Zugänglichkeit sowie prinzipiell verschiedene Nutzungsmöglichkeiten auf. Zwar ist auch das Fußballstadion eine multilaterale Institution, in der unterschiedliche sportbezogene Nutzungsansprüche auf die wirtschaftliche Rationalität treffen. Damit wird das Stadion aber nicht zu einem Raum, in dem prinzipiell jede Nutzung und jeder Kommunikationsvorgang ohne weiteres möglich ist. Denn im Unterschied zu öffentlichen Räumen ist das Fußballstadion ein spezifischer, primär sportbezogener Raum, der insbesondere konstitutive Bedeutung für die Ultrakultur hat. Zudem müssen Personen, die Zugang zum Stadion verlangen, einen Vertrag abschließen, sodass das Stadion als Raum Zulassungs- und Zutrittsbedingungen unterliegt. Beide Aspekte bilden qualitative Unterschiede, sodass das Stadion nicht als öffentlicher Raum beschrieben werden sollte.²¹⁹⁶

2. Intersystemkonflikt in Form eines Raumnutzungskonfliktes

Dieser Unterschied wird auch deutlich bei der konkreten Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes. Denn in den beiden Fällen im öffentlichen Raum steht die vorgenannte Möglichkeit in Frage, ihn für verschiedene gleichberechtigte Handlungs- und Kommunikationszusammenhänge zu nutzen. Insofern kann zumindest auch der soziologische Begriff der Inklusion verwendet werden, aber in diesen Fällen mit ausdrücklichem Bezug zum Eigentum: Den demonstrierenden Personen im Frankfurter Flughafen und auf dem Passauer Nibelungenplatz geht es um eine (Teil-)Inklusion in das gesellschaftliche Funktionssystem Politik. Hier nicht in Form einer Leistungsrolle (Politiker*innen), aber auch nicht in einer gänzlich passiven Publikumsrolle in Form der (politischen) Öffentlichkeit²¹⁹⁷. Vielmehr nehmen sie eine aktive Publikumsrolle dadurch ein, indem sie demonstrieren und damit versuchen, den Fokus der institutionalisierten politischen Prozesse auf ihre Anliegen zu lenken. Der soziale Konflikt besteht darin, dass aufgrund der wirtschaftlichen Rationalität der privaten Eigentümer dieser Räume diese konkrete Form der politischen Inklusion versagt wird. Damit handelt es sich aber – anders als im Stadionverbotsfall – primär um einen Intersystemkonflikt zwischen Wirtschaft und Politik, der sich auf

2196 Ebenso im Ergebnis *Michl*, JZ 2018, 910 (913).

2197 Siehe zum Begriff der Öffentlichkeit sogleich.

der gesellschaftlichen Meso- und Mikroebene als Raumnutzungskonflikt darstellt. Denn die Konflikte werfen zugleich die Frage auf, ob die in Frage stehenden Räume wirklich öffentliche Räume sind, also eine Vielzahl von verschiedenen – also auch politischen – Nutzungsmöglichkeiten zulassen, oder ob die jeweiligen Eigentümer die Funktion der in ihrem Eigentum stehenden Räume auf spezifische Funktionen und Nutzungen festlegen dürfen.

Der soziale Kontext dieser Konflikte, die als Fälle der Gesellschaft an das Recht herangetragen werden, ist in der Hybridisierung privater und öffentlicher Räume bzw. in der Privatisierung öffentlicher Räume zu sehen, wodurch auch die kategoriale Trennung von privaten und öffentlichen Räumen ihre Schärfe verliert:²¹⁹⁸ Der neue öffentliche Raum ist durch die Entstehung von semi-privaten und semi-öffentlichen Räumen geprägt. Auf der einen Seite öffnen sich zunächst private Räume wie z.B. Shopping Malls dem allgemeinen Publikumsverkehr und übernehmen u.a. auch Funktionen, die vormals ausschließlich Innenstädte erfüllt haben. Auf der anderen Seite werden vormals genuin öffentliche Räume, also öffentliche Räume in öffentlich-rechtlicher Eigentumszuordnung, privatisiert, was auch der Fall *Fraport* zeigt. Dadurch lösen sich traditionelle Stadt- und Öffentlichkeitsstrukturen auf, wodurch die Abgrenzung von öffentlichen und privaten Räumen fluide wird und hybride Räume, die keine eindeutige Zuordnung erlauben, dazwischentreten.²¹⁹⁹ Menschen treffen nicht mehr auf dem Marktplatz oder im öffentlichen Straßenraum aufeinander, sondern die analoge Kommunikation verlagert sich auf andere allgemein zugängliche, aber in privatem Eigentum stehende Orte, wie z.B. Bahnhöfe, Flughäfen oder große Einkaufszentren.²²⁰⁰

3. Öffentlicher Raum als Grundrechtsvoraussetzung der Versammlungsfreiheit

Wenn der in den Fällen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* in Frage stehende Konflikt wie hier differenzierungstheoretisch als Intersystemkonflikt beschrieben wird, der sich in einem Raumnutzungskonflikt ausdrückt, stellt sich die Frage, wie das Recht darauf reagieren soll. Dabei geht es

2198 Siehe dazu und zum Folgenden *Kersten/Meinel*, JZ 2007, 1127 (1127), die auch stadtsoziologische Erkenntnisse rezipieren.

2199 *Frau*, RW 2016, 625, (642), der sich ebenfalls auf die Stadtsoziologie bezieht.

2200 *Payandeh*, JR 2011, 421 (424).

um die Wertungsfrage, ob die in Frage stehenden Grundstücke nur für die vom Eigentümer gewollten – meist ökonomischen – Zwecke benutzt werden dürfen, oder ob auch andere soziale Kommunikationszusammenhänge auf diesen Grundstücken einen Ort finden sollten – auch wenn diese die wirtschaftliche Zweckrichtung beeinträchtigen. Konkret: Soll der Frankfurter Flughafen nur wirtschaftlich genutzt werden oder sollen auch andere soziale Handlungs- und Kommunikationszusammenhänge dort stattfinden dürfen?²²⁰¹ Privatrechtstheoretisch formuliert: Soll das Privatrecht die ausschließlich wirtschaftliche Zwecksetzung des Flughafens durch den Eigentümer stabilisieren, indem es an die Rechtszuweisung automatisch die Exklusionsbefugnis durch das Hausrecht o.ä. knüpft, oder müssen im Privatrecht Zugangsregeln für diese anderen sozialen Handlungs- und Kommunikationsmuster etabliert werden? Der BGH hat im Fall *Fraport* darauf eine eindeutige Antwort gefunden: Der Eigentümer legt privatautonom die Zwecksetzung seines Grundstücks fest und andere potentielle Tätigkeiten haben sich daran zu messen, ob sie diese primäre Zwecksetzung beeinträchtigen.²²⁰² Damit ignoriert der BGH die intersystemische Natur dieses Konfliktes und übersieht, dass es hier um die Kompatibilisierung von wirtschaftlicher Rationalität und anderen Rationalitäten geht, die durch die Kommunikationsgrundrechte ausgedrückt werden. Wenn der BGH einseitig auf die Betriebsstörung abstellt, so stellt er die wirtschaftliche Rationalität des Flughafenbetriebs in den Vordergrund und blendet die Öffentlichkeitsfunktion des Fraport-Flughafens aus. Die kommunikative Funktion der „Verkehrs- und Erlebniswelt“ des Frankfurter Flughafens wird gänzlich ignoriert.²²⁰³ In diesem Fall stehen sich jedoch unterschiedliche Freiheitsgrundrechte in ihrer Horizontalwirkung zunächst gleichberechtigt gegenüber. Der BGH erhebt durch die Betonung der privatautonomen Funktionsbestimmung durch den Eigentümer das u.a. aus Art. 14 GG abzuleitende Hausrecht zu einem „alles zermalmenden Metagrundrecht, das alle Grundrechte im öffentlichen Raum verschluckt“²²⁰⁴.

Völlig zurecht hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Fraport-Entscheidung – unter der Annahme einer unmittelbaren Grundrechtsbin-

2201 Den Konflikt zwischen wirtschaftlicher Zweckrichtung von Investoren und der tatsächlich multidimensionalen Nutzung des Öffentlichen Forums betont auch Steinbeis, *VerfBlog* v. 22.02.2011.

2202 BGH, *Urt. v. 20.01.2006*, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 15 – 17.

2203 So auch *Fischer-Lescano/Maurer*, *NJW* 2006, 1393 (1395).

2204 *Fischer-Lescano*, in: *Grundrechte-Report* 2007, S. 149 (151).

dung²²⁰⁵ – hingegen die Bedeutung der Versammlungsfreiheit betont.²²⁰⁶ Gleichzeitig hat es aber nicht verkannt, dass Art. 8 Abs. 1 GG der Demonstrant*innen und die Interessen der Flughafenbetreiberin über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz miteinander in Ausgleich zu bringen sind.²²⁰⁷ In der Bierdosenflashmob-Entscheidung, also im rein privatrechtlichen Kontext, wird dann deutlich, dass die Grundrechtspositionen der Versammlungs- und Eigentumsfreiheit abstrakt gleichrangig sind und erst in einer konkreten Abwägung ein Vorrang ermittelt werden kann.²²⁰⁸

Ausschlaggebend zugunsten der Versammlungsfreiheit war im Fall *Fraport*, dass ihr Gewährleistungsgehalt die Durchführung von Versammlungen überall dort umfasst, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr, also ein öffentliches (Kommunikations-)Forum – eröffnet worden ist.²²⁰⁹ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass auch Räume in Privateigentum tatsächlich als öffentlicher Raum genutzt werden. Der öffentliche Raum ist dabei nicht nur als räumliche Struktur, als geographischer, physischer Container, zu verstehen, sondern auch als kommunikative Beziehung, die von verschiedenen Akteuren durch Kommunikationsbeziehungen erst konstituiert, belebt und ausgefüllt wird.²²¹⁰ Diese funktionale Perspektive – ein im Privateigentum stehender Raum wird faktisch auch für andere kommunikative Beziehungen geöffnet – ist der Grund für eine intensive Einwirkung der Kommunikationsgrundrechte im Privatrecht.²²¹¹

Daher geht auch das Argument fehl, dass eine „staatsgleiche Grundrechtswirkung“ nicht bereits bei einer Ergänzung des öffentlichen Raums durch privaten öffentlichen Raum, sondern erst bei einer Verdrängung öffentlichen Raums durch privaten öffentlichen Raum angemessen er-

2205 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 45 – 60, daher wird konsequenterweise in der Entscheidung auf Seiten *Fraports* nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG abgestellt.

2206 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 61 – 95.

2207 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 91.

2208 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2015, 1 BvQ 25/15 – *Bierdosenflashmob*, Rn. 5 – 7.

2209 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 66 – 72.

2210 *Kersten/Meinel*, JZ 2007, 1127 (1132).

2211 Ähnlich *Payandeh*, JR 2011, 421 (424): „Der Einfluss und die Wirkweise der Kommunikationsgrundrechte hängen damit nicht formal an der Grundrechtsverpflichtung des Betreibers, sondern an der tatsächlichen Funktion des Grundstücks.“; kritisch gegenüber einer grundrechtlichen Lösung bezüglich semi-öffentlicher Räume *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 588 – 638, die eine legislative Lösung präferiert.

scheint.²²¹² Denn wie es auch das Bundesverfassungsgericht selbst ausführt, geht es bei der Versammlungsfreiheit auch um die Wirksamkeit der Versammlung, die teilweise auch vom Ort der Kundgabe abhängt.²²¹³ Die Funktions- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung für die Versammlungsfreiheit ist nach dieser normativen Setzung somit nicht, dass nur irgendein öffentlicher Raum zur Verfügung stehen bleibt, sondern dass auch in privater Hand gehaltene öffentliche Räume effektiv für die politische Funktion der Versammlungsfreiheit genutzt werden sollen. Diese konsequente Verknüpfung von öffentlichem Raum in privatem Eigentum und den Grundrechtsvoraussetzungen der Versammlungsfreiheit zeigen der Fall *Fraport* und ein jüngerer Fall des OVG Lüneburgs auf: Durch die privaten öffentlichen Räume entstehen neue, anders gelagerte soziale Konfliktsituationen. Der private – insbesondere wirtschaftlich genutzte – Flughafen Fraport wird auch für die Abschiebung von Flüchtlingen, also einem genuin politischen Kommunikationszusammenhang, genutzt. Politischer Protest dagegen kann nun entweder traditionell „auf der Straße“ oder im unmittelbaren Zusammenhang mit der Abschiebung erfolgen. Dabei entfaltet der Protest unmittelbar auf dem Flughafengelände eine andere – möglicherweise stärkere – Wirkung als der Protest auf der Straße: Es werden unmittelbar die Personen angesprochen, die den Flughafen nutzen, sich also in einer ähnlichen sozialen Rolle befinden. Vergleichbar damit ist ein Argument des OVG Lüneburgs: Die dort streitgegenständliche Versammlung richtete sich gegen einen Betrieb, weshalb der Protestzug entlang des Betriebsgebäudes laufen sollte. Dabei sollten jedoch öffentliche Straßen in privater Hand passiert werden. Abwägungsargument war hier, dass der Protestmarsch dann eine effektive politische Wirkung entfalten kann, wenn die Versammlung unmittelbar entlang des Betriebsgebäudes verläuft.²²¹⁴ In beiden Fällen geht es also darum, die normative Funktion der Versammlungsfreiheit – effektiven politischen Protest zu ermöglichen – auch bei tatsächlichen sozialen Veränderungen zu gewährleisten. Dafür muss sich die Dogmatik auf geänderte Wirkungsvoraussetzungen einstellen.

2212 *Smets*, NVwZ 2016, 35 (37).

2213 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06 – *Fraport*, Rn. 64: „Die Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo ihr Anliegen – gegebenenfalls auch in Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen – am wirksamsten zur Geltung bringen können.“

2214 OVG Lüneburg, Beschl. v. 26.08.2020 – II LC 251/19, Rn. 43.

Ein ähnliches Ergebnis ließe sich nach hier vertretener Konzeption der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG²²¹⁵ dogmatisch auch über den allgemeinen Gleichheitssatz erzielen: Die durch die durchzuführende Versammlung vermittelte Inklusion in das Funktionssystem Politik löst den Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht aus. Dadurch müssten sich die Eigentümer der Grundstücke mit einem sachlichen Grund für die Hausverbote rechtfertigen. Dabei bliebe jedoch unbestimmt, welche Maßstäbe an diesen Sachgrund anzulegen wären. Einerseits könnte der Verweis auf die Betriebsstörung ausreichen, andererseits könnten die Rechtfertigungsanforderungen durch die Betroffenheit von Art. 8 Abs. 1 GG aufgehoben werden. Mich überzeugt die bisherige dogmatische Lösung über die Präzisierung des Gewährleistungsgehalts der Kommunikationsgrundrechte, der auch ihre Wirkungsvoraussetzungen umfasst. Für die hier vorgestellte Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes besteht in diesen Raumnutzungskonflikten im öffentlichen Raum kein Bedarf.²²¹⁶

II. Kommunikation im digitalen Raum

Eine soziale Konstellation, auf welche die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Stadionverbotsbeschluss übertragen werden könnte, sind Fälle, in denen digitale Plattformen agieren. Schnell wurde im Anschluss an die Entscheidung von der Literatur in Erwägung gezogen, dass mit der Entscheidung eigentlich digitale Plattformen, insbesondere soziale Medien wie Facebook adressiert werden sollten.²²¹⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht selbst hat in einer der ersten Folgeentscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erwogen, die Grundsätze des Stadionverbotsbeschlusses auf die Sperrung des *III. Wegs* auf Facebook zu übertragen.²²¹⁸ Damit ist die Problemkonstellation angesprochen, die mit

2215 Nicht unmittelbar übertragbar sind hier die Überlegungen von *Siehr*, Das Recht am öffentlichen Raum, 2016, S. 638 – 645 zum *Recht auf öffentlichen Raum*, das sie primär als gleichheitsrechtlichen Teilhabeanspruch an diesem Raum konzipiert. Dieser Teilhabeanspruch sichert zwar das konstitutive Merkmal des öffentlichen Raums – die vielfältigen, teilweise gleichzeitigen Nutzungsmöglichkeiten – ab. In ihrer Konzeption sei dies jedoch nur auf staatlichen öffentlichen Raum anwendbar.

2216 Im Ergebnis verneint auch – auf Basis der bisherigen Rechtsprechung – *Kadler*, NJW 2021, 23 (24 f.) die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG für Betreiber*innen öffentlicher Räume.

2217 *Weinzierl*, JuWissBlog Nr. 48/2018, v. 24.05.2018.

2218 BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019, 1 BvQ 42/19 – *III. Weg*.

dem hier entwickelten Modell analysiert werden soll: die Sperrung von Nutzerkonten bzw. deren Einschränkung in Bezug auf spezifische Nutzerhandlungen von digitalen Plattformen. Im Jahr 2021 hat dazu der BGH zwei Grundsatzentscheidungen²²¹⁹ getroffen und dabei ausdrücklich die Stadionverbotsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf digitale Plattformen übertragen.²²²⁰ In diesem Facebookfall wurde ein (nicht strafbarer) xenophober Post einer Nutzerin von Facebook auf Grundlage der *community standards* gelöscht und die aktiven Funktionen ihres Accounts für 30 Tage gesperrt.²²²¹

Diese Problematik ist in das große inter- und intradisziplinär angelegten Forschungsfeld der Plattformregulierung²²²² eingebettet. Daher gibt es unterschiedliche (wissenschaftliche) Perspektiven auf Plattformen, was sich auch in unterschiedlichen Plattformdefinitionen mit unterschiedlichen Erkenntnisinteressen niederschlägt.²²²³ Für die rechtlichen Dimensionen der Plattformregulierung sind dabei besonders drei Definitionsansätze relevant: Im Medienrecht werden Medienplattformen²²²⁴ nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 1 MStV definiert als „jedes Telemedium, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst.“ Diese werden ergänzt durch Medienintermediäre,²²²⁵ welche § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV definiert als „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese jedoch zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“. Damit sollten primär Social-Media-Plattformen erfasst werden, worunter auch Facebook fällt. Die Definition ist dabei auf das Ziel der Medienregulierung zugeschnitten, die negative Auswirkungen auf die Meinungsvielfalt durch algorithmusbasierte Content-Kuratierung verhindern soll, was sich in den Anforderungen nach Transparenz und Diskriminierungsfreiheit von Inhalten, §§ 92 f.

2219 BGH, Urte. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 und III ZR 192/20.

2220 BGH, Urte. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 55, 64, 83 f.

2221 Siehe zum Sachverhalt BGH, Urte. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 1 – 7; siehe dazu auch oben § 1 I 2 b.

2222 Statt aller *Kettemann et al.*, ZRP 2021, 138; die strafrechtliche Perspektive ergänzend *Ceffinato*, ZSTW 2020, 544.

2223 *Dolata*, Berlin J Soziol 2019, 179 (185 – 187) schlägt fünf unterschiedliche Perspektiven auf Plattformen vor.

2224 Siehe zum Begriff *Martini*, in: BeckOK, MStV, § 2 Rn. 102 – 108.

2225 Zum Begriff *Siara*, MMR 2020, 523 (525 f.).

MStV, niederschlägt.²²²⁶ Eng damit verbunden ist die Regulierung von Meinungsmacht digitaler Plattformen.²²²⁷

Aus der Perspektive der (Industrie-)Ökonomik werden Plattformen meistens als zweiseitige Märkte²²²⁸ bzw. Plattformmärkte re-konstruiert.²²²⁹ Daran orientiert sich auch das Wettbewerbsrecht, insbesondere seit den letzten beiden GWB-Novellen mit den Klarstellungen in § 18 Abs. 2a, Abs. 3 Nr. 3, Abs. 3a sowie mit dem Begriff der „überragenden marktübergreifenden Bedeutung“ im neuen § 19a GWB. Parallel – aber mit erheblichen Verschränkungen – zu diesen genuin ökonomischen Problemen wird im Wettbewerbsrecht intensiv der Diskurs geführt, inwieweit das Wettbewerbsrecht für die Durchsetzung anderer Rechtsinstitute, z.B. der AGB-Kontrolle oder des Datenschutzrechts, mit Blick auf die Plattformregulierung „instrumentalisiert“ werden sollte.²²³⁰ Auch der Regulierungszugriff der Europäischen Union möchte mit dem *Digital Markets Act* primär die potentiellen ökonomischen Probleme adressieren, die mit digitalen Plattformen, insbesondere mit Transaktionsplattformen, assoziiert werden.

Die Gleichsetzung von Plattformen mit zweiseitigen Märkten weist eine erhebliche Leerstelle auf: Diese Perspektive akzentuiert lediglich die ökonomische Dimension, die digitale Plattformen in der modernen Gesellschaft einnehmen. Was auch häufig in der juristischen Diskussion übersehen wird, ist, dass Plattformen – neben ihren strukturellen Kopplungen zum Wirtschaftssystem – auch ganz andere strukturelle Kopplungen zu weiteren Funktionssystemen der Gesellschaft aufweisen.²²³¹ Um diese einzufangen und die damit verbundenen spezifischen – nicht primär ökonomischen – Probleme adressieren zu können, wird hier eine soziologische, tendenziell weite Definition von Plattformen gewählt. „Plattformen lassen sich als algorithmisch gesteuerte Digital-Infrastrukturen beschreiben, über die Daten ausgetauscht, private wie öffentliche Kommunikation struktu-

2226 *Martini*, in: BeckOK, MStV, § 2 Rn. 122 f.

2227 Dazu aus medienwissenschaftlicher Sicht *Neuberger*, UFITA 2018, 53.

2228 Grundlegend *Rochet/Tirole*, 1 J. Eur. Econ. Association 990 (2003); *Armstrong*, 37 RAND J. Econ 668 (2006); *Evans/Schmalensee*, 3 Competition Policy International 151 (2007).

2229 Zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen von zweiseitigen Märkten aus der Perspektive der Industrieökonomik *Auer/Petit*, The Antitrust Bulletin 2015, 426 (428 – 439).

2230 Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 697.

2231 Ähnlich auch *Vesting*, JZ 2020, 975 (979): Durch digitale Plattformen werden Wissensgenerierungsprozesse im Wirtschaftssystem durch die datengetriebene Netzwerkökonomie mit den Prozessen öffentlicher Meinungsbildung verbunden.

riert, Arbeit und Märkte organisiert, ein sich fortlaufend ausdifferenzierendes Spektrum an Dienstleistungen angeboten und digitale wie nichtdigitale Produkte vertrieben werden.“²²³² Wichtig ist dabei – insbesondere aus einer regulativen Perspektive –, dass Plattformen nicht auf singuläre Websites oder einzelne Plattforminstanzen reduziert werden sollten bzw. müssen.²²³³ Erfasst werden damit sowohl große Plattformen wie Meta (u.a. Facebook), Alphabet (u.a. Google) oder Amazon, die einen Anspruch auf größtmögliche Ausdehnung auf eine Vielzahl von Lebensbereichen haben („Ökosysteme“), aber auch „kleinere“ Transaktionsplattformen wie eBay sowie struktur-funktional sehr unterschiedliche Kommunikations- bzw. Social-Media-Plattformen wie Twitter, Twitch (seit 2014 Teil von Amazon) oder Reddit. Bezüglich konkreter rechtlicher Fragen kann aber auf einen engeren Plattformbegriff zurückgegriffen werden, der lediglich eine konkrete Website bzw. App erfasst. Ein solch enger Plattformbegriff kommt dem Begriff der „Online-Plattform“ des DSA (*Digital Services Act*) nahe, der einzelne Online-Marktplätze und soziale Netzwerke adressiert.²²³⁴ Zwar kann der weite Plattformbegriff die gesellschaftliche Bedeutung von Plattformen verdeutlichen. Geht es jedoch um die Löschung von Inhalten und die Sperrung von Accounts auf einzelnen Plattformen, sollte analytisch auf einzelne Plattformen als Websites bzw. Apps abgestellt werden, weil sich diese stark durch ihre jeweiligen Moderationstools und ihren Moderationsmodus unterscheiden.²²³⁵

1. Inklusionsfunktion des Plattformnutzungsvertrages

Anknüpfend an diese Definition und der angedeuteten Definitionsvielfalt kann der Vertrag zwischen den Nutzern und Nutzerin mit der Plattform Facebook nach dem in dieser Untersuchung entwickelten Modell analysiert werden. Bei diesem Vertrag handelt es sich typologisch um einen Platt-

2232 Eisenegger, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 2021, S. 17 (20).

2233 Näher dazu Eisenegger, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 2021, S. 17 (21 f.).

2234 Näher dazu *Gielen/Uphues*, *EuZW* 2021, 627 (634 f.).

2235 Vgl. *Caplan*, *Data & Society* 2018; siehe speziell zum einzigartigen Moderationszugriffs Reddit *Jhaver et al.*, *ACM Trans. Comput.-Hum. Interact.* 26, 5, Art. 31 (2019); *Singh*, *Everything in Moderation*, *New America* 2019.

formnutzungsvertrag,²²³⁶ der durch die Bereitstellung der Plattform, unterstützende Dienste, die Zurverfügungstellung des Nutzerkontos (Account) und die Gewährung der Plattformnutzungsmöglichkeit, also Zugang zur Plattform und Inanspruchnahme ihrer Infrastruktur, gekennzeichnet ist.²²³⁷ Teilweise wird die Nutzungsmöglichkeit der Plattform ausdrücklich dahingehend konkretisiert, dass insbesondere zulässige Inhalte verbreitet werden können.²²³⁸ Die Einordnung in die klassische Vertragstypologie des BGB erscheint hingegen schwierig, aber auch praktisch wenig(er) relevant:²²³⁹ Man kann im Plattformnutzungsvertrag einen Vertrag *sui generis*²²⁴⁰ sehen oder qualifiziert ihn als gemischttypischen Vertrag mit miet-, werk- und dienstvertraglichen Elementen.²²⁴¹ Da Facebook seinen Nutzer*innen ermöglicht, Daten auf Facebook hochzuladen (Posts, Bilder, etc.) sowie mit diesen (Likes) oder anderen Nutzer*innen (Kommunikation) zu interagieren, ist der Plattformnutzungsvertrag auch ein Vertrag über eine digitale Dienstleistung nach § 327 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB.²²⁴²

Der Plattformnutzungsvertrag ist sozial multilateral; er weist eine Inklusionsfunktion bezüglich unterschiedlicher sozialer Systeme auf. Auf generalisierter rechtstheoretischer Ebene wird eine Nutzer*in in unterschiedliche gesellschaftliche Funktionssysteme inkludiert bzw. in grundlegende gesellschaftliche Strukturen eingebunden: das Rechtssystem, das Wirtschaftssystem und die Öffentlichkeit. Zunächst ist sie – weil der Plattformnutzungsvertrag ein privatrechtliches Institut ist – in das Rechtssystem inkludiert.

2236 Holznel, CR 2019, 518 (519); Specht-Riemenschneider in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17; Henemann/Heldt, ZUM 2021, 981 (983); leicht andere Begriffe bei Friehe, NJW 2020, 1697 (1697): Nutzungsvertrag; Heereman/Selzer, CR 2019, 271 (273): Forennutzungsvertrag; vgl. auch ausführlich zur dogmatischen Einordnung des Plattformnutzungsvertrages, der die „Schwarmmitgliedschaft“ begründet Bauermeister, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 51 (53 – 56).

2237 So überzeugend Specht-Riemenschneider in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17.

2238 Holznel, CR 2019, 518 (519).

2239 Zur Ausnahme bezüglich eines potentiellen vertraglichen Leitbildes im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB siehe sogleich.

2240 Specht-Riemenschneider in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Plattformnutzungsverträge, Rn. 23: Nutzungsvertrag *sui generis*, der miet- und dienstvertragliche Elemente beinhaltet; BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – Facebook, Rn. 28 spricht nur von einem Nutzungsvertrag ohne ihn weiter zu spezifizieren.

2241 Spindler, CR 2019, 238 (239); Heereman/Selzer, CR 2019, 271 (273).

2242 So auch Fries, in: BeckOGK, BGB, § 327 Rn. 11, der Social-Media-Plattformen als Beispiele nennt.

Zudem werden Nutzer*innen aber auch als Publikumsrollenträger in das Wirtschaftssystem inkludiert. Dafür ist die Unentgeltlichkeit der Plattformnutzung unerheblich. Ökonomisch relevant sind – je nach Perspektive – die Nutzerdaten als Gegenleistung,²²⁴³ also eine nicht-monetäre Transaktion, und/ oder die Nutzergruppe als die Seite eines zweiseitigen Marktes, welche den relativ stärkeren Netzwerkeffekt verursacht.²²⁴⁴ Zudem werden Nutzer*innen in eine weitere grundlegende Struktur der modernen Gesellschaft eingebunden: in die Öffentlichkeit. Die Öffentlichkeit soll hier Differenzierungstheoretisch verstanden werden und knüpft an die Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrollen an; der Begriff der Öffentlichkeit in der modernen Gesellschaft hängt eng mit dem Begriff des Publikums zusammen. „Ein Publikum ist dasjenige, was die Sozialstruktur der Öffentlichkeit beschreibbar macht.“²²⁴⁵ Die Öffentlichkeit bildet damit eine grundlegende Struktur moderner Gesellschaft, in der alle Publikumsrollen außerhalb ihrer jeweiligen Funktionssysteme zusammenkommen. Daher ist die Öffentlichkeit auch kein soziales System mit einer autonomen operativen Basis.²²⁴⁶ Vielmehr beobachtet „die Öffentlichkeit“ als generalisiertes Publikum die Prozesse eines Systems, zu dem sie sich selbst als seine Öffentlichkeit verhält.²²⁴⁷ Man kann daher analytisch präziser „die Öffentlichkeit“ relational in viele verschiedene, systembezogene Öffentlichkeiten auflösen.²²⁴⁸ In soziologischer Terminologie wäre es unpräzise, bei der Einbindung des Einzelnen in die Öffentlichkeit von Inklusion zu sprechen. Das hindert jedoch die Rechtstheorie nicht daran, auch diese Einbindung mit der Inklusionsfunktion des Vertrages zu beschreiben.

Das Problem der hier behandelten Facebook-Fälle ist in der Einbindung der Nutzer*innen in die Öffentlichkeit durch Plattformverträge zu sehen. Die Rechts- und Inklusionsbeziehungen sind vertraglich und vertragsrecht-

2243 Siehe dazu statt aller *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84; *Hacker*, ZfPW 2019, 148.

2244 Das sog. „chicken-and-egg“-Problem, vgl. dazu *Armstrong*, 37 RAND J. Econ. 668, 668 f. (2006).

2245 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 119.

2246 Anders aber die systemtheoretische Strömung in der Kommunikationswissenschaft, siehe dazu *Görke*, in: Winter/Hepp/Krotz (Hrsg.), *Theorien der Kommunikations- und Medienwissenschaft*, 2008, S. 173 (179 – 188); *Hoffmann/Arlt*, *Die nächste Öffentlichkeit*, 2015, S. 7 – 34; *Waldherr*, M&K 2017, 534.

2247 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 120 f.

2248 Siehe zu solchen „Funktionssystemöffentlichkeiten“ *Hoffmann/Arlt*, *Die nächste Öffentlichkeit*, 2015, S. 30 – 33.

lich ausgestaltet²²⁴⁹ – die Frage nach einem „virtuellen Hausrecht“²²⁵⁰ stellt sich damit nicht (mehr) bzw. bietet weder einen analytischen noch normativen Mehrwert.²²⁵¹ Der soziale Konflikt im Fall *Facebook* ist damit in die beschriebene Struktur der Öffentlichkeit eingebettet. Digitale Plattformen nehmen die zentrale Intermediärstellung der heutigen Öffentlichkeit ein.²²⁵² Besonders soziale Netzwerke wie Facebook „bilden einen so wesentlichen Aspekt des Alltags vieler Menschen, die sich hier in zahlreichen Teilöffentlichkeiten austauschen, dass der Ausschluss aus ihnen weitgehend mit einem Ausschluss aus einem wichtigen Element der ‚Teilhabe am sozialen Leben‘ gleichzusetzen ist.“²²⁵³

2. Private Ordnung auf der Plattform

Mit dem Aufkommen und der Institutionalisierung von Massenmedien im 20. Jahrhundert differenziert sich ein Funktionssystem aus, welches die Öffentlichkeit weitgehend monopolisiert.²²⁵⁴ Gleichzeitig bilden sich spezielle Leistungsrollen aus, mit denen der Publikumsstatus in der Öffentlichkeit – zumindest teilweise – professionalisiert wird: Journalist*innen, Rundfunkveranstalter.²²⁵⁵ In der Medien- und Kommunikationswissenschaft wird jedoch ein (dritter) digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit identifiziert. Dieser wird nicht durch Prozesse der Digitalisierung als solcher ausgelöst, sondern durch einen spezifischen Aspekt davon: der Plattformisierung.²²⁵⁶ Mit dem Begriff der Plattformisierung wird der gesellschaftliche Bedeutungsanstieg digitaler Plattformen seit etwa den 2010er Jahren sowie der da-

2249 Zumindest bezüglich der Rechtsbeziehungen akzentuieren das *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (983).

2250 Grundlegend LG Bonn, MMR 2000, 109 (110); *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, 2016.

2251 Ebenso *König*, AcP 219 (2019), 611 (617); *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (983).

2252 Treffend *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (135): „Intermediäre diskriminieren den Zugang zu Öffentlichkeit nach eigenen Regeln [...]“ Leicht andere theoretische Re-Konstruktion des Konfliktes bei *Bauermeister*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 51 (52): „Ausschluss vom Schwarm“.

2253 *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (108).

2254 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 123.

2255 Vgl. *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 123.

2256 *Eisenegger*, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (17); diesen Strukturwandel identifizieren aus juristischer Sicht auch *Vesting*, JZ 2020, 975 (978 f.) sowie *Ladeur*, in: *Ladeur/Ingold/Graber/Wielsch* (Hrsg.), Die Zukunft der Medienverfassung, 2021, S. 17.

mit verbundene Prozess des fortschreitenden Eindringens infrastruktureller und regelsetzender Plattformelemente beschrieben.²²⁵⁷ Angesprochen ist damit der modal-strukturbezogene Machtanstieg von Plattformen für die Öffentlichkeit. Plattformisierung beschreibt den Prozess, in dessen Verlauf digitale Plattformen „an gesellschaftlicher Macht gewinnen und gesamtgesellschaftlich zunehmend *steuerungswirksam* werden. Sie kontrollieren die zentralen Zugänge zum Internet, strukturieren und überwachen die Bewegungsmöglichkeiten der Nutzerinnen und Nutzer, sie kuratieren, kontrollieren und selektionieren im großen Stil Inhalt, Informationsflüsse und Diskussionen.“²²⁵⁸ Aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht werden Social-Media-Plattformen als „sozial-kommunikative Daseinsvorsorger“ mit gesamtgesellschaftlicher Infrastrukturfunktion beschrieben.²²⁵⁹ Zwar findet gesellschaftliche Meinungsbildung nicht ausschließlich auf digitalen Plattformen statt, Plattformen als Intermediäre nehmen jedoch erheblichen Einfluss auf individuelle und gruppenbezogene Meinungsbildung.²²⁶⁰ Damit lösen sie klassische Intermediäre in der Öffentlichkeit, wie z.B. die Presse oder den Rundfunk, zwar nicht komplett ab, sie bilden jedoch heute die zentralen Intermediäre, unter deren Mitwirkung das Publikum wieder verstärkt aktiv die Öffentlichkeit beeinflussen kann.²²⁶¹ „Die Nutzer verlassen ihre Rolle als passive Rezipienten von massenmedialer Kommunikation und generieren stattdessen selbst die Inhalte öffentlicher Kommunikation.“²²⁶² Werden Nutzer*innen durch Vertragsverweigerung oder durch (zeitweise) Sperrung des Accounts von Plattformen ausgeschlossen, werden ihnen erhebliche Aktionspotentiale in der Öffentlichkeit genommen, was auch der BGH in seiner Entscheidung ausdrücklich anerkennt.²²⁶³ Zwar ist es auch hier problematisch von „Exklusion“ zu sprechen, die sozialen Wirkungen des Ausschlusses aus dem heute wesentlichen aktiven Teil der Öffentlichkeit sind jedoch mit der Exklusion aus sozialen Funktionssystemen

2257 Eisenegger, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (18 f.).

2258 Eisenegger, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. 17 (22 f.).

2259 Jarren, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, 2021, S. (56).

2260 Siehe die differenzierenden, empirischen Ergebnisse bei Schmidt et al., Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, 2017.

2261 So auch Hennemann/Heldt, ZUM 2021, 981 (982).

2262 Wielsch, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (61).

2263 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – Facebook, Rn. 66.

vergleichbar. Ein Ausschluss von der digitalen Infrastruktur der Plattformen führt zu einem weitgehenden Ausschluss von der modernen Öffentlichkeit.

Mit dem DFB vergleichbar, werden diese modal-strukturbezogenen Machtpositionen durch Governance Strukturen abgesichert, die ebenfalls als private Ordnungen beschrieben werden können.²²⁶⁴ Das Internet allgemein²²⁶⁵ und digitale Plattformen im Besonderen²²⁶⁶ sind durch privat gesetzte normative Ordnungen geprägt. Dabei wird hervorgehoben, dass sich „digitale Macht“ primär dadurch auszeichne, dass Plattformen über ihre privaten Ordnungen ihren jeweiligen Wirkbereich gestalten, regeln und regulieren.²²⁶⁷ Die Zugänge zur Plattform sowie die Interaktionsmöglichkeiten auf der Plattform werden zentral durch die Plattform als Intermediär selbst geregelt: „Damit werden die Bedingungen der Plattformen für die Teilnahme am Sozialen in doppelter Weise entscheidend. Nicht nur bestimmen sie den Zugang zu (faktisch alternativlosen) kommunikativen Funktionen, vielmehr besitzen sie auch eine Schlüsselstellung für die Ausgestaltung der sozialen Praxis, die mit den medialen Funktionen ko-evolviert.“²²⁶⁸ Dazu errichten Betreiber sozialer Netzwerke eigene normative Ordnungen, deren Regeln sie auch selbstständig durchsetzen können.²²⁶⁹ Die Besonderheit dieser privaten Ordnung durch digitale Plattformen besteht darin, dass sie durch eine Verknüpfung von technischen Lösungen („code“) und privatrechtlichen Instituten („law“), insbesondere durch AGB, erzeugt werden.²²⁷⁰ Mit dieser privaten Ordnung nehmen Plattformen entscheidenden Einfluss auf die digitale Kommunikation.²²⁷¹ Auch vergleich mit dem DFB werden „quasi-staatliche“ Strukturen in Form von funktional und strukturellen Äquivalenten von Legislative, Exekutive und – bei Streitschlichtungs-

2264 Ausdrücklich die Regeln von Plattformbetreibern als private Ordnung bezeichnend *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (280, 283), der darauf hinweist, dass dies im Rahmen der Grundrechtsabwägung speziell berücksichtigt werden sollte.

2265 Siehe dazu *Kettemann*, *The Normative Order of the Internet*, 2020.

2266 *Spindler*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, 2014, S. 193 (210 – 217).

2267 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (858 – 860).

2268 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (62).

2269 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (63).

2270 Allgemein *H. Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; speziell zu Facebook *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (64 – 71); ausführlich zur Ordnungsbildung durch AGB im digitalen Kontext *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 15 (22 – 30).

2271 *Kettemann/Tiedeke*, *Internet Policy Review* 2020, 1 (1).

verfahren – Judikative identifiziert.²²⁷² „Sowohl hinsichtlich ihrer strukturellen Macht als auch hinsichtlich der Techniken zur Absicherung dieser Macht ähneln digitale Plattformen demnach den staatlichen Infrastrukturen.“²²⁷³ Auch wenn diese Beschreibung mithilfe des Topos der „Staatsähnlichkeit“ Kernaspekte privater Ordnung auf digitalen Plattformen erfasst, überzeugt er mich auch an dieser Stelle nicht.²²⁷⁴ Eine präzisere Beschreibung ermöglichen die Begriffe private Ordnung, modal-sturkturbegzogene Machtkonstellation, Herrschaft, Inklusion/ Exklusion o.ä. In diese private Ordnung ist der einzelne Plattformvertrag eingebunden und erzeugt bzw. stabilisiert selbst diese Ordnung mit. Ein letztes wiederkehrendes Element des Topos der privaten Ordnung ist der Ausschluss als Sanktion: Der BGH erkannte völlig zutreffend, dass die Kontosperrung nicht unmittelbar der Beseitigung eines aktuellen Verstoßes der Nutzer*in gegen die *community standards* dient, sondern darin primär eine Sanktionsmaßnahme zu sehen ist.²²⁷⁵ Anders als bei den Stadionverboten wurde hier die sanktionierende Exklusionswirkung des Ausschlusses von der Plattform erkannt.

3. Prozeduralisierung als Konstitutionalisierung

Damit stellt sich aus der Perspektive einer responsiven Rechtswissenschaft die Frage, ob und wie das Recht auf diese Strukturen reagieren kann und soll. „Das Recht muss die gesellschaftliche Dimension der Regulierung durch Plattformbetreiber erkennen und eine Einlösung der Rechtfertigungslast durch angemessene Prüfungsmaßstäbe und Verfahren ermöglichen. Das gilt gerade für das Privatrecht, da wichtige Bausteine der entworfenen normativen Ordnungen gerade Institute des Privatrechts sind – insbesondere Nutzungsverträge mit vorformulierten Bedingungen“²²⁷⁶.

Bezüglich der Problematik im Facebook-Fall, nämlich Content-Moderation auf Social-Media-Plattformen ist zwischen rechtswidrigen, insbesondere strafrechtlich verbotenen, und rechtmäßigen Inhalten zu unterscheiden.

2272 *Belli/Sappa*, JIPITEC 8 (2017), 183; *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (63); *Kettemann/Tiedeke*, *Internet Policy Review*, 2020, 1 (2).

2273 *I. Augsberg/Petras*, *JuS* 2022, 97 (102 f.).

2274 Vgl. oben § 7 II 4; § 9 V 3 b.

2275 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20, *Facebook*, Rn. 87; ebenso *I. Augsberg/Petras*, *JuS* 2022, 97 (103): Ausschluss als schärfste Sanktion.

2276 *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (63).

den.²²⁷⁷ Bezüglich strafrechtlicher Inhalte gelten die Grundsätze der Provider-Haftung²²⁷⁸ sowie das NetzDG, welches die Durchsetzung solcher Löschungsansprüche²²⁷⁹ verstärken soll. Allerdings geht es – soweit ersichtlich – in allen Gerichtsentscheidungen nicht um strafrechtliche relevante Äußerungen, sondern um – nicht die Schwelle der Strafbarkeit überschreitende – Hassrede (*hate speech*), die aufgrund der Facebook Gemeinschaftsstandards (*community standards*) gelöscht wird.²²⁸⁰ Das überrascht nicht: Nach dem Selbstverständnis von Facebook – aber auch anderer Plattformen – wird auf Plattformen primär ihr eigenes „private law“, also ihr privat gesetztes Recht, angewendet und nur sekundär die verschiedenen staatlichen Rechtsregeln. Demnach prüft Facebook vor einer Löschung nach dem NetzDG zuerst, ob ein Beitrag gegen die eigenen *community standards* verstößt und – falls dies so ist – löscht diesen weltweit.²²⁸¹ Dieser Bereich wird nur ansatzweise durch die letzte Novelle des NetzDG²²⁸² oder durch Art. 14 DSA²²⁸³ adressiert. Damit stellt sich für das Recht die zentrale Frage, inwieweit digitale Plattformen Inhalte unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit löschen und Accounts sperren können.

Ein möglicher dogmatischer Anknüpfungspunkt ist der neue § 327i Nr. 1 BGB, wonach eine Nutzer*in Nacherfüllung (Freigabe eines gelöschten Textes, Entsperrung des Accounts) verlangen kann, wenn das digitale Produkt mangelhaft ist. Ein Mangel liegt nach § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB auch

2277 So auch das Modell des DSA, worauf *Janal*, ZEuP 2021, 227 (231 f.) hinweist; unklar jedoch bei *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184 (188).

2278 Zu den Modifikationen durch den DSA siehe *Janal*, ZEuP 2021, 227 (231 – 266).

2279 Siehe zum Problem der geographischen Reichweite der Löschpflicht für einen (national) rechtswidrigen Beitrag *Kettemann/Kraml/Rachinger*, CR 2021, 154.

2280 So zutreffend *Holzsnigel*, CR 2019, 518 (519); ebenso *Tschorr*, MMR 2021, 204 (205) bezüglich des rechtswissenschaftlichen Diskurses.

2281 Siehe zu dieser zweistufigen Prüfung *Löber/Rofsnigel*, MMR 2019, 71 (71); siehe auch *Facebook*, NetzDG-Transparenzbericht, 2021, S. 4.

2282 Neu hinzugekommen ist § 3b Abs. 3 NetzDG, nach dem das Gegenvorstellungsverfahren auch bei der Löschung aufgrund von Gemeinschaftsstandards Anwendung findet; siehe dazu *Cornils*, NJW 2021, 2465 (2468). Damit wird aber keine (ausdrückliche) Aussage über die Zulässigkeit einer Löschung nach *community standards* getroffen, sondern lediglich festgehalten, dass in einem solchen Falle das Verfahrensregime des NetzDG Anwendung findet.

2283 Zwar ist Art. 14 DSA gegenüber Art. 12 DSA-E deutlich ausführlicher geworden; hinzugekommen sind jedoch primär prozedurale Elemente wie Informations- und Erläuterungspflichten – hinsichtlich der inhaltlichen Vorgaben an die Löschung von Inhalten bleibt es bei generalklauselartigen Anforderungen. Kritisch dazu und mit weiteren nicht adressierten Problemen der Content-Moderation *Gielen/Uphues*, EuZW 2021, 627 (635).

dann vor, wenn es bezüglich der Funktionalität nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei digitalen Produkten derselben Art üblich ist oder die Verbraucher*in diese erwarten kann.²²⁸⁴ Die Löschung von Kommunikationsinhalten auf digitalen Plattformen ist allgegenwärtig, sodass dies der üblichen Beschaffenheit eines Plattformnutzungsvertrages entspricht. Die Mangelhaftigkeit könnte dann nur dadurch begründet werden, wenn Nutzer*innen erwarten (dürfen), dass eine digitale Plattform keine rechtmäßigen Inhalte löscht bzw. die aktiven Nutzungsfunktionen (zeitweise) sperrt. Hier stellen sich bezüglich der Konkretisierung der (normativen) Erwartungen ähnliche Probleme wie bezüglich der AGB-Kontrolle.²²⁸⁵ Zudem ist unsicher, ob sich bei § 327e Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nicht eine bezüglich § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. a BGB vertretene Auslegung durchsetzen wird, wonach die Norm einen einheitlichen Tatbestand bilde, der lediglich auf Marktstandards verweist.²²⁸⁶ Insgesamt scheint der Mangelbegriff nicht der geeignete Ort zu sein, um dogmatisch über die Rechteverteilung bei Plattformnutzungsverträgen zu entscheiden.

Da es sich bei den *community standards* Facebooks, auf deren Grundlage verschiedene Beiträge als *hate speech* gelöscht und Nutzeraccounts gesperrt werden, um AGB handelt,²²⁸⁷ liegt ein responsiver Zugriff über das Institut der AGB-Inhaltskontrolle nahe. Hier zeigt sich das bereits oben identifizierte Problem der AGB-Kontrolle:²²⁸⁸ Ihr fehlt ein konkreter Kontrollmaßstab für die hier relevanten Phänomene. Im Anschluss an die BGH-Urteile wurde daher schnell der Ruf nach der Legislative laut, ein vertragliches Leitbild zu schaffen,²²⁸⁹ damit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB operabel gemacht werden kann. Neben den §§ 327 ff. BGB, die hier als nicht überzeugender Anknüpfungspunkt identifiziert wurden, kann auch im *Digital Services Act* ein vertragliches Leitbild gesehen werden. Da nunmehr der DSA in Kraft getre-

2284 Für eine Aufspaltung des Tatbestandes beispielsweise Metzger, in: MüKo-BGB, § 327e Rn. 31 sowie Fries, in: BeckOGK-BGB, § 327e Rn. 24, der jedoch darauf hinweist, dass sich in technischen Kontexten die Nachfrageerwartungen schnell wandeln können.

2285 Siehe dazu oben § 2 I 3. Kritisch auch Hennemann, in: Köhler/Korch (Hrsg.), Schwärme im Recht, 2022, S. 15 (21 f.), da bei sich erst herausbildenden Leitbildern die Unternehmen selbst die Leistungserwartung mitprägen.

2286 So beispielsweise Westermann, in: MüKo-BGB, § 434 Rn. 24.

2287 J. Lüdemann, MMR 2019, 279 (279); Tschorr, MMR 2021, 204 (205); im Ergebnis auch Spindler, CR 2019, 238 (240), der jedoch zu Leistungsbeschreibungen abgrenzen möchte.

2288 Siehe oben § 2 I 3.

2289 Lutzi, VerfBlog, 2021/7/30.

ten ist, können allen voran Art. 14 und 16 ff. DSA als gesetzliche Leitbilder von Plattformnutzungsverträgen angesehen werden.²²⁹⁰ Dennoch soll der Schwerpunkt dieser Untersuchung nicht auf den Kontrollmaßstäben liegen, die sich aus diesen gesetzlichen Leitbildern für die Inhaltskontrolle ergeben. Denn zum einen enthält der *Digital Services Act* – außer in Art. 14 Abs. 4 DSA – keine bzw. nur eingeschränkte inhaltliche Maßstäbe für die Content Moderation. Zum anderen ist der in dieser Untersuchung primär betrachtete Konflikt – der Ausschluss von Nutzer*innen – in Art. 17 Abs. 1 lit. c und d sowie Art. 20 Abs. 1 lit. b und c DSA ebenfalls nur rudimentär geregelt. Enthält der DSA für bestimmte Probleme keine ausdrückliche Regelung oder sind die Normen auslegungs- und konkretisierungsbedürftig, kann wiederum auf andere Maßstäbe, insbesondere die Grundrechte oder das hier vorgestellte Analysemodell der Inklusionsfunktion des Vertrages zurückgegriffen werden. Wenn im Folgenden rechtliche Antworten primär aus grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten entwickelt werden, werden jedoch Parallelen zum DSA aufgezeigt. Geht es lediglich um die Löschung oder den Zugang einzelner Inhalte, kann der am 03.06.2021 eingeführte § 3b Abs. 3 S. 1 NetzDG²²⁹¹ als vertragliches Leitbild qualifiziert werden.

Innerhalb der AGB-Kontrolle ist daher auf andere Wertungsmaßstäbe zurückzugreifen. Solche finden sich insbesondere in den Grundrechten.²²⁹² Über die Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht wird die AGB-Kontrolle mit den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten überlagert. So werden ursprünglich „öffentliche“ Wertungen in ein „privates“ Verhältnis überführt.²²⁹³ Das Vorgehen der Gerichte beim Löschen und Sperren bezüglich *hate speech* zeigt dabei mustergültig zum einen die Verschränkungen der AGB-Kontrolle mit der Privatrechtswirkung der Grundrechte, zum anderen aber auch die Maßstabsverschiebung auf die Grundrechte.²²⁹⁴ Bezüglich der für diesen Konflikt relevanten Grundrechte auf der Seite der

2290 *Mendelsohn*, MMR 2021, 857 (860); insbesondere die prozeduralen Pflichten von Art. 15 DSA als gesetzliches Leitbild qualifizierend *Spindler*, GRUR 2021, 545 (553); zur Einordnung des Art. 14 DSA in den Diskurs um die Plattformregulierung siehe *Hennemann*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 15 (31 – 34).

2291 Siehe dazu – auch im Vergleich zum DSA – *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283 (284, 285); *Cornils*, NJW 2021, 2465 (2468).

2292 Im Kontext der Content Moderation ausdrücklich *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (279 f.).

2293 So für Plattformen *Kettemann/Tiedeke*, Internet Policy Review 2020, 1.

2294 Siehe nur BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, der in Rn. 52 – 54 zunächst privatrechtlich mit der AGB-Inhaltskontrolle beginnt, dann aber in Rn. 54 – 74, 78 – 89 maßgeblich die Grundrechtspositionen abwägt.

Nutzer*innen sollte analytisch zwischen zwei Problemkreisen unterschieden werden: zwischen dem Löschen einerseits und der darauf bezogenen Sanktion in Form des (vorübergehenden) Sperrens des Accounts. Während es beim Löschen von *hate speech* insbesondere auf den Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 1 GG ankommt, steht bezüglich der Accountsperrung Art. 3 Abs. 1 GG im Vordergrund. Auch wenn sich beide Probleme analytisch voneinander trennen lassen, hängen sie eng miteinander zusammen, weil die Sperrung eines Accounts regelmäßig die Sanktion für vorhergehende Verstöße gegen die *community standards* bildet.²²⁹⁵ Daher soll an dieser Stelle, auch wenn im Fokus dieser Untersuchung Art. 3 Abs. 1 GG steht, zumindest eine Positionierung bezüglich des Löschens einzelner Inhalte erfolgen:

Stark vereinfacht kann die Frage nach der Abwägung von Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 12, 14 GG²²⁹⁶ bezüglich der Lösungsregelungen in AGB auf zwei Grundpositionen heruntergebrochen werden.²²⁹⁷ Nach einer Position ist der Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit so zu verstehen, dass jede Meinung, die nicht unter einen Straftatbestand fällt, von den Plattformen veröffentlicht werden muss bzw. nicht gelöscht werden darf.²²⁹⁸ Die überzeugendsten Argumente dafür sind zum einen eine intensive Privatrechtswirkung von Art. 5 Abs. 1 GG aufgrund der Eröffnung eines kommunikativen Forums²²⁹⁹ in Form der digitalen Plattform sowie die

2295 Zutreffend daher die Feststellung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 87: „Die Kontosperrung dient zudem nicht unmittelbar der Beseitigung eines aktuellen Verstoßes des Nutzers gegen die Nutzungsbedingungen und Gemeinschaftsstandards der Beklagten, sondern der Sanktionierung eines Verstoßes und der Prävention im Hinblick auf künftige Verstöße.“

2296 Siehe zur Frage einer mediengrundrechtlichen Einordnung sozialer Netzwerke *Giere*, Grundrechtliche Einordnung sozialer Netzwerke, 2021, S. 68 – 120; *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (106 f.).

2297 Siehe dazu auch die Aufbereitung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 57 – 59; ausführlich zur Diskussion auch *Heldt*, Intensivere Drittwirkung, 2023, S. 193 – 247.

2298 OLG Karlsruhe, NJW-RR 2019, 1006, Rn. 29; OLG Oldenburg, MMR 2020, 41 (Rn. 9); zumindest für die Ebene der Gemeinschaftsstandards *I. Augsberg/Petras*, JuS 2022, 97 (103), die diese Ebene auf problematische Weise von einer Löschentcheidung im Einzelfall trennen.

2299 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71 (75); *Spindler*, CR 2019, 238 (243); *Jobst*, NJW 2020, 11 (15); *Seyderhelm*, Grundrechtsbindung Privater 2021, S. 300 – 304, der hier konsequent sein Konzept einer „Grundrechtsbindung Privater“ anwendet, also den Gewährleistungsgehalt der Meinungsfreiheit im Vertikalverhältnis auch im Horizontalverhältnis heranzieht.

modal-strukturbezogene Machtposition, den Zugang zu und die Kommunikation auf der Plattform zu regeln²³⁰⁰, sodass bei einer Abwägung – die immer in Privatrechtsverhältnissen zu erfolgen hat (!)²³⁰¹ – die Meinungsfreiheit überwiege. Zum anderen eine strukturelle Benachteiligung der Meinungsfreiheit aufgrund der Löschung durch die Plattformen:²³⁰² Nutzer*innen könnten sich nicht bzw. nur eingeschränkt dagegen wehren²³⁰³ und Nutzer*innen könnten sich aufgrund weitreichender Löschungsbefugnisse davon abgehalten fühlen, überhaupt oder nur stark eingeschränkt ihre Meinung auf der Plattform zu äußern („chilling effect“).²³⁰⁴ Daher müssten soziale Netzwerke wie Facebook staatsgleich bzw. staatsähnlich an die Grundrechte gebunden werden, was bedeutet, dass Einschränkungen der Meinungsfreiheit nur durch die allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) erfolgen können. Da Facebook als Privatrechtsakteur aber keine demokratisch legitimierten Gesetze im Sinne dieses Gesetzesvorbehalts erlassen kann, dürfen im Ergebnis nicht-strafbare Äußerungen durch private *community standards* nicht verboten werden.²³⁰⁵

Die zweite Position, welche auch in dieser Untersuchung vertreten wird, lässt im Zuge der Grundrechtsabwägung die Löschung von Beiträgen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle aufgrund der *community standards* grundsätzlich zu.²³⁰⁶ Gegen eine – im Ergebnis – staatsgleiche Grundrechtsbindung der Plattformbetreiber an Art. 5 Abs. 1 GG spricht insbesondere der gewandelte soziale Kontext – die strukturell andere Öffentlichkeit –, in der die Meinungsfreiheit ausgeübt wird: Die Prämisse der staatsge-

2300 I. Augsberg/Petras, JuS 2022, 97 (102 f.) sprechen hier von „struktureller Macht“.

2301 Gegen eine „staatsgleiche Grundrechtsbindung“ spricht auch, dass das BVerfG im äußerungsstrafrechtlichen Kontext mehrfach betont hat, dass die Meinungsfreiheit immer im Einzelfall abzuwägen sei: BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 2459/19 und 1 BvR 2397/19 sowie BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 1094/19 und 1 BvR 362/18; siehe dazu eingehend Fahl/Schaller/Müller, in: Linien der Rechtsprechung des BVerfG, Bd. 6, 2020, S. 265.

2302 So das zentrale Argument bei Raue, JZ 2018, 961.

2303 Raue, JZ 2018, 961 (961 – 964).

2304 Müller-Franken, AfP 2018, 1 (10); Friehe, NJW 2020, 1697 (1698); I. Augsberg/Petras, JuS 2022, 97 (105).

2305 So sehr deutlich I. Augsberg/Petras, JuS 2022, 97 (103). Hier werden die Grenzen des Topos der „staatsgleichen Grundrechtsbindung“ deutlich: Wollen Vertreter*innen dieser Auffassung tatsächlich die staatsgerichteten Gesetzesvorbehalte auch auf Private anwenden, obwohl sie von vornherein keine Gesetze erlassen können?

2306 Spindler, CR 2019, 238; Friehe, NJW 2020, 1697; Tschorr, MMR 2021, 204; so auch jetzt die Grundsatzentscheidung von BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – Facebook.

richteten Abwehrdimension der Meinungsfreiheit, dass grundsätzlich alle Meinungen zugelassen werden müssten²³⁰⁷ – wenn die Meinungsfreiheit nicht durch allgemeine Gesetze eingeschränkt wird –, beruht auf der Prämisse, dass die soziale Umwelt des Rechts – hier: die Öffentlichkeit – selbst Institutionen schafft, um den Meinungskampf zu organisieren und moderieren. Mit der oben geschilderten Bedeutungszunahme digitaler Plattformen als zentrale Intermediäre bei gleichzeitigem Bedeutungsverlust der traditionellen Massenmedien hat sich jedoch auch die Organisation des Meinungskampfes gewandelt. Es sind beispielsweise nicht mehr die einzelnen Pressehäuser, die mit eigenen institutionellen Sicherungssettings wie Pressekodizes, Journalismusausbildung o.ä. einem Abdriften des Diskurses hin zu Aggression oder Hetze vorbeugen.²³⁰⁸ Dies kann neben Pseudonymität, Anonymität sowie fehlendem *face-to-face*-Kontakt als einer der Gründe angesehen werden, warum eine Verrohung der Kommunikations- und Diskurskultur beobachtet wird.²³⁰⁹ Ein „*chilling effect*“ ist damit auch in die andere Richtung möglich: Nutzer*innen können sich nicht nur aufgrund der Löschung von Beiträgen davon abgehalten sehen, sich aus dem Diskurs zurückzunehmen, sondern sie können sich auch deshalb zurückziehen, weil „Hass und Hetze in Quantität und Qualität ein erträgliches Maß“ übersteigt.²³¹⁰ Wenn der Meinungsaustausch in der Öffentlichkeit über die Plattformen als neue zentrale Intermediäre erfolgt, müssen auch hier geeignete institutionelle Sicherungssettings gefunden werden. Zwar dienen die *community standards*, insbesondere in Bezug auf *hate speech*, auch und vielleicht sogar primär dem Zweck, die wirtschaftlichen Interessen der Plattform für gesteigerte Werbeeinnahmen zu verfolgen²³¹¹ bzw. sind als Wettbewerbsfaktor „Qualität“ auf der unentgeltlichen Marktseite relevant.²³¹² Sie sind aber auch – multifunktional betrachtet – eine institu-

2307 Grundlegend zur „grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen“ BVerfGE, 7, 198 – *Lüth* [1958], Rn. 32; zur heutigen Bedeutung dieser Passage BVerfG, Beschl. v. 19.05.2020, 1 BvR 2459/19, Rn. 16.

2308 Vgl. *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (29).

2309 *Spindler*, CR 2019, 238 (240); *Tschorr*, MMR 2021, 204 (205).

2310 *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (282 f.); ebenso *Völzmann*, MMR 2021, 619 (621), der auch darauf hinweist, dass von *hate speech* überwiegend spezifische Personengruppen betroffen sind und damit auch ein diskriminierungsrechtliches Problem bildet; dieses Argument war auch zentral für BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 75, 78: „Interesse anderer Nutzer an einer von gegenseitigem Respekt geprägten Diskussionskultur“.

2311 Siehe zu diesem Argument *Raue*, NJW 2022, 209 (211).

2312 *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (281 f.).

tionelle Antwort darauf, die gewandelten Diskursverhältnisse in der Öffentlichkeit auf Plattformen zu regeln.²³¹³ Soziale Netzwerke sind es selbst, die den von ihnen eröffneten Kommunikationsraum kuratieren, und damit die moderne Öffentlichkeit der digitalen Gesellschaft kreieren.²³¹⁴ Die Meinungsfreiheit wird hier nicht in einem individuellen Verständnis aus der Sicht eines jeden einzelnen Individuums, sondern in ihrer kollektiven bzw. institutionellen Dimension betont.²³¹⁵ Indem das Recht im Rahmen der Grundrechtsabwägung die privatautonome Gestaltung der Kommunikationsräume im Grundsatz den Plattformen überlässt, kann es sich selbst zurückziehen und den produktiven Eigendynamiken der Öffentlichkeit die Regelung des Diskurses überlassen.²³¹⁶

Etwas anderes sollte jedoch – so die hier eigenommene Position – gelten, wenn es um den Zugang zur Meinungsbildung, um den Zugang zur Öffentlichkeit, geht. Während die Löschung von Inhalten insbesondere an Art. 5 Abs. 1 GG zu messen ist, sind die relevanten Grundrechte bei dem Ausschluss von Nutzer*innen bzw. bei der Sperrung ihrer Accounts nicht klar. Wendet man das hier entwickelte Modell an, so kann auf die Zugangsfrage zur Öffentlichkeit, die mit dem Zugang zur Plattform verbunden ist, insbesondere der allgemeine Gleichheitssatz responsiv reagieren. Mit der Inklusionsfunktion des Plattformnutzungsvertrages sowie der Normalisierung der Exklusion durch eine private Ordnung sind die oben herausgearbeiteten Voraussetzungen der Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 1 GG erfüllt: Es geht hier um soziale Inklusion in eine den sozialen Funktionssystemen von ihrer Bedeutung für Sozialität äquivalente Sozialstruktur, die Öffentlichkeit. Der Account einer Plattformnutzer*in darf deshalb nicht sachgrundlos – auch nur vorübergehend – gesperrt werden.²³¹⁷ Die Teil-

2313 Ähnlich *Tschorr*, MMR 2021, 204 (207 f.).

2314 Dies akzentuieren allgemein *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981 (insb. 991).

2315 Eine solche institutionelle Dimension erkennt BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 74 ausdrücklich an: „Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG schützt indessen auch den Kommunikationsprozess als solchen“; im Ergebnis ebenso aber dogmatisch als Interessen der übrigen Nutzer*innen der Plattformen *Lüdemann*, MMR 2019, 279 (282).

2316 Ähnlich *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (283): „Denn wenn man aus der Meinungsfreiheit tatsächlich ein Generalverbot kommunikationsregelnder Standards ableiten wollte, nähme man der Gesellschaft von Verfassungen wegen die Möglichkeit zu einer privaten Ordnung.“; vgl. ebenfalls *Friehe*, NJW 2020, 1697 (1702): Private Kommunikationsregeln ermöglichen Konstitutierung der digitalisierten Öffentlichkeit.

2317 Im Ergebnis ebenfalls BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 81.

habedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wirkt sich auch auf die Frage eines Kontrahierungszwanges aus: Um die Einbindung in die Öffentlichkeit zu gewährleisten, haben Nutzer*innen bereits vor Vertragsschluss einen Anspruch auf Abschluss eines Plattformnutzungsvertrages.²³¹⁸

Im Fall *Facebook* und allgemein in Bezug auf digitale Plattformen wird deutlich, dass ein Rückgriff auf etablierte Begriffe wie die „Daseinsvorsorge“ zu unterkomplex ist.²³¹⁹ Der Begriff konnte verschiedene Phänomene der Privatisierung staatlicher Aufgaben ordnen und bot Anknüpfungspunkte für spezifische daraus folgende normative Wertungen. Die Stadionverbotsentscheidung und der Facebook-Fall zeigen jedoch deutlich, dass bestimmte soziale Teilhabekonflikte auch jenseits der klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge auftreten – auch in solchen Bereichen wie dem Sport oder der Öffentlichkeit, die entweder überhaupt nicht oder nur mittelbar (öffentlicher Raum in staatlichem Eigentum) unter „Staatsaufgaben“ subsumiert werden können.

Geht es damit auf grundrechtlicher Ebene um die Teilhabe an moderner Öffentlichkeit und Kommunikation, so könnte dies auch über eine Teilhabedimension des Art. 5 Abs. 1 GG dogmatisch begründet werden.²³²⁰ Hier zeigen sich Parallelen zum Topos der Grundrechtsvoraussetzungen: Wenn sich die Öffentlichkeit maßgeblich strukturell derart gewandelt hat, dass sie überwiegend auf digitalen Plattformen stattfindet, dann verschieben sich auch die Grundrechtsvoraussetzungen derjenigen Grundrechte, die einen Bezug zur Öffentlichkeit aufweisen – hier insbesondere die Meinungsfreiheit. Der Gewährleistungsgehalt von Art. 5 Abs. 1 GG muss nicht den Zugang zur Meinungsäußerung umfassen, solange es keine wesentlichen Zugangsbarrieren in der Umwelt des Rechts gibt. Ändern sich diese sozialen Voraussetzungen der Meinungsfreiheit, kann auch über eine Weiterentwicklung des Gewährleistungsgehalts nachgedacht werden. Damit geht es bezüglich Art. 5 Abs. 1 GG im Kontext digitaler Kommunikationsplattformen nicht nur um die Horizontalwirkung eines Grundrechts, sondern zugleich um gewandelte Grundrechtsvoraussetzungen. Ohne einen Zugang zu digitalen Plattformen kann das Recht auf freie Meinungsäußerung kaum

2318 Im Ergebnis ebenfalls *Raue*, NJW 2022, 209 (210).

2319 So aber bezüglich der BGH-Urteile *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

2320 *Buchheim*, in: *Linien der Rechtsprechung des BVerfG*, Bd. 6, 2022, S. 3 (40) verortet die Sperrung von Konten auf digitalen Plattformen in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; auch *Heldt*, *Intensivere Drittwirkung*, 2023, S. 229 f. spricht innerhalb ihrer Privatrechtswirkungskonzeption des Art. 5 Abs. 1 GG von einem „Schutz des Zugangs“.

mehr effektiv ausgeübt werden. Dagegen spricht nicht das Argument, dass bei einem Ausschluss von einer Plattform Meinungsäußerungen auch auf anderen digitalen Plattformen, allgemein im Internet oder in analogen Kontexten weiterhin möglich bleiben.²³²¹ Es ist zwar richtig, dass diese Alternativen auch weiterhin offenbleiben. Es geht jedoch bei den Wirkungsvoraussetzungen – wie auch oben am Beispiel von Art. 8 Abs. 1 GG gezeigt – um die Effektivität der Grundrechtsausübung. Wenn in der modernen Öffentlichkeit Meinungsbildung und Diskurse kontext- und plattformspezifisch (selbst eine thematisch übereinstimmende Diskussion auf Twitter unterscheidet sich von einer Diskussion auf Facebook) ausgetragen werden, ist ein Zugang zu einer einzelnen Plattform notwendig.²³²²

Das Recht hat dabei unterschiedliche Möglichkeiten auf solche gewandelten Grundrechtsvoraussetzungen zu reagieren: Es kann entweder unmittelbar den Gewährleistungsgehalt eines Grundrechtes anpassen wie es in den Entscheidungen *Fraport* und *Bierdosenflashmob* bezüglich Art. 8 GG passiert ist.²³²³ Geht es insbesondere um den gleichen Zugang zu Orten oder Dienstleistungen, kann jedoch auch der Weg über die Teilhabedimension des Art. 3 Abs. 1 GG gegangen werden. Hier zeigt sich auch nochmal der grundrechtsdogmatische Streit, ob die Teilhabedimension der Grundrechte nur Art. 3 Abs. 1 GG aufweist, oder ob jedes Freiheitsgrundrecht eine (potentielle) Teilhabedimension aufweisen kann. Am Ende des Tages scheinen beide Lösungen funktional äquivalent zu sein. Nach hier vertretener Auffassung²³²⁴ kann jedoch für die Teilhabedimension immer auf Art. 3 Abs. 1 GG zurückgegriffen werden, was insbesondere dann relevant wird, wenn es kein spezielles Freiheitsgrundrecht gibt, vor dessen Gewährleistungsgehalt sich das Privatrecht rechtfertigen müsste. Daher soll es nachfolgend nur noch um Art. 3 Abs. 1 GG gehen.

Kann damit die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes ein Sachgrunderfordernis für die Sperrung eines Nutzeraccounts begründen, stellt sich mit der Organisations- und Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG die Steuerungs- und gesellschaftliche Konstitutionalisierungsfrage, inwieweit darüber hinaus prozedurale Elemente vorgesehen werden sollten. Dabei geht es hier weniger um die generalisierte Begründung

2321 So aber *J. Lüdemann*, MMR 2019, 279 (283 f.).

2322 Ähnlich auch BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 66 f., der zusätzlich auf *lock-in*-Effekte abstellt.

2323 Siehe dazu oben § 10 I.

2324 Siehe dazu oben § 9 IV 1.

von Verfahrens- und Organisationspflichten (in Horizontalwirkung) für Betreiber digitaler Plattformen, sondern um die Begründung von re-spezifizierten Anforderungen, die auf die Eigenrationalität der Öffentlichkeit abgestimmt sind. Der BGH hat in seinen beiden Urteilen zu Facebook das Sachgrunderfordernis und die es flankierenden prozeduralen Pflichten zwar methodisch unpräzise aus der Grundrechtsabwägung abgeleitet.²³²⁵ Der Sache nach handelt es sich jedoch um die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht im Stadionverbotsbeschluss aus dem Gewährleistungsgehalt von Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet hat: Für die Entfernung von Inhalten sowie für die Sperrung von Nutzerkonten muss zunächst ein sachlicher Grund bestehen.²³²⁶ Die Lösch- bzw. Sperrentscheidung muss jedoch auch nachvollziehbar sein, weshalb das Sachgrunderfordernis durch verfahrensrechtliche Anforderungen abgesichert wird: Digitale Plattformen wie Facebook müssen zumutbare Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternehmen, sie müssen betroffene Personen über die Löschung bzw. Sperrung benachrichtigen, die Entscheidung muss begründet werden und die betroffenen Personen müssen angehört und ihnen die Gelegenheit zur Gegendarstellung geboten werden.²³²⁷

Mit diesen prozeduralen Anforderungen wird nicht nur explizit an den Stadionverbotsbeschluss angeknüpft,²³²⁸ sondern mit der Möglichkeit der Gegendarstellung auch an die Novellierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes in § 3b Abs. 3 S. 1 iVm § 3b Abs. 1, 2 NetzDG in Bezug auf strafbare Inhalte.²³²⁹ Der Sache nach findet damit auch implizit²³³⁰ der stark prozedurale Regulierungsansatz des DSA einen Niederschlag in der Entscheidung. Die Besonderheit – insbesondere im Unterschied zum NetzDG – besteht darin, dass einige Normen auch bezüglich Inhalten anwendbar sind, welche unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit liegen: Nach Art. 17 DSA müssen Hosting-Diensteanbieter eine Lösch- bzw. Sperrentscheidung in spezifischer Form begründen. Der ausdrücklich prozedurale Charakter des rechtspolitischen Regulierungsvorgehens zeigt grundsätzlich, dass prozedurale Anforderungen, die aus der Organisations- und Verfahrensdimension

2325 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 80.

2326 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 81.

2327 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 82 – 89; die Entscheidung zutreffend in den Prozeduralisierungsdiskussionen einordnend *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 891 (890 f.).

2328 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 83 f.

2329 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 85.

2330 *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956) sieht das Urteil sogar als Antizipation des DSA.

des Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet werden, dafür geeignet sind, den Ausschluss von Plattformen rechtlich einzuhegen.

Wie zu erwarten war, werden gegen solch einen „Mehraufwand“ der Plattformen wirtschaftliche Einwände entgegengebracht, um sich gegen eine rechtliche Verantwortung für ihre eigene gesellschaftsstrukturelle Stellung zu immunisieren: Facebook trug vor, dass die durchgehende Etablierung und Durchführung der Benachrichtigungs-, Begründungs-, Anhörungs- und Gegendarstellungsverfahren mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden sei, was jedoch der BGH galant mit der Beobachtung abschmetterte, dass zumindest Facebook durch die prozeduralen Anforderungen im Betrieb der Plattform nicht wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert ist.²³³¹ Hier zeigt sich die Flexibilität der Organisations- und Verfahrensdimension von Art. 3 Abs. 1 GG: Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann auf heuristischer Ebene dadurch dogmatische Schlagkraft verliehen werden, indem kleineren Unternehmen, die nach dem hier vorgestellten Tatbestand der Privatrechtswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes zumindest das Sachgrunderfordernis einhalten müssen, nicht so weitgehende oder überhaupt keine Verfahrenspflichten auferlegt werden.

Denga hält neben solchen Kostenfaktoren die Verfahrensanforderungen jedoch aus zwei grundlegenden Gründen für problematisch:²³³² Zum einen könne das aufwendige Verfahren potentiell den Ausschluss von Dauerstörern auf der Plattform („Trolle“) erschweren. Zum anderen – und das ist ein bemerkenswertes Argument – werde durch das Verfahren ein zentraler Aspekt der Funktionsbereitstellung der Plattform – grundrechtlich gesprochen: der Eigentumsbefugnisse –, nämlich der Funktionsausschluss tendenziell eher der Sphäre der Nutzer*innen zugeordnet.

Dieses Argument verdient deshalb besondere Aufmerksamkeit, weil es die großen Bedenken gegen einen gesellschaftlichen Konstitutionalismus bzw. gegen eine umweltsensible Gestaltung von Privatrechtsinstitutionen aufzeigt. Denn im Kern hat *Denga* völlig recht: Die starken prozeduralen Elemente, die die Exklusion einer Person aus sozialen Funktionssystemen oder den Ausschluss aus vergleichbaren Strukturen wie der Öffentlichkeit absichern sollen, verlagern teilweise die Letztentscheidungshoheit darüber in die Hände des Publikums, die im Zweifel die Hilfe des Rechts

2331 BGH, Urt. v. 29.07.2021, III ZR 179/20 – *Facebook*, Rn. 89.

2332 *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

in Anspruch nehmen können. Aus einer privatrechtstheoretischen Sicht, die mit subjektiven Rechten unmittelbare Ausschließungsrechte verbindet, irritiert ein solcher „Zuordnungswechsel“²³³³. Aus der Perspektive eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus sind solche Gegenrechte²³³⁴ jedoch zentraler Baustein für die Verfassung – also Stabilisierung, Absicherung, aber auch Begrenzung – von sozialen Makrostrukturen. Werden soziale Funktionssysteme oder Institutionen durch Privatrechtsinstitute aufgebaut bzw. stabilisiert, so wird über eine liberale Konzeption dieser Institute einem Privatrechtsakteur die gesamte Kontrolle über das soziale Ordnungsmuster gewährt, die sich in Ausschließungsbefugnissen und der Möglichkeit von Vertragsverweigerungen manifestiert. Für eine dauerhafte Stabilisierung dieser sozialen Ordnung und der Berücksichtigung aller (!) Akteure können²³³⁵ und sollten jedoch bestimmte Letztentscheidungsoptionen verlagert, Mitgestaltungsmöglichkeiten etabliert oder auch nur Möglichkeiten der Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen sowie die Voraussetzungen für eine gerichtliche – oder außergerichtliche – Nachprüfung geschaffen werden.²³³⁶ Am Ende ist in der modernen Gesellschaft nur das Recht für seine Institutionen und die dadurch bereitgestellten Leistungen und Funktionen verantwortlich. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus und die umweltsensible Ausgestaltung von Privatrechtsinstitutionen bedeuten daher, dass das Recht nicht nur seiner Verantwortung gegenüber einer kleinen Zahl von Akteuren nachkommt, sondern auch seine Verantwortung sowohl gegenüber gesellschaftlichen Meso- und Makrostrukturen als auch gegenüber Personen ernst nimmt, die durch eine liberale Brille womöglich ver-

2333 Gut gewähltes Wort von *Denga*, ZIP 2021, 1955 (1956).

2334 Grundlegend *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 381 – 388; diese Gegenrechte von ihrem individual-rechtlichen Ursprung um eine kommunikative, kollektive und institutionelle Dimensionen erweiternd *Teubner*, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte, 2018, S. 357. Anders als bei *Menke* sollten m.E. Gegenrechte jedoch in einem deutlich aktiveren Sinne verstanden werden.

2335 Zurecht weist *Holznapel*, CR 2021, 733 (736) im Kontext der Regulierung digitaler Plattformen darauf hin, dass es nicht ausschließlich um „ein Mehr“ an Nutzerrechten geht, sondern um ein adäquates Setting.

2336 Treffend *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 385: „Daher ist die Erklärung des Grundrechts des Passiven darauf, berücksichtigt zu werden, zugleich die Entrechtung des Mächtigen oder Aktiven. [...] Berücksichtigung und damit Rechte braucht, wer nicht an der Regierung teilnehmen kann.“

schwommen erscheinen. „Der Gleichheitssatz erweist sich so als elementarer Bestandteil der *Eigenverfassung* autonomer digitaler Medien.“²³³⁷

III. Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme

Zuletzt ist auf zwei weitere Fälle der Gesellschaft einzugehen, die sich als Grenzfälle für das hier vorgestellte Modell herausstellen werden: der Wellnesshotelfall²³³⁸ sowie der Thermenfall²³³⁹. In beiden Fällen geht es wie im Stadionverbotsfall vordergründig um das Hausrecht. Beide Fälle weisen jedoch eine vertragliche Dimension auf, die die eigentums- und besitzrechtliche Dimension weitgehend überlagert. Der Konflikt im Wellnesshotel ist dadurch entstanden, dass ein Hotel in Brandenburg *Udo Voigt* – ehemaliger NPD-Politiker – und seiner Frau ein Hausverbot erteilte und dies ausdrücklich auf die Parteizugehörigkeit *Voigts* stützte.²³⁴⁰ Im Thermenfall wurde einer Frau (Stammgast) ein Hausverbot erteilt, nachdem sie unnachgiebig andere Personen in der Thermen- und Saunalandschaft belästigte und beleidigte, teilweise mit Bezug auf die westdeutsche Herkunft der Gäste.²³⁴¹

Beide Fälle sind demnach wie der Stadionverbotsfall vordergründig dadurch gekennzeichnet, dass Personen der physische Zugang zu einem mit einer Dienstleitung verbundenen Raum, nämlich einem Hotel bzw. einer Therme, verwehrt wurde bzw. sie davon ausgeschlossen wurden. Anders als der Zuschauervertrag im Stadionverbotsfall weisen jedoch sowohl der Beherbergungsvertrag im Wellnesshotelfall als auch der Thermennutzungsvertrag im Thermenfall nur eine eingeschränkte Inklusionsfunktion auf: Durch die beiden Verträge werden die Personen zwar sowohl in das Rechtssystem als auch in das Wirtschaftssystem inkludiert, weil sie sich des Privatrechtsinstituts des Vertrages bedienen, um eine Transaktion in Geld durchzuführen. Darüber hinaus fehlt jedoch – wie *Teubner* es nennen

2337 *Wielsch*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 125 (142).

2338 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*.

2339 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*.

2340 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 1.

2341 Dieser Umstand spielt in der BGH-Entscheidung keine Erwähnung mehr; siehe aber die Ausführungen zur Beweisaufnahme der Erstinstanz AG Stadroda, Urt. v. 02.03.2018 – 2 C 117/17, Rn. 24 f.

würde – ein produktives Element der Verträge. Die Verträge inkludieren die Personen nicht in ein drittes Funktionssystem der Gesellschaft. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass *Udo Voigt* ausdrücklich aufgrund seiner Parteizugehörigkeit vom Hotel ausgeschlossen worden ist. Denn es geht hier nicht um die Inklusion in das politische System, beispielweise durch Wahlen, den Zugang zu politischen Institutionen oder anderen politischen Teilhabeformen wie Versammlungen o.ä. In beiden Fällen handelt es sich um Freizeitaktivitäten²³⁴², die keinem sozialen Funktionssystem auf der gesellschaftlichen Makroebene zugeordnet werden können. In beiden Fällen betrifft der Vertrag „lediglich“ die Sozialität außerhalb sozialer Funktionssysteme. Es geht bei dem mit der Dienstleitung verbundenen Vertrag nur um den physischen Zugang zu einem Raum, nicht jedoch um eine damit verbundene Inklusion in gesellschaftliche Teilsysteme.

In einem weiteren Aspekt des Konfliktes, nämlich der Normalisierung des Ausschlusses durch private Ordnungen, unterscheiden sich die hier diskutierten Fälle. Der Ausschluss von Politiker*innen, die dem äußersten rechten politischen Spektrum zugeordnet werden können, ist in Bezug auf Hotels und teilweise Gaststätten – zumindest für dem Raum Brandenburg – durch private Ordnung institutionalisiert. Im Wellnesshotelfall ist das Hotel Mitglied im Hotel- und Gaststättenverband Brandenburg, der eine Kooperation mit dem Land Brandenburg eingegangen ist und sich im Zuge dieser Zusammenarbeit gegen Rechtsradikalismus in Deutschland positioniert.²³⁴³ Während dieser Aspekt noch in den instanzgerichtlichen Entscheidungen zumindest thematisiert worden ist, wurde dies in der BGH-Entscheidung im Tatbestand gänzlich invisibilisiert. Eine solche Dimension privater Ordnung, die den Ausschluss vom physischen Raum normalisiert, liegt im Thermenfall nicht vor. Das Hausverbot wurde nicht einmal mit einem Verweis auf eine möglicherweise bestehende Hausordnung erteilt.²³⁴⁴

Wie sollte nun das (Vertrags-)Recht auf diese Konfliktsituationen reponsiv reagieren? Zunächst verdeutlichen beide Fälle die Grenzen des po-

2342 So auch das ausdrückliche Argument bei BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 27; der Sache nach ähnlich BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 22: „Erholung und Entspannung“.

2343 Auch dies spielt in der BGH-Entscheidung keine Rolle mehr; siehe jedoch die Instanzgerichtsentscheidungen LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 22.06.2010, 12 O 17/10; OLG Brandenburg, Urt. v. 18.04.2011, 1 U 4/10.

2344 Vgl. AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 2.

sitiven Nichtdiskriminierungsrechts.²³⁴⁵ Aufgrund seiner Struktur kann das allgemeine zivilrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht mit § 19 Abs. 1 AGG nicht nur Inklusion in die Funktionssysteme der Gesellschaft ermöglichen, sondern auch wie in diesen Fällen den Zugang zu bloßen Räumen oder Dienstleistungen sicherstellen. Das AGG weist jedoch strukturelle Grenzen auf: Es kann nur Ungleichbehandlungen aufgrund der in §§ 1, 19 Abs. 1 AGG enumerativ gelisteten verpönten Anknüpfungskriterien adressieren. Im Thermenfall ist der Ausschluss auf das pöbelnde Verhalten der Frau zurückzuführen, nicht auf ein vom Nichtdiskriminierungsrecht geschütztes Merkmal. Im Wellnesshotelfall könnte man darüber nachdenken, ob das Hausverbot eine ungleiche Behandlung wegen der Weltanschauung iSd § 1 AGG darstellt, weil *Udo Voigt* ausdrücklich aufgrund seiner politischen Parteizugehörigkeit der Zugang verweigert worden ist. Der BGH hat dies abgelehnt²³⁴⁶ und schließt sich damit der vorherrschenden dogmatischen Konzeption des Begriffs der Weltanschauung an, der aber ohnehin nicht in § 19 Abs. 1 AGG aufgenommen wurde²³⁴⁷: Politische Ansichten oder die politische Parteizugehörigkeit fallen grundsätzlich nicht unter diesen Begriff.²³⁴⁸ Das deutsche Nichtdiskriminierungsrecht verzichtete ausdrücklich auf die Einbeziehung von politischen Anschauungen, insbesondere aus der Befürchtung heraus, rechtsradikale Personen und Gruppen könnten sich über das AGG Zugang zu Gebäuden o.ä. verschaffen.²³⁴⁹

Der Wellnesshotelfall hinterlässt vielleicht anders als der Thermenfall das eigene Judiz mit einem unguuten Bauchgefühl: Soll ein Hotelier oder andere Anbieter von Dienstleistungen wirklich ohne Rechtfertigungszwang aufgrund der politischen Anschauung Personen davon ausschließen dürfen? Das ist eine relevante gesellschaftliche Frage, auf die auch das Recht eine Antwort finden sollte. Dogmatisch sollte diese Frage jedoch – weil sie gerade nicht an gesellschaftlichen Strukturen, sondern an einem persönlichen Kriterium anknüpft – nicht am allgemeinen Gleichheitssatz festgemacht werden. Responsiver Anknüpfungspunkt für diese Frage ist hingegen die Frage nach der Horizontalwirkung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

2345 Siehe dazu oben § 4 IV 2 d.

2346 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 9.

2347 Siehe dazu *Mörsdorf*, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 18.

2348 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 130; *Thüsing*, in: MüKo-AGG, § 1 Rn. 36 – 39, 60 – 67; a.A. *Däubler*, NJW 2006, 2608 (2608 f.).

2349 BT-Rechtsausschuss, BT-Drs. 16/2022, S. 13.

allgemein²³⁵⁰ mit dem Merkmal der politischen Anschauung im Besonderen²³⁵¹. Daher ist es äußerst unbefriedigend, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner Wellnesshotel-Entscheidung die Frage nach der Horizontalwirkung des speziellen Gleichheitssatzes der Sache nach offen ließ.²³⁵² Damit wird die gesellschaftliche Wertungsfrage²³⁵³ invisibilisiert, ob unter den gewandelten Wirtschaftssystemstrukturen, in denen Unternehmen – teilweise aufgrund von Kundenerwartungen – auch politische Positionierungen einnehmen²³⁵⁴ und Konsument*innen mit ihren Transaktionen politische Stellung beziehen²³⁵⁵, der politische Meinungskampf auch auf das Wirtschaftssystem ausgedehnt werden soll. Diese Frage ist nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Es zeigt sich hier jedoch, dass nicht nur der allgemeine Gleichheitssatz und das Nichtdiskriminierungsrecht im Privatrecht unterschiedlich konzipiert werden, sondern auch, dass damit

-
- 2350 Grundsätzlich eine Horizontalwirkung bejahen *Baer/Markard*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 415; tendenziell auch *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 3 Rn. 234; im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitssatz ebenfalls *Ruffert*, Vorrang, 2001, S. 177 – 179, der die freiheitsrechtliche Ähnlichkeit der speziellen Diskriminierungskriterien betont; jetzt ebenfalls *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 Rn. 151 – 153, die sich dem Rechtfertigungsmodell *Grünbergers* anschließt und die Reichweite der Gleichbehandlungsgebote im Privatrechtsverkehr kontextspezifisch bestimmen möchte. Tendenziell verneinend hingegen *Kischel*, in: BeckOK-GG, Art. 3 Rn. 210; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 – 87.
- 2351 Nach den unterschiedlichen Kategorien differenziert beispielsweise *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 151 und verneint eine Privatrechtswirkung bezüglich politischer Anschauungen.
- 2352 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 9 – 11; dies bemängeln zurecht *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104 (1107); weiter offengelassen von BVerfG, Beschl. v. 02.02.2023, 1 BvR 187/21, Rn. 8.
- 2353 Zurecht weisen daher *Grünberger/Washington*, JZ 2019, 1104 (1107) auf die genuin politische Natur dieser Rechtsfrage hin: „Es geht also insgesamt darum, ob und wie das Privatrecht einen genuin politischen Konflikt und seine wirtschaftlichen Auswirkungen bewältigen kann.“
- 2354 Dazu ausführlich *Thams*, in: Kemming/Rommerskirchen (Hrsg.), Marken als politische Akteure, 2019, S. 175; deutlich *Bohnen*, ZPB 2015, 55 (57): „Die politische Dimension der Marke eines Unternehmens wird demnach immer wichtiger. Nur wer als glaubwürdiger, kreativer und schlagkräftiger Akteur wahrgenommen wird, kann nachhaltige politische Beiträge leisten. Diese Positionierung wird Teil des Geschäftsmodells und der Unternehmenskultur – und damit der Markenbildung.“
- 2355 Siehe zu politischer Artikulation durch politischen Konsum *Baringhorst*, Forschungsjournal Soziale Bewegungen, 2015, 17; ein systematisierendes Modell verschiedener Erscheinungsformen entwickelt *Fischer*, in: Hellmann/Klein/Baule (Hrsg.), Verbraucherpolitik von unten, 2020, S. 69.

jeweils unterschiedliche soziale Konflikte verbunden sind, die es analytisch wie normativ auseinander zu halten gilt.

Wendet man auf diese beiden Fälle den hier vorgeschlagenen Tatbestand des allgemeinen Gleichheitssatzes von sozialer Inklusion an, so fallen sie nicht unter den Tatbestand. Weder im Wellnesshotelfall noch im Thermenfall geht es um die soziale Einbindung in gesellschaftliche Makrostrukturen wie soziale Funktionssysteme oder die Öffentlichkeit. Der Tatbestand der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG wurde auf der Grundlage einer gesellschaftstheoretischen Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierte Gesellschaft entwickelt. Die Differenzierung – also die Frage, welche Fälle darunterfallen – beim Horizontalwirkungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG anhand des Kriteriums, ob es in einer privatrechtlichen Konstellation um soziale Inklusion in gesellschaftliche Funktionssysteme geht, folgt damit einer strikt gesellschaftsstrukturbezogenen Konzeption. Diese struktur-funktionale Beschreibung betont, dass sich Sozialität in der modernen funktional differenzierten Gesellschaft primär und hauptsächlich in sozialen Funktionssystemen vollzieht bzw. andere soziale Systeme maßgeblich durch die Funktionssysteme auf der Makroebene geprägt werden.²³⁵⁶ Aus der eigennormativen Perspektive des Rechts wurde auf grundrechtstheoretischer und grundrechtsdogmatischer Ebene begründet, dass die Teilhabedimension der Grundrechte Phänomene adressiert, in denen andere Personen zur Ausübung von Sozialität auf andere Personen oder gesellschaftliche Strukturen angewiesen sind. Wenn also Sozialität (nahezu) ausschließlich innerhalb der sozialen Funktionssysteme möglich ist und die Teilhabedimension auf die Ermöglichung von Sozialität gerichtet ist, kann das Recht eine eigennormative Wertung bilden: Die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes sollte primär nach gesellschaftlichen Strukturen, nicht nach individuellen Bedürfnissen differenzieren. Der Tatbestand der sozialen Inklusion filtert damit die Fälle für das Recht heraus, in denen es um die Berücksichtigung und Einbindung von Personen von und in soziale Funktionssysteme geht. Das ist nach hier vertretener Konzeption die maßgebliche Differenzierungslinie für den Horizontalwirkungstatbestand von Art. 3 Abs. 1 GG. Nur in solchen Fällen geht es um den auf Teilhabe gerichteten Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes. Der Sache nach zeigt sich diese Wertung

2356 Vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 813 – 847 zur Beziehung von Interaktions- und Organisationssystemen zu sozialen Funktionssystemen.

auch in den Folgeentscheidungen zum Stadionverbotsbeschluss, wenn sie die „Bedeutung für das gesellschaftliche Leben“ verneinen.²³⁵⁷

Mit einer solchen Konzeption tappt der Privatrechtswirkungstatbestand jedoch in eine Falle: Er läuft Gefahr, bestimmte Konflikte auf der Mikro- oder Mesoebene zu übersehen. Der Thermenfall zeigt dies in aller Deutlichkeit: Hier geht es um eine lokale soziale Gruppe von Frauen und Männern, die regelmäßig in einer Thermen- und Saunalandschaft zusammenkommen, um hier Sozialität – also gesellschaftliches Zusammenleben mit anderen Menschen – auszuleben. Das mag man auf der Sachverhaltsebene als „Provinzposse“ abtun.²³⁵⁸ Eine umweltsensible Rechtswissenschaft kann jedoch tiefer bohren: Der Fall spielt in Ostdeutschland. In der ehemaligen DDR war die Freikörperkultur eine der zentralen Vergnügungsaktivitäten und damit zentraler Bestandteil dieser Gesellschaft.²³⁵⁹ Unter der Annahme, dass Nacktheit immer noch eine zentrale Rolle für das Selbstverständnis vieler Menschen – auch und gerade in der Gruppe – hat, könnte man davon sprechen, dass hier die Therme konstitutive Bedeutung für die im Thermenfall betroffene soziale Gruppe hat. Es geht also zentral um soziale Gruppenbildung. Um eine solche Gruppenbildung ging es auch im Stadionverbotsfall. Zwar spielte auch die Exklusion aus dem Sportsystem eine Rolle; diese ist jedoch nur untergeordnet. Zentrale Exklusionswirkung der Stadionverbote war die Gefahr des Herausbrechens aus der sozialen Gruppe, die maßgeblich für die Sozialität der einzelnen Ultramitglieder ist. Die soziale Teilhabedimension in der Ultragruppe ist mit derjenigen der Thermengruppe vergleichbar. Der Unterschied – aus differenzierungstheoretischer Perspektive – besteht lediglich darin, dass die Ultragruppen an sozial-historisch gewachsene Gesellschaftsstrukturen, nämlich an das Sportsystem, anknüpfen können, während ein solcher Bezug für die Sauna-Gruppe nicht besteht. Kann dieser Unterschied für die Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG ausschlaggebend sein?

Um diese Frage zu beantworten, stehen einer responsiven Rechtswissenschaft zwei Optionen offen: Eine erste Reaktion könnte darin bestehen,

2357 BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 22: „Soweit die Revision darauf abstellt, dass eine Therme auch ein Ort der Kommunikation und somit des gesellschaftlichen Lebens ist, mag dies zwar eine mögliche Nutzung durch die Gäste darstellen. Die Kommunikation unter den Gästen gibt einer Therme aber nicht ihr Gepräge.“; BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12 – *Wellnesshotel*, Rn. 8, jedoch ohne konkrete Begründung.

2358 So K. Schmidt, JuS 2021, 979 (981).

2359 Vgl. dazu Thormann, in: Häußler/Merkel (Hrsg.), Vergnügen in der DDR, S. 385.

die Umwelt des Rechts nach weiteren Sozialtheorien abzusuchen und abzuklopfen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die zunächst herangezogene Sozialtheorie nicht genügend Wissen für das Recht bereitgestellt hat, um einen vergleichbaren Konflikt adäquat zu beschreiben. Daher müssen andere Wissensquellen gesucht werden, damit das Recht weiterhin irritiert werden kann. Hier könnte die Rechtswissenschaft auf jüngste Forschungsansätze in den Sozialwissenschaften zurückgreifen, die in den letzten Jahren eine vermehrte Bedeutung von Gruppen als soziale Systeme betonen²³⁶⁰ – gerade auch im digitalen Kontext.²³⁶¹

Problematisch daran ist, dass hier – anders als bei dem hier in dieser Arbeit herangezogenen differenzierungstheoretischen Begriff der sozialen Inklusion – noch keine gesicherten Erkenntnisse bzw. fest etablierten Beschreibungsmuster auszumachen sind. Und hier hört die Kompetenz soziologischer Jurisprudenz auf: Sie muss, soll und darf keine genuine Sozialwissenschaft betreiben. Sie rezipiert Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften, agiert jedoch nicht innerhalb dieser anderen Teilsysteme der Wissenschaft als Leistungsrollenträger. Für genuine sozialwissenschaftliche Forschung innerhalb dieser anderen Wissenschaftsdisziplinen fehlen ihr Wissen, Erfahrung und Sozialisation.

Aber nach hier vertretener Konzeption soziologischer Jurisprudenz muss sich die Rechtswissenschaft an dieser Stelle auch nicht zwingend nach weiteren Sozialtheorien umschaun. Denn sie hat bereits erfolgreich eine Sozialtheorie rezipiert und in eigennormative Begriffe des Rechts übersetzt. Ist dieser Schritt getan, verselbstständigt sich der durch die Irritation responsiv erzeugte Begriff und kann sich von seinem ursprünglichen sozialwissenschaftlichen Kontext lösen. Das bedeutet, dass mit dem Tatbestand sozialer Inklusion zwar in einem ersten Schritt der Begriff der Teilhabedimension von Art. 3 Abs. 1 GG in Rückgriff auf die differenzierungstheoretische Beschreibung von Inklusionsverhältnissen in der modernen Gesellschaft konkretisiert worden ist. Hier stimmen also die Fälle, die die Differenzierungstheorien mit sozialer Inklusion beschreiben mit den Fällen überein, in der juristisch die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes auch in das Privatrecht hineinwirkt. Aber das Recht agiert nach seinen

2360 Siehe zu modernen Iterationen der Gruppensoziologie im Kontext sozialer Differenzierung Preyer, Rolle, Status, Erwartungen und soziale Gruppe, 2012, S. 95 – 145; Kühl, KZfSS 2021, 25.

2361 Donges, in: Eisenegger et al. (Hrsg.), Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 121.

eigenen normativen Maßstäben; die differenzierungstheoretische Beschreibung ist für die Interpretation von Art. 3 Abs. 1 GG nicht verbindlich. Wenn die Teilhabedimension darauf abstellt, dass in modernen Gesellschaften Menschen voneinander abhängig sind, um ihre Freiheit und ihre Sozialität auszuleben, dann ist das der normative Ankerpunkt, von dem aus die Fälle bestimmt werden, die für Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht relevant sind. Identifiziert das Recht damit Fälle, die vom individuellen Konflikt – und darauf kommt es gerade dem Privatrecht an – mit den Fällen sozialer Inklusion (aus differenzierungstheoretischer Sicht) vergleichbar sind, kann die Teilhabedimension auch auf diese Fälle erstreckt werden. Damit löst sich der grundrechtliche Begriff der Teilhabedimension vom sozialwissenschaftlichen Begriff der sozialen Inklusion ab, auch wenn dieser jenen zuvor produktiv irritieren konnte. Damit schlage ich vor, dass die Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes weiterhin durch den Grundtatbestand sozialer Inklusion ausgelöst werden sollte. Soziale Inklusion sollte dabei jedoch weit verstanden werden: Der Begriff umfasst auch solche Teilhabekonstellationen, in denen Sozialität mit stark überwiegendem Gruppenbezug ausgelebt wird.²³⁶² Damit entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG auch im Thermenfall Horizontalwirkung. Auch hier fungiert der allgemeine Gleichheitssatz als Zugangsregel im Vertragsrecht.

Damit wird im Ergebnis die in dieser Untersuchung stark betonte kollektive Dimension der Grundrechte wieder an ihren Ausgangspunkt zurückgeführt – zur Freiheitsausübung einzelner Menschen. Beobachtet das Recht in der Zukunft eine weitere Individualisierung von Sozialität, die sich immer weiter von den klassischen Rollenzuschreibungen sozialer Funktionssysteme entfernt, muss das Recht zumindest darüber nachdenken, auch neue, amorphe Formen von Sozialität, sozialer Inklusion und sozialer Teilhabe zu verarbeiten. Eine Beruhigungspille für alle, die bei einer solchen Ausweitung der Gleichbehandlungspflichten erneut die Totenglocke der Privatautonomie läuten²³⁶³ hören: Weitet man Art. 3 Abs. 1 GG auch auf Fälle wie den Thermenfall aus, muss der Thermenbetreiber lediglich einen Sachgrund vorbringen, der möglicherweise auch erst in einem späteren Gerichtsverfahren vorgetragen werden muss. Nach dem hier vorgestellten Modell wird die Verfahrens- und Organisationsdimension erst bei einer

2362 Ansatzweise zu einem gruppenbezogenen Verständnis von Grundrechten Häberle, Die Wesensgehaltgarantie, 1983, S. 376 – 382: korporative Grundrechtsdimension.

2363 So der Titel von *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 11.

Institutionalisierung bzw. Normalisierung der Exklusion relevant, was beispielsweise bei einer einfachen Hausordnung nicht vorliegt. Darüber hinaus lehrt uns der Thermenfall eine weitere Lektion: Es ist ja nicht so, dass bei einem solchen Verständnis plötzlich die Vielzahl solcher Fälle im Ergebnis anders gelöst werden müssten. Den Betreibern von „sozialen Infrastrukturen“ sind in der sozialen Realität die Gruppenbedürfnisse regelmäßig egal, was völlig in Ordnung ist. Ihnen geht es primär darum, eine zahlungswillige Stammkundschaft zu haben. In den meisten Fällen, in denen Personen ausgeschlossen werden, liegen doch aber tatsächlich Gründe vor, die im Ergebnis für den Ausschluss sprechen: Im Thermenfall haben sich im Vorfeld des Hausverbots andere Gäste mehrfach über das Verhalten der Frau innerhalb der Therme und speziell in der Sauna beschwert.²³⁶⁴ Zudem hat die Thermenbetreiberin an dem Tag, an dem das Hausverbot ausgesprochen worden ist, eine Aussprache gesucht.²³⁶⁵ Damit spricht vieles dafür, dass der Ausschluss als quasi als letztes Mittel herangezogen worden ist.

Dagegen könnte man einwenden, was denn so eine Erweiterung der Privatrechtswirkung von Art. 3 Abs. 1 GG solle, wenn doch ohnehin die Ergebnisse gleich oder zumindest ähnlich ausfallen. Das mag richtig sein. Aber worum es einem responsiven Recht geht, ist, dass wiederkehrende soziale Konflikte im Recht selbst abbildbar, und dadurch erst rechtsintern verhandelbar, gemacht werden. Einer Haus- und Vertragsrechtskonzeption, die immer wieder formale Privatautonomie predigt, entgeht genau dieser Konflikt. Er wird invisibilisiert, weil die Hausrechtsinhaber*in bzw. die Anbieter*in der Dienstleistung ohnehin alle Personen willkürlich ausschließen kann. Der Umstand, dass zumindest im Gerichtsverfahren, also in dem Moment, in dem der Fall der Gesellschaft zu einem Fall des Rechts wird, ein Sachgrund vorliegen muss, erlaubt eine bessere rechtlich Rekonstruktion des sozialen Konfliktes.

2364 AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 12; vgl. auch Rn. 2: „das Maß sei eigentlich bereits seit 2014 voll“.

2365 Vgl. AG Stadtroda, Urt. v. 02.03.2018, 2 C 117/17, Rn. 5 (allerdings war zu dem Zeitpunkt das Hausverbot bereits schriftlich vorbereitet).

