

Erster Teil: Transversalität I – Inklusion

§ 2 Stadionverbot und Vertragsrecht

Der Stadionverbotsfall – und andere hier diskutierte Fälle der Gesellschaft – weist neben einer hausrechtlichen Ebene zumindest auch eine vertragliche Komponente auf (I.). Dies bildet den Ausgangspunkt, um den Vertrag auf rechtstheoretischer Ebene sowohl als rechtliches Institut als auch als soziale Institution zu konzipieren. Das institutionelle Rechtsdenken bildet den geeigneten Anknüpfungspunkt, um außerrechtliches Wissen in das Recht zu überführen (II.). Eng mit der Konzeption des Vertrages als Institut bzw. Institution verknüpft ist die Beschreibung bzw. Analyse mittels Funktionen (III.). Dabei unterliegen die Vertragsfunktionen einem historischen Wandel, da sie abhängig von der jeweiligen Sozialstruktur der Gesellschaft sind (IV.). Eine Analyse der heutigen Vertragsfunktionen für die Gesellschaft bedarf daher einer modernen Konzeption der Gesellschaft, wofür sich der soziologische Begriff der sozialen Differenzierung eignet. Dabei soll auch gezeigt werden, dass ein modernes Verständnis von Institutionen die theoretische Brücke zu heutigen system- bzw. differenzierungstheoretischen Konzeptionen des Vertrages schlagen kann. Der Vertrag in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft kann dann als sozial multilaterales Rechtsinstitut beschrieben werden (V.).

I. Vertragliche Dimension des Stadionverbots

Ziel dieser Arbeit ist es, einen rechtstheoretischen Zugriff auf die Fälle der Gesellschaft zu erhalten, um den sozialen Konflikt, der ihnen zugrunde liegt, sichtbar und beschreibbar zu machen.¹⁶⁴ Dazu wählt diese Untersuchung das institutionelle Rechtsdenken. Eine Funktionsanalyse eines

164 Siehe oben § 1 II, III.

Grundinstituts des Privatrechts kann auf rechtstheoretischer Ebene Wissen aus anderen Sozialsystemen überführen. Grundinstitute des Privatrechts sind beispielsweise die Person, der Vertrag, das Eigentum oder das Delikt.¹⁶⁵ Betrachtet man den Stadionverbotsfall aus der Perspektive dieser Grundinstitute, ist allerdings nicht von vornherein klar, welches Institut im Fall des Stadionverbots – oder in anderen hier behandelten Fällen der Gesellschaft – den Schwerpunkt des sozialen Konflikts bildet und damit den rechtstheoretischen Ausgangspunkt einer Analyse bilden sollte. Da Stadionverbote rechtsdogmatisch Hausverbote sind, und damit einen Teil des Hausrechts bilden, liegt ein Zugang über das Eigentum bzw. den (berechtigten) Besitz nahe (1.). Im Stadionverbotsfall und auch in anderen Fällen der Gesellschaft ist jedoch das Hausrecht vertraglich überprägt, sodass hier die These entwickelt werden soll, dass der Vertrag den Schwerpunkt einer institutionellen Analyse bilden sollte (2.).

1. Das Hausrecht als Ausgangspunkt

Der Bundesgerichtshof und daran anknüpfend das Bundesverfassungsgericht lösen den sozialen Konflikt, der durch die Stadionverbote ausgelöst wird, über das Hausrecht.¹⁶⁶ In der Literatur ist dabei bis heute umstritten, in welchen privatrechtlichen Grundinstituten das Hausrecht dogmatisch verankert ist.¹⁶⁷ Einige sehen die Besitzschutzvorschriften alleine als Grundlage des Hausrechts an.¹⁶⁸ Andere sehen dagegen allein die eigentumsrechtlichen Vorschriften als relevant an.¹⁶⁹ Die Rechtsprechung – und mit ihr die herrschende Meinung – verortet das Hausrecht hingegen sowohl im Besitz als auch im Eigentum.¹⁷⁰ Das Hausrecht ist dabei ein besitz-

165 Ausführlich zum institutionellen Rechtsdenken und zur Konzeption des Vertrages als Institut und Institution siehe unten § 2 II.

166 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 16; BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 36.

167 Zum Streitstand siehe von *Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 45 – 75.

168 So insbesondere *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 9 Rn. 14; die übergeordnete praktische Relevanz des Besitzschutzes gegenüber den eigentumsrechtlichen Ansprüchen betont *Hofmann*, JURA 2014, 141 (148).

169 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.1; die Bedeutung des Eigentums gegenüber dem Besitz betont *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 112 f.

170 *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 53; *Raff*, in: MüKo-BGB, § 1004 Rn. 25 f.; *Baldus*, JZ 2016, 449 (452).

und eigentumsrechtliches raumbezogenes Rechtsinstitut.¹⁷¹ Diese dogmatische Frage weist zunächst wenig Relevanz für diese Untersuchung auf. Das viel größere dogmatische Problem liegt in der Frage, ob das Hausrecht ein von den bürgerlich-rechtlichen Besitz- und Eigentumsschutznormen ausdifferenziertes Rechtsinstitut mit eigenständigem Aussagegehalt oder ein bloß dogmatisch-ordnender Begriff ist. Darauf wirken sich die dogmatischen Vorverständnisse des Hausrechts erheblich aus. Da sich diese Frage primär auf die Einschränkungen der Hausrechtsbefugnisse auswirkt, soll sie dort behandelt werden.¹⁷²

a. Ausprägungen des Hausrechts

Das Stadionverbot ist rechtsdogmatisch betrachtet die Aussprache eines Hausverbots, wobei das Hausverbot eine privatautonome Ausübung des Hausrechts ist.¹⁷³ Zivilrechtliche Grundlage des Stadionverbots ist also das Hausrecht, wobei sich das Hausverbot auf ein Stadion oder, im Falle eines bundesweiten Stadionverbots, mehrere Stadien bezieht.¹⁷⁴ Dabei umschreibt das Hausrecht insbesondere die Befugnisse, die § 903 BGB einem Eigentümer zuweist: Es umfasst auch die Entscheidung, welche anderen Personen das eigene Grundstück o.ä. betreten dürfen bzw. an welche Vorgaben sie sich halten müssen.¹⁷⁵ Dazu kann die Hausrechtsinhaber*in eine Hausordnung aufstellen, in der diese Vorgaben festgehalten werden.¹⁷⁶ Diese Hausordnung wird im Kontext von Fußballstadien auch Stadionordnung genannt.¹⁷⁷ Die Inhaber*in des Hausrechts kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, wem sie Zutritt zu dem Ort gestattet; dies schließt das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhal-

171 Zu den historischen Ursprüngen und zu unserem heutigen raumbezogenen Begriffsverständnis von *Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 25 – 44.

172 Siehe dazu unten § 2 I 2.

173 *Breucker*, JR 2005, 133 (133); *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 40, 71 f.; prozessual zum Feststellungsinteresse bei Hausverboten siehe BGH, Urt. v. 17.06.2016, V ZR 272/15.

174 *Breucker*, JR 2005, 133 (133); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (196).

175 *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 112.

176 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 119 f.

177 Vgl. *Holzhäuser/Karlin*, in: *Stopper/Lentze* (Hrsg.), Handbuch Fußball-Recht, 2018, S. 1141 (Rn. 59); *Becker*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell* (Hrsg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 2016, S 16 Rn. 354.

tung dieser Zwecke mittels Hausverbot durchzusetzen.¹⁷⁸ Das Hausrecht als besitz- und eigentumsrechtliches Ausschließungsrecht ist damit eine Ausprägung des Besitzes und des Eigentums als individuelles Herrschaftsrecht:¹⁷⁹ Da Besitz und Eigentum einer Person exklusiv zugeordnet werden, kann diese Person privatautonom darüber entscheiden, für welche Zwecke das Grundstück genutzt werden soll und welche Dritte Zugang dazu erhalten.

b. Beschränkungen des Hausrechts

Die privatautonome Ausschließungsbefugnis hat jedoch vielfältige Beschränkungen erfahren. Welchen Einschränkungen eine Hausrechtsinhaber*in in diesem Sinne unterliegt, hängt maßgeblich von der dogmatischen Konzeption des Hausrechts ab. Darüber ist in der jüngeren Vergangenheit, teilweise ausgelöst durch einige der oben angesprochenen Fälle der Gesellschaft, wieder Streit ausgebrochen.¹⁸⁰ Geht man von der Konzeption des BGB aus, ist dort das Hausrecht nicht unmittelbar verankert. Auf diesen Befund stützt sich ein Diskursstrang, der im Hausrecht kein Rechtsinstitut mit einem eigenständigen normativen Aussagegehalt sieht: Dem Hausrecht könne kein eigenständiger dogmatischer Gehalt beigemessen werden, sondern es sei lediglich eine Umschreibung der Gesamtheit von Befugnissen, die der Hausrechtsinhaber*in aufgrund des Eigentums- bzw. Besitzrechts

178 St. Rspr. beginnend bei BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 7; dann weiter BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 11; weiter BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 8 (dort mit dem Hinweis auf die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG und die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie); diese Rechtsprechungslinie ist jedoch schon älter wie BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt* = BGHZ 124, 39 sowie BGH, Urt. v. 13.07.1979, I ZR 138/77 – *Apotheke* = BGH, NJW 1980, 700 zeigen; zusammenfassend *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 53.

179 Vgl. dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 24 Rn. 5; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 91 – 119; *Wielsch*, ZRSoz 2018, 304 (310 – 315).

180 *Schulze*, JZ 2015, 381; dagegen die Erwiderung von *Baldus*, JZ 2016, 449; diesen Streit als ausdrücklichen Ausgangspunkt seiner Monographie nimmt *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 20 f. Die Deutlichkeit mit der dieser Streit geführt wird, zeigt sich u.a. darin, dass bei *von Bressendorf* das Hausrecht mit Anführungszeichen versehen wird, und dass vereinzelte Kommentierungen auf eine gesonderte Bearbeitung des „Hausrechts“ ausdrücklich verzichten, so z.B. bei *Thole*, in: Staudinger BGB, 2019, § 1004 Rn. 66.

zukommen.¹⁸¹ Das Hausrecht sei damit ein lediglich typologisch-ordnender Begriff.¹⁸² Nach dieser Konzeption sei das Hausrecht nicht mehr oder etwas anderes als seine Grundlagen, also für das private Hausrecht die aus Eigentum oder berechtigtem Besitz resultierenden Ansprüche. In aller Deutlichkeit: „Es gibt *kein* Hausrecht als eigenständiges Institut, sondern nur Befugnisse, die aus anderen, typischer-, aber nicht notwendigerweise sachenrechtlichen Positionen fließen.“¹⁸³

Die Rechtmäßigkeit eines Hausverbots – oder anders: die rechtlich zulässigen Möglichkeiten der Hausrechtsinhaber*in, eine Person von ihrem Grundstück auszuschließen – richten sich dann dogmatisch nach den Tatbestandsvoraussetzungen der sachenrechtlichen Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 1004 Abs.1 BGB und § 862 Abs.1 BGB. Für den petitorischen Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs.1 BGB heißt das, dass derjenige, der sich gegen den Willen des Eigentümers auf dessen Grundstück aufhält, fremdes Eigentum beeinträchtigt. Solange der Eigentümer keiner Duldungspflicht nach § 1004 Abs.2 BGB unterliegt, kann er die Person von seinem Grundstück verweisen.¹⁸⁴ Dies gilt vergleichbar für § 862 Abs.1 BGB, jedoch mit dem wichtigen Unterschied, dass beim possessorischen Anspruch keine Duldungspflichten berücksichtigt werden; eine ggf. zunächst erteilte Einwilligung kann frei widerrufen werden.¹⁸⁵

Die Rechtsprechung des BGH unterscheidet bei der Rechtmäßigkeit eines Hausverbots nicht zwischen diesen Anspruchsgrundlagen.¹⁸⁶ Vielmehr definiert sie das Hausrecht nicht klar und behandelt es methodisch wie ein eigenständiges nicht kodifiziertes Recht(sinstitut).¹⁸⁷ Der BGH entwickelte in seiner Rechtsprechungslinie¹⁸⁸ zum Hausrecht seine Beschränkungen als eigenständige dogmatische Kategorie heraus. Dabei wurden bereits im Fall

181 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83 f.; *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146); *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (196).

182 So die zentrale These bei *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 65 – 76.

183 *Raff*, in: MüKo-BGB, § 1004 Rn. 26 (Hervorhebung im Original).

184 *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83 – 83.2.

185 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146 – 148); so auch das zentrale Argument von *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 2009, § 9 Rn. 14 für das Hausrecht als Besitzinstitut; *Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 858 Rn. 7: Vertragliche Zusagen entfalten keine Bindungswirkung.

186 Siehe dazu die Nachweise in den nachfolgenden Fußnoten sowie oben Fn. 178.

187 *Hofmann*, JURA 2014, 141 (142, 146); *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 145; *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (722).

188 Einen Überblick über die vielfältigen Fälle, die das Hausrecht betreffen und die dogmatische Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH gibt *Schulze*, JZ 2015, 381 (383 f.).

Fraport drei Kategorien der Einschränkung entwickelt: (1.) Einschränkung durch den öffentlich-rechtlich vorgegebenen Kontrahierungszwang (hier: für Verkehrsflughäfen)¹⁸⁹, (2.) Einschränkung durch den Topos der Öffnung für die Allgemeinheit¹⁹⁰ sowie (3.) Einschränkungen durch Grundrechte¹⁹¹. Durch die Wellnesshotelentscheidung kamen dann noch (4.) Einschränkungen durch das AGG¹⁹² sowie (5.) vertragliche Bindungen¹⁹³ hinzu. Diese von der Rechtsprechung entwickelten Kategorien hat die Kommentarliteratur weitgehend nachgezeichnet und übernommen.¹⁹⁴

Vergleicht man beide Konzeptionen miteinander, so ergeben sich zwischen der Konzeption eines eigenständigen Rechtsinstituts und den Tatbestandsvoraussetzungen von § 1004 Abs. 1 BGB grundsätzlich¹⁹⁵ keine Unterschiede: Alle von der Rechtsprechung angeführten Beschränkungen der privatautonomen Ausschließungsbefugnis können dogmatisch als Duldungspflichten nach § 1004 Abs. 2 BGB re-formuliert werden.¹⁹⁶ Unterschiede bestehen jedoch hinsichtlich der possessorischen Besitzschutzansprüche, da diese grundsätzlich keine Duldungspflichten kennen.¹⁹⁷ Dieser Unterschied und die dahinterstehenden Wertungen zeigen sich deutlich, wenn man sich die – faktisch wie rechtlich – vertragliche Überprägung des Hausrechts vergegenwärtigt.

189 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8.

190 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 8 unter Verweis auf BGH, Urt. v. 03.11.1993, VIII ZR 106/93 – *Supermarkt* = BGHZ 124, 39.

191 BGH, Urt. v. 20.01.2006, V ZR 134/05 – *Fraport*, Rn. 11 – 22 (dort: Art. 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GG).

192 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 9.

193 So in BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 10 – 18; vgl. dort auch die deutliche Unterscheidung zwischen vertraglichen Einschränkungen (Rn. 20) und „sonstigen Gründen“ (Rn. 21 f.).

194 Überblick bei *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 34 – 58 und *Lakkis*, in: BeckOGK-BGB, § 903 Rn. 124 – 214; kritisch dazu *von Bressendorf*, *Das private „Hausrecht“*, 2020, S. 141 – 210; nur Teile davon greifen *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (722 – 725) auf.

195 Allerdings ist die Konzeption eines eigenständigen Rechtsinstituts eher dafür geeignet, Konkretisierungen durch Rechtsfortbildung zu etablieren, die so im Gesetzestext nicht angelegt sind, was die Konzeption der Rechtsprechung erklären könnte.

196 Im Kontext der Stadionverbote *Breucker*, JR 2015, 133 (135 f.).

197 *Gutzeit*, in: Staudinger BGB, 2018, § 862 Rn. 2, der dort auch darauf hinweist, dass die notstands- und nachbarschaftsrechtlichen Duldungspflichten teilweise auch auf den possessorischen Besitzschutz ausgedehnt werden. Eine solche Ausweitung fehlt für hausrechtliche Kontexte.

2. Vertragliche Überprägung des Hausrechts bei kommerzieller Nutzung

Das Hausrecht – unabhängig davon, welcher dogmatischen Konzeption man folgen mag – wird in der sozialen Realität mehr und mehr durch Verträge überprägt, was sich auch in der Dogmatik des Hausrechts widerspiegelt. Diese Überprägung lässt sich besonders deutlich am Beispiel der Stadionverbote veranschaulichen und offenbart die vertragliche wie vertragsrechtliche Dimension¹⁹⁸ des Stadionverbotsfalls.

Um befugten Zugang zu einem Stadion zu erhalten, um also Zugang zum Grundstück zu erlangen, muss man in der Regel ein Ticket erwerben. „Kauf“ man sich ein Ticket für ein Fußballspiel, ist dies ein Werkvertrag nach § 631 BGB zwischen dem Veranstalter und dem Ticketerwerber. Geschuldetes Werk ist der Zutritt zum Stadion, ggf. die Sitzplatzzuweisung (wobei die Gebrauchsgewährung des Sitzplatzes, § 535 BGB, nur unselbstständiger Teil der werkvertraglichen Leistung ist) und die Durchführung des Fußballspiels.¹⁹⁹ Typologisch handelt es sich um einen Zuschauervertrag.²⁰⁰ Die Tickets sind als Wertpapiere zu qualifizieren: Unpersonalisierte Tickets sind Inhaberpapiere, während personalisierte Tickets, insbesondere in elektronischer Form, als Namenspapiere eingeordnet werden.²⁰¹ Die Bedeutung des Zuschauervertrages wird im Stadionverbotsfall dadurch deutlich, dass der klagende Fan im Stadionverbotsfall u.a. deshalb seine Klage im Berufungsverfahren weiterverfolgt hat, weil er seine Dauerkarten zurückerlangen wollte, während sich das Stadionverbot als Hausverbot bereits durch Zeitablauf erledigt hatte.²⁰²

Darüber hinaus werden regelmäßig die Verhaltensregeln für Zuschauer*innen nicht nur in einer Stadionordnung (Hausordnung als Ausprägung des Hausrechts) festgehalten, sondern in der Praxis werden auch die wichtigsten Verhaltensregeln für Zuschauer*innen im Stadion, die grundsätz-

198 Eine vertragliche bzw. schuldrechtliche Komponente in den Hausrechtsfällen identifiziert auch *Hofmann*, JURA 2014, 141 (141); diesen Umstand verkennt *Bauermeister*, in: Köhler/Korch (Hrsg.), *Schwärme im Recht*, 2022, S. 51 (71), die deshalb die Fälle *Stadionverbot* und *Facebook* für nicht vergleichbar hält.

199 *Holzhäuser/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Hrsg.), *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 1141 (Rn. 22); AG Frankfurt a.M., Urt. v. 20.04.2006 – 31 C 3120/05.

200 Zum Zuschauervertrag *Schulze*, JURA 2011, 481.

201 Ausführlich dazu *Holzhäuser/Karlin*, in: Stopper/Lentze (Hrsg.), *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 1141 (Rn. 23 – 32); *Breucker*, JR 2015, 133 (137); siehe auch für Eintrittskarten für eine Therme BGH, Urt. v. 29.05.2020, V ZR 275/18 – *Therme*, Rn. 9 – 12.

202 Vgl. BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 6.

lich auch in der jeweiligen Stadionordnung bzw. in anderen Regelungen, wie z.B. den Stadionverbotsrichtlinien (SVRL), festgelegt werden, in den Ticket-AGB geregelt.²⁰³ „Typischerweise werden daher die bedeutendsten ordnungs- und sicherheitsrelevanten Regelungen, zu deren Einhaltung die Vereine teilweise auch verbandsrechtlich gemäß den DFB-Richtlinien zur Verbesserung der Sicherheit bei Bundesspielen (insbesondere §§ 17 ff. der Richtlinie) verpflichtet sind, durch eine Inkorporation in die AGB in das Vertragsverhältnis zwischen Veranstalter und Kunden mit einbezogen.“²⁰⁴ Regelmäßig werden auch dezidierte Regelungen zum Zutrittsrecht getroffen und ein beispielhafter Katalog von Verhaltensanforderungen sowie die unmittelbaren und mittelbaren Sanktionen (worunter auch Stadionverbote fallen) aufgeführt.²⁰⁵ Insbesondere bei Dauerkarten (Dauerschuldverhältnis) wird in der Praxis ausdrücklich geregelt, dass die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 Abs.1 BGB für beiden Seiten stets zulässig ist; für den Verein werden dabei besonders wichtige Kündigungsgründe definiert, insbesondere auch in Fällen von Stadionverboten.²⁰⁶ Zieht man beispielsweise die ATGB²⁰⁷ des MSV Duisburg heran, so wurde dies „mustergültig“ umgesetzt: In 10.7 der ATGB werden spezielle Verhaltensregeln für Zuschauer*innen („ungebührliches Verhalten“) festgelegt und in 10.10 der ATGB werden örtliche und bundesweite Stadionverbote als mögliche Sanktionen – auch mit Verweis auf die SVRL – genannt. In 3.2 der ATGB des MSV Duisburg ist der wichtige Grund für eine Kündigung dahingehend konkretisiert, dass dieser insbesondere dann vorliegt, wenn der MSV dazu berechtigt ist, ein Stadionverbot nach 10.10 der ATGB auszusprechen.

Diese vertraglichen Dimensionen werden auch in der Dogmatik des Hausrechts aufgegriffen. Dies zeigt sich zunächst bei den vertraglichen Einschränkungen des Hausrechts: Wird der Zugang zu einem Grundstück aufgrund eines Vertrages gewährt und wird ein solcher Vertrag – beispielsweise ein Zuschauervertrag bei Fußballstadien oder ein Beherbergungsvertrag

203 Zum dogmatischen Verhältnis von ATGB zur Stadionordnung siehe *Becker*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG, Veranstaltungsrecht* (S 16), Rn. 354 – 354c.

204 *Holzhäuser/Karlin*, in: *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 1141 (Rn. 59).

205 Siehe *Holzhäuser/Karlin*, in: *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 1141 (Rn. 59a), die ausdrücklich empfehlen, die Regelungen zu Stadionverboten mit Bezug zu den SVRL in den Ticket-AGB zu regeln.

206 *Holzhäuser/Karlin*, in: *Handbuch Fußball-Recht*, 2018, S. 1141 (Rn. 62b).

207 ATGB Stand Mai 2021, online abrufbar unter <https://www.msv-duisburg.de/aktuelle/tickets/atgb/>.

bei einem (Wellness-)Hotel – geschlossen, so beschränkt die Rechtsprechung grundsätzlich die Ausübung des Hausrechts aufgrund vertraglicher Bindungen.²⁰⁸ Nach anderer dogmatischer Konzeption liegt aufgrund der schuldrechtlichen Bindung eine Duldungspflicht des Eigentümers vor.²⁰⁹ Der Vertrag nimmt dann faktisch eine „eigenartige Doppelfunktion“ ein:²¹⁰ Die Gestattung von Zutritt und Aufenthalt kann grundsätzlich in zwei Handlungsformen erfolgen: durch Rechtsgeschäft oder tatsächliche Einwilligung. Wird der Zugang über einen Vertrag gestattet, so liegt darin in der Regel auch eine konkludent erteilte tatsächliche (sachenrechtliche) Gestattung.²¹¹ Er ist sowohl schuldrechtliches Grundgeschäft als auch – durch die konkludente Gestattung – Teil der Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB, da die Gewährung des Zugangs Teil der vertraglichen Pflicht ist; die Erfüllung erfolgt dogmatisch in Form einer sachenrechtlichen Gestattung.

Allerdings bedeutet der Umstand, dass ein Vertrag geschlossen worden ist, nicht zwingend, dass auch die Ausschließungsbefugnis aus dem Hausrecht eingeschränkt wird. Denn der BGH geht bezüglich der Einschränkungen durch vertragliche Bindungen uneinheitlich vor: Während im Stadionverbotsfall die Dauerkarte keinen relevanten Grund für die Einschränkung des Hausverbots bildete,²¹² war die eingegangene Vertragsbeziehung im Wellnesshotelfall der Grund, warum das Hausverbot jedenfalls für den Vertragszeitraum unwirksam war.²¹³ Dogmatisch lassen sich diese beiden unterschiedlichen Ergebnisse auf vertragsrechtlicher Ebene erklären. Sowohl ein Zuschauervertrag – zumindest als Dauerkarte – als auch ein Beherbergungsvertrag sind Dauerschuldverhältnisse, sodass sie nach § 314 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden können. Die Frage nach einer Einschränkung des Hausrechts bzw. dem Vorliegen einer Duldungspflicht verschiebt sich damit auf die Ebene des Vertragsrechts.²¹⁴ An

208 Deutlich bei BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 10 – 18.

209 *Thole*, in: Staudinger BGB, 2019, § 1004 Rn. 543; *Ebbing*, in: Erman BGB, § 1004 Rn. 45.

210 Ausführlich von *Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 113 – 119.

211 Vgl. zur Abgrenzung von vorheriger Zustimmung, Gestattung und Anspruch auf Gestattung in vertraglichen Kontexten *Schäfer*, in: MüKo-BGB, § 858 Rn. 7 f.

212 BGH, Urt. v. 30.10.2009, V ZR 253/08 – *Stadionverbot*, Rn. 14: „Dabei ist es entgegen der Auffassung der Revision ohne Bedeutung, ob der von dem Ausschluss Betroffene in vertraglichen Beziehungen zu dem Hausrechtsinhaber steht oder nicht.“

213 BGH, Urt. v. 09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 7, 10 – 18.

214 So ausdrücklich *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.2; dogmatisch noch präziser *Weller/Schulz/Smela*, JuS 2021, 722 (725): Einordnung in schuldrechtliche Vertragsaufhebungs- oder Leistungsverweigerungsrechte; auch BGH, Urt. v.

dieser Stelle wird es jedoch für die Stadionverbote zirkulär: Der wichtige Grund für die Kündigung des Zuschauervertrags wird darin gesehen, dass der Stadionbetreiber ein Stadionverbot, also ein Hausverbot, ausgesprochen hat.²¹⁵ Damit muss die relevante Wertung auf einer anderen Ebene liegen, nämlich auf einer genuin vertraglichen: Dogmatisch muss innerhalb § 314 Abs. 1 BGB eigenständig abgewogen werden, ob ein Kündigungsgrund vorliegt und damit ein Hausverbot auch für die eigentliche Dauer des Schuldverhältnisses möglich ist. Anknüpfungspunkt ist dann genau genommen nicht die Aussprache des Hausverbots, sondern unmittelbar das – möglicherweise gewaltsame – Verhalten der Stadionbesucher*in, welches auch für die Aussprache des Hausverbots herangezogen wird.²¹⁶

Genau an dieser Stelle wird der dogmatische Streit um das privatrechtliche Hausrecht relevant: Der Anspruch nach § 862 Abs. 1 BGB weist keine Einschränkungen aufgrund eines Vertrages auf.²¹⁷ Die Frage der Wechselwirkung zwischen Vertrag und Hausrecht stellt sich damit nur für den Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB. Diejenigen, die das Hausrecht lediglich als die Summe dieser Anspruchsgrundlagen konzipieren, sehen darin kein Problem: *Von Bressendorf* beispielsweise löst das Verhältnis dogmatisch über die klare Unterscheidung von petitorischen und possessorischen Ansprüchen und ihr Verhältnis zu einem bestehenden Vertrag. Sein Ergebnis: „Besitzschutz und rechtsgeschäftliche Bindungen laufen daher nicht parallel: Das Besitzschutzrecht gewährt dem Besitzer Befugnisse, die er so ausüben kann, dass er die Grenzen dessen überschreitet, was er dem Störer rechtsgeschäftlich versprochen hat. Dabei handelt es sich aber nicht etwa um einen Fehler im System, der eine Korrektur benötigt. Vielmehr ist die Unabhängigkeit des Besitzschutzes von der materiellen Rechtslage die Quintessenz dessen, was §§ 858 ff. BGB zu erreichen versucht [sic].“²¹⁸ Diese „Quintessenz“ sieht er in der Wahrung des allgemeinen Rechtsfriedens durch gerichtliche Rechtsverfolgung.²¹⁹

09.03.2012, V ZR 115/11 – *Wellnesshotel*, Rn. 12 f. prüft, ob das Hausverbot für die Zeit des Vertragsverhältnisses als Anfechtungs- oder Kündigungserklärung zu werten ist.

215 *Breucker*, JR 2005, 133 (137); ähnlich auch *Becker*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht, UWG, Veranstaltungsschutzrecht (S 16), Rn. 62.

216 So auch *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (198): „sicherheitsbeeinträchtigende Umstände, die zum Stadionverbot führen können“.

217 Siehe oben § 2 I 1 b.

218 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 147.

219 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 147.

Für *von Bressendorf* ist damit das Verhältnis von Hausrecht und Vertragsrecht klar durch die dogmatische Trennung zwischen possessorischen und petitorischen Ansprüchen vorgegeben. Allerdings – und hier können nur Vermutungen angestellt werden – ist es exakt diese Asymmetrie, die den BGH dazu veranlasst hat, eine Prüfung eines Hausverbots im „luftleeren Raum“ anzustellen. Der Gedanke dahinter ist dieser: Die dogmatische Struktur des BGB in Bezug auf das Hausrecht, also die Unterscheidung von possessorischen und petitorischen Ansprüchen, mag bis vor einigen Jahrzehnten soziale Probleme überzeugend adressiert haben. Solange diese Vorschriften auf Fälle angewendet wurden, in denen unerwünschte Personen von privat genutzten Grundstücken entfernt bzw. ferngehalten werden sollten, bildet die Asymmetrie²²⁰ interessengerechte Lösungen. Die hier behandelten Fälle entsprechen jedoch nicht diesem Typus von Fällen: Im Vordergrund steht die kommerzielle Nutzung des (Grund-)Eigentums bzw. Besitzes. Wie *von Bressendorf* zutreffend ausführt, ist es gerade die Ausschließungsbefugnis, die aus den Vorschriften des BGB folgt, welche eine effiziente ökonomische Verwertung von Grundeigentum und -besitz erst ermöglicht. Die Ausschließungsbefugnisse sind es, die eine Nutzung für Dritte durch Verträge ermöglichen: „In vielen Fällen macht der Hausrechtinhaber die Zahlung eines Entgelts zur (Vor-)Bedingung der Gestattung von Zutritt und Aufenthalt, wenn er auf der betreffenden Fläche weitere Leistungen erbringt, z.B. Konzerte, Sportveranstaltungen, Lesungen, Theaterstücke oder Ausstellungen. Nur diejenigen, die zahlen, erlangen Zutritt und so die Gelegenheit, die Leistung wahrzunehmen. Insoweit fungiert das ‚Hausrecht‘ als ‚Bezahlschranke‘ und erleichtert eine effektive Güterkommerzialisierung. [...] Auf den Genuss des abgeschotteten Guts gerichtete Verträge, [sic] sind dabei durch Werk-, Miet- und Dienstvertragsselemente geprägt und umfassen die Pflicht, Zutritt zu verschaffen und Aufenthalt zu gewähren.“²²¹

Damit entzieht jedoch die Inhaber*in des Hausrechts das jeweilige Grundstück einer genuin privaten Sphäre; durch die kommerziell-ökonomische Nutzung des Grundstücks partizipieren nun auch andere Personen daran. Das Grundstück wird in eine (auch) öffentliche Sphäre überführt. In solchen sozialen (präziser: ökonomischen) Kontexten passt jedoch die der

220 Die Asymmetrie übersehen insbesondere diejenigen, die das Hausrecht lediglich im Eigentum verankern, sodass nur § 1004 Abs. 1 BGB betrachtet wird, z.B. deutlich bei *Spohnheimer*, in: BeckOGK-BGB, § 1004 Rn. 83.1 f.

221 *Von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 131.

Asymmetrie von possessorischen und petitorischen Ansprüchen zugrunde liegende Wertung nicht mehr: Hier geht es nicht um Fragen des Rechtsfriedens, sondern um die Partizipation an einem ökonomischen Angebot. In diesem Kontext kann auch der Ansatz von *Schulze* gesehen werden. Wenn er versucht, die jüngeren Entscheidungen zum Hausrecht mit einem Schutzrecht für die Gebrauchsnutzung von Räumen zu beschreiben, dann adressiert er genau diese unterschiedlichen kommerziellen Kontexte.²²² Der Ansatz der Rechtsprechung kann also als Versuch gesehen werden, den neuen sozialen Kontexten des Hausrechts gerecht zu werden. Die Diskussion zeigt, dass es diese neuen kommerziellen Kontexte sind, die das Recht vor Herausforderungen stellt. Wenn sich aber die kommerzielle Dimension dieser Fälle der Gesellschaft insbesondere durch eine Verwertung durch Verträge auszeichnet, dann zeigt auch dieser Gedankenstrang, dass das Eigentum in diesen Fällen in den Hintergrund rückt und den Vertrag als relevantes Institut hervorscheinen lässt.

Die These, dass im Stadionverbotsfall primär an der vertraglichen Dimension für eine (rechtstheoretische) Analyse angeknüpft werden sollte, soll mit einem letzten Argument weiter verstärkt werden. Dafür muss der Sachverhalt der Stadionverbotsentscheidung leicht verändert werden: Im Kern geht es in dieser Entscheidung um eine Einrichtung, zu deren Zugang ein Nutzungsvertrag abgeschlossen werden muss. Das Hausrecht wird nur dann relevant, wenn bereits ein Nutzungsvertrag geschlossen worden ist. Mit dem Hausrecht kann das Recht aber nur die Frage nach dem Ausschluss an dieser Einrichtung beantworten, wenn dieser Vertrag bereits geschlossen worden ist. Die gleiche Frage – jedenfalls wertungstechnisch – stellt sich jedoch bereits vor Vertragsschluss bzw. nach einer erstmaligen Kündigung des Zuschauervertrages: Ist der Hausrechtsinhaber dazu verpflichtet, einen solchen Vertrag abzuschließen?²²³ Damit angesprochen ist das Institut des Kontrahierungszwangs, also ein Privatrechtsinstitut, das sich unmittelbar auf den Vertrag bezieht.

222 *Schulze*, JZ 2015, 381 (385 – 391).

223 So auch *Staaake*, SpuRt 2018, 138 (142 f.); *von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, S. 177; *Mörsdorf*, JZ 2012, 688 (689) bezüglich des Wellneshotelfalls; *Hofmann*, JURA 2014, 141 (146): „Wenn also eine Person ohne entsprechende vertragliche Berechtigung Einlass zu einer solchen Einrichtung verlangt, steht hierbei nicht die (eindeutige) Reichweite des Hausrechts in Rede, sondern vielmehr die Frage nach einem möglichen Kontrahierungszwang.“ Ähnlich auch *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 56: Einschränkungen des Hausrechts nur dann sinnvoll, wenn ein Kontrahierungszwang angenommen wird.

Den engen Zusammenhang von Stadionverboten und dem Kontrahierungszwang als auf das Grundinstitut Vertrag bezogenes Rechtsinstitut zeigen *Orth/Schiffbauer* auf. Sie bezeichnen das Stadionverbot als Durchbrechung eines Kontrahierungszwangs:²²⁴ Sie überrascht es, dass über Stadionverbote so intensiv diskutiert wird. Denn es sei gerade Ausfluss der Privatautonomie, sich nicht für den Ausschluss bestimmter Personen zu rechtfertigen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn Stadionbetreiber einem Kontrahierungszwang unterlägen, also die Betreiber nicht frei darüber entscheiden können, wen sie in ihr Stadion lassen. Mit anderen Worten: dass sie nicht frei in ihrer Entscheidung sind, mit wem sie einen Stadionbenutzungs- bzw. Zuschauervertrag schließen.²²⁵ Die Beschränkungen des Hausrechts, insbesondere bei der Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr, müssten also sowohl für das Hausrecht als auch für die vertraglich angebotenen Leistungen gelten.²²⁶ Denn die Einschränkungen des Hausrechts sind nur dann sinnvoll, wenn auch das vertragliche Angebot als bindend betrachtet wird und im Ergebnis ein Kontrahierungszwang oder andere Beschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit angenommen werden. Der Ausschluss wird in Fällen eines vertraglichen Leistungsangebotes nicht durch das Betreten eines Grundstückes behoben, sondern erst dann, wenn der ausgeschlossenen Person die gleichen vertraglichen Leistungen angeboten werden wie anderen Personen.²²⁷

Damit wird deutlich, dass im Stadionverbotsfall der Vertrag das relevante Grundinstitut ist.²²⁸ Das Hausrecht – wie auch immer man es dogmatisch konzipieren mag – bzw. die vorgelagerte besitz- und eigentumsrechtliche Zuordnung eines Grundstückes zu einer konkreten Person und die damit verbundene Ausschließungsbefugnis sind „nur“ die Gründe, warum hier überhaupt Verträge geschlossen werden. Aus der Sicht derjenigen, die durch das Hausrecht ausgeschlossen wurden, ist es nicht das physische

224 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (179 – 181).

225 *Orth/Schiffbauer*, RW 2011, 177 (180).

226 *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 55.

227 So auch *Brückner*, in: MüKo-BGB, § 903 Rn. 56, jedoch mit Zurückhaltung, weil der Kontrahierungszwang dem Privatrecht „an sich fremd“ sei.

228 Das schließt nicht aus, dass es auch genuine soziale Konflikte gibt, die ausschließlich das Hausrecht, und somit das Eigentum betreffen. Dies zeigen die Fälle *Fraport* und *Bierdosenflashmob*. Diese Unterscheidung zwischen Zugangssituationen bzw. Nutzungskonflikten im öffentlichen Raum, ohne dass ein Vertrag den Zugang regelt und solchen Situationen, deren Zugang durch Vertrag ausgestaltet ist, wird uns im rechtsdogmatischen Panorama nochmals begegnen, siehe dazu unten § 10 I 1.

Grundstück als solches, das für sie interessant ist. Es ist die Dienstleistung – die Veranstaltung –, die mit diesem Grundstück verbunden ist, an der sie partizipieren wollen.²²⁹ Diese Dienstleistung wird aber durch den Vertrag repräsentiert, nicht durch das Hausrecht. Dies wird auch die unten unternommene ökonomische Funktionsanalyse des Vertrages bestätigen: Innerhalb der Marktwirtschaft ist das Eigentum nicht das Institut, durch das primär bzw. ausschließlich ein Gegenstand wirtschaftlich genutzt bzw. verwertet wird. Dazu steht in der Marktwirtschaft der Vertrag zur Verfügung:²³⁰ „*Contract is a universal institution of commercial societies, necessary to all forms of commerce.*“²³¹ Deutlich wird hier auch eine allmähliche Erosion der strikten Trennung von Vertrag und Eigentum innerhalb der Privatrechtstheorie.²³² Dass diese Untersuchung den Fokus auf den Vertrag und nicht auf das raumbezogene Hausrecht legt, hat noch eine erkenntnisbezogene Dimension: Die Perspektive des Grundinstituts des Vertrages ermöglicht eine gemeinsame Betrachtung von Fällen der Gesellschaft mit physischem Raumbezug (*Wellnesshotel*, *Stadionverbot* oder *Therme*) und solchen, in denen keine²³³ oder nur eine wenig relevante Raumdimension vorliegt (*Facebook*). Zudem können die Besonderheiten dieser Fälle mit Vertragsbezug zu denen herausgearbeitet werden, welche lediglich eine hausrechtliche Dimension aufweisen (*Fraport* und *Bierdosenflashmob*).

3. Grenzen der AGB-Kontrolle

Falls man, wie hier vorgeschlagen, den Vertrag als das primär relevante Grundinstitut des Privatrechts ansieht, könnte man zunächst an die AGB-Kontrolle als ein unmittelbar auf Verträge bezogenes Rechtsinstitut denken, um den Konflikt im Stadionverbotsfall zu mediatisieren. Insbesondere wenn die Ausschlussbefugnis in den AGB eines Zuschauervertrages festgehalten wird, könnten die Interessen der Fußballfans auf Zugang zum Stadion dadurch gewährleistet werden, indem die AGB-Klausel für unwirksam

229 Ähnlich wie hier *Staake*, SpuRT 2018, 138 (142).

230 Zu den ökonomischen Funktionen des Vertrages siehe ausführlich unten § 3 IV.

231 *MacCormick*, *Institutions of Law*, 2007, S. 231.

232 Siehe dazu *J. Hoffmann*, ERCL 2021, 142; vgl. auch zu einem Übergang der Paradigmen im privatrechtlichen Denken von einem „Haben zum Nutzen“ *Schmidt-Kessel*, in: *Beyer et al. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft*, 2020, S. 9 (11–21).

233 Zur Diskussion um ein „virtuelles Hausrecht“ siehe unten im Kontext des Facebook-Falls § 10 II 1 (Fn. 70 f.).

erklärt wird, die den Stadionbetreiber zu einem Ausschluss berechtigt. So könnte aus der Sicht der Fußballfans der Vertrag seinen Zweck erfüllen. Allerdings kommt die AGB-Kontrolle in zweierlei Hinsicht an ihre Grenzen: Zunächst kann die AGB-Kontrolle nur dazu führen, dass einzelne Vertragsklauseln unwirksam sind; sie kann nicht dazu führen, dass unmittelbar durch sie ein Vertrag gewährt wird. Sie setzt für zukünftige Verträge „nur“ Anreize dazu, Verträge mit exkludierenden Klauseln nicht mehr zu stellen. Sie versagt also für solche Konstellationen, in denen von vornherein ein Vertrag begehrt wird.

Weiterhin – und dieser Aspekt ist gravierender – würde eine Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 307 BGB erfolgen, weil kein Tatbestand der §§ 308, 309 BGB einschlägig ist. Bei § 307 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Generalklausel. Die Norm bildet mit dem Begriff der unangemessenen Benachteiligung das „normative Herzstück“ der AGB-Kontrolle.²³⁴ Die Norm ist innerhalb der Inhaltskontrolle ein Auffangtatbestand²³⁵ und als Generalklausel wertausfüllungsbedürftig.²³⁶ Dabei können Generalklauseln insbesondere durch das eigene interne (Maßstabs-)System und durch externe (Maßstabs-)Systeme ausgefüllt werden.²³⁷ Der Gesetzgeber hat selbst § 307 Abs. 1 BGB nicht nur durch §§ 308, 309 BGB, sondern auch durch § 307 Abs. 2 BGB konkretisiert, sodass der Wertungsfreiraum zunehmend verengt wird. § 307 Abs. 2 ist zwar selbst noch generalklauselartig, aber er gibt für die Rechtsanwendung bestimmte Richtpunkte und Maßstäbe vor²³⁸ und knüpft dabei an frühere in der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen an.²³⁹ § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasst die Fälle, in denen für eine Klauselthematik eine sonst einschlägige gesetzliche Regelung existiert, von der durch AGB abgewichen wird; man spricht von einer „Leitbildfunktion des dispositiven Rechts“.²⁴⁰ Dabei können nicht nur Vorschriften des dispositiven gesetzlichen Vertragsrechts, sondern auch vertragsrechtliche

234 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 1, 54.

235 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 54.

236 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Inhaltskontrolle Rn. 54.

237 Ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen der Konkretisierung von Generalklauseln *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 144 – 177; zum „Auslegungsdilemma“ von § 307 Abs. 1 BGB siehe *Renner*, AcP 213 (2013), 677 (679 – 681).

238 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 220; zum Verhältnis beider Nummern zueinander siehe *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 263 – 266.

239 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 65.

240 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 229, der auch davon spricht, dass dadurch ein gewisses Gerechtigkeitsleitbild aufgestellt wird; ähnlich auch die Kom-

Sonderregelungen berücksichtigt werden.²⁴¹ Für den Zuschauervertrag als nicht gesetzlich geregelter, atypischer Vertrag existiert dabei jedoch kein spezifisches gesetzliches Leitbild, das für die Konstellation des Ausschlusses vom Stadion einschlägig wäre. Der Zuschauervertrag ist ein typengemischter Vertrag mit werk- und mietvertraglichen Elementen.²⁴² Daher wäre es denkbar, bezüglich der einzelnen Vertragsteile auf das jeweilige dispositive Gesetzesrecht abzustellen.²⁴³ Im konkreten Fall spricht jedoch dagegen, dass erst die Typenvermischung neuartige Interessenkonflikte zwischen den Parteien entstehen lässt: Zwar geht es bei der Frage bezüglich des Zugang zum Stadion um die Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs (Erlebnis des Fußballspiels); der Zugangskonflikt erinnert jedoch eher an die Frage eines mietvertraglichen Gebrauchs. Für diese Frage fehlt ein gesetzliches Leitbild.

Daher wäre auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB zurückzugreifen. Die Norm erfasst insbesondere neuartige, gänzlich unregelte Vertragstypen oder atypische Varianten gesetzlich normierter Verträge, auf die die gesetzliche Regelung nicht passt.²⁴⁴ Sie benennt die Vertragszweckgefährdung als relevantes Kriterium, womit auch an das Verbot der „Aushöhlung von Kardinalpflichten“ angeknüpft werden sollte:²⁴⁵ „*Schutzgut* sind demnach *die zentralen Leistungs- und Schutzerwartungen*, die der Vertragspartner aufgrund des Vertrages hegen durfte; das *Aushöhlungsverbot* sichert die innere Stimmigkeit der vertraglichen Abreden.“²⁴⁶ Der Zuschauervertrag verfolgt den primären Zweck, den Zugang zum Stadion und ggf. einen Sitzplatz zu gewähren, um einem Sportereignis beizuwohnen. Dieser Zweck wird durch eine Stadionverbotsklausel beeinträchtigt. Die relevante Frage aber bleibt, ob damit insgesamt der Zweck gefährdet wird. Zwar sollen zur Beantwortung dieser Frage die typischen, durchschnittlichen Parteiinteressen als die berechtigten Vorstellungen und Erwartungen der beteiligten Vertragskreise

bination aus Leitbild und Gerechtigkeitsgebot betonend *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 66 – 68.

241 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 70.

242 Siehe oben § 2 I 2.

243 Siehe zur Anwendung von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf atypische Verträge BGH, Urt. v. 29.10.2008, VIII ZR 258/07 (AGB-Kontrolle beim Leasing); *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn. 146.

244 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 261; *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn. 169.

245 *Wurmnest*, in: MüKo-BGB, § 307 Rn. 72.

246 *Wendland*, in: Staudinger BGB, 2019, § 307 Rn. 262 (Hervorhebungen im Original).

an einem Vertrag dieser Art herangezogen werden.²⁴⁷ Doch damit bleibt die Frage unbeantwortet: Der Fußballfan hat die berechnete Erwartung, in das Stadion zu kommen, während der Stadionbetreiber die berechnete Erwartung hat, bei einer Gefährdung Personen vom Stadion auszuschließen. Damit würde es auf eine Abwägung der Interessen iSd § 307 Abs. 1 BGB hinauslaufen.

Doch für diese allgemeine Abwägung im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB müsste nach normexternen Wertmaßstäben gesucht werden. Dies sind allen voran die Grundrechte der beteiligten Personen in ihrer privatrechtlichen Wirkung. Maßgeblich ist aber auch die bereits erwähnte Wertung, ob den Stadionbetreiber ein allgemeiner Kontrahierungszwang trifft. Damit bietet zwar die AGB-Kontrolle eine prinzipielle Möglichkeit, den sozialen Konflikt auf der Ebene des Vertragsrechts zu mediatisieren und zu lösen. Die AGB-Kontrolle stellt jedoch für diesen Fall und für die übrigen hier diskutierten Fälle der Gesellschaft keine selbstständigen Maßstäbe auf. Diese Untersuchung wählt daher den Weg, diejenigen Rechtsinstitute genauer zu untersuchen, aus denen sich konkrete Maßstäbe für die Beurteilung innerhalb der AGB-Kontrolle ergeben können. Die weitere Forschung könnte dann darauf aufbauen und möglicherweise die hier gefundenen Ergebnisse für das Rechtsinstitut der AGB-Kontrolle re-spezifizieren.

II. Der Vertrag als Institut und Institution

Nachdem gezeigt werden konnte, dass der Vertrag – konkret: der Zuschauervertrag – die hier relevante Grundinstitution des Privatrechts ist, ist nach einer geeigneten rechtstheoretischen Beschreibung des Vertrages zu suchen. Dabei ist nach einem rechtstheoretischen Zugang zu fragen, der es erlaubt, das in nicht-rechtlichen Sozialsystemen gespeicherte Wissen auf eine rechtstheoretische Ebene zu überführen und für eigene rechtswissenschaftliche Begriffsbildungen operabel zu machen. Dazu werden insbeson-

247 *Eckelt*, in: BeckOGK-BGB, § 307 Rn.170; auch der Ansatz von *Renner*, AcP 213 (2013), 677 (683 – 696) ist zwar soziologisch informiert, scheint jedoch nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen zu kommen. Das Problem besteht hier darin, dass *Renner* davon ausgeht, dass es in den verschiedenen sozialen Systemen feste Verhaltens- und Rollenerwartungen gibt (deutlich: 691, 693 f.). Der Stadionverbotsfall zeigt jedoch, dass diese auch gesellschaftlich ausgefochten werden, also unterschiedliche Erwartungshorizonte miteinander konkurrieren – vgl. dazu auch unten § 6 III 2.

dere funktionale Methoden benötigt.²⁴⁸ Einen solchen Zugang ermöglicht das institutionelle Rechtsdenken. Damit wird in dieser Untersuchung ein rechtssoziologischer Zugang zum Vertrag gewählt.²⁴⁹ Damit kann der Vertrag als privatrechtliches Institut und *gleichzeitig* als soziale Institution mit verschiedenen sozialen Funktionen beschrieben werden.

1. Die institutionelle Perspektive auf den Vertrag

Das institutionelle Rechtsdenken wird als rechtstheoretische Denkrichtung bezeichnet, die einen Bezug zur sozialen Wirklichkeit sucht.²⁵⁰ Unter einer Institution soll hier eine Kombination aus Verhaltensmustern verstanden werden, die zusammenwirken, um bestimmte Bedürfnisse einer größeren Gruppe von Menschen zu befriedigen.²⁵¹ Der Begriff der Institution²⁵² kann als Kontaktbegriff zwischen Recht und seiner sozialen Umwelt angesehen werden.²⁵³ Das institutionelle Rechtsdenken auf der Ebene der Rechtstheorie bezeichnet *Krawietz* nicht nur als Brücke zwischen Sollen und Sein bezüglich der Rechtserkenntnis, sondern – so wie es auch *Auer* für die Rechtstheorie fordert²⁵⁴ – als „Brückenschlag“ in der „Theoriebildung“ zwischen Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen.²⁵⁵ Das institutionelle Rechtsdenken ist damit aufs Engste mit Interdisziplinarität verbunden.²⁵⁶

248 *Wielsch*, JZ 2020, 113 (113).

249 Übersichten zu rechtssoziologischen Zugängen zum Vertrag finden sich bei *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 23 – 50 sowie bei *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 264 – 280.

250 Ähnlich *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 34 allerdings im Kontext der Gesetzesauslegung.

251 So *K. Röhl*, Rechtssoziologie, 2016, § 62 II.

252 Da es hier um eine Begriffsbestimmung bzw. um eine Begriffswahl auf rechtstheoretischer Ebene geht, bleibt die Verwendung der Begriffe Institution und Institut in anderen Kontexten, beispielsweise in der Verfassungsrechtsdogmatik, außer Betracht. Siehe zu den rechtsdogmatischen Begriffen Institut und Institution als verfassungsrechtliche Einrichtungsgarantien *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, S. 175 – 472.

253 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 411; *Hahn-Lorber*, Rechtstheorie 41 (2010), 251 (254).

254 Siehe oben § 1 III 3 a.

255 *Krawietz*, in: FS Weinberger, 1984, S. 541 (545).

256 Kritisch aber *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 411, da der damit verbundene Anspruch, Erkenntnisse der Sozialwissenschaften zu berücksichtigen nicht eingelöst werde – es bleibe bei einem bloßen Rekurs auf Alltags- und Berufserfahrung.

Es geht immer darum, strukturelle und funktionale Beziehungen oder Wechselwirkungen zwischen sozialer Wirklichkeit und dem formalen System Recht in den Blick zu nehmen.²⁵⁷

Nicht nur die Rechtstheorie oder die Rechtsdogmatik operieren mit den Begriffen Institut und Institution. Insbesondere die Soziologie hat hier ganze Theoriefamilien hervorgebracht.²⁵⁸ Allerdings meinen unterschiedliche Wissenschaftsdisziplinen und unterschiedliche Theorieränge nicht das gleiche, obwohl alle die Begriffe Institut und Institution verwenden.²⁵⁹ Bei der Frage der Begriffsbildung der Institutionsbegriffe handelt es sich um eine Frage der Zweckmäßigkeit. Alle Institutionsbegriffe erfassen jeweils eine unterschiedliche Perspektive auf eine Institution. Damit verbunden sind jeweils auch unterschiedliche Erkenntnisabsichten.²⁶⁰ Damit tritt die Frage auf, welcher Begriff sich für die Rechtsanwendung oder für die Rechtswissenschaft eignet. Nach der hier gesetzten Prämisse der Autonomie des Rechtssystems sind für die Rechtswissenschaft als „Rechtsanwendung“ die Wertmaßstäbe der geltenden Rechtsordnung verbindlich. „Soziologie und Kulturphilosophie können mit diesem normativ beschränkten Begriff der Institution nicht auskommen. Sie wollen mit dem Institutionsbegriff über das – für sie vielleicht zweitrangige – Normengefüge hinaus die jeweiligen faktischen und ideologischen Elemente bestimmter Einrichtungen, Korporationen oder kollektiver Verhaltensmuster erfassen.“²⁶¹ In diesem Zitat kommt eine Unterscheidung zum Ausdruck, die auch für diese Untersuchung gewählt werden soll: die Trennung von Vertrag als Institut und Institution.²⁶² Zusammengefasst ist damit gemeint, dass der Vertrag

257 *MacCormick/Weinberger*, *An Institutional Theory of Law*, 1986, S. 24; ähnlich auch *Krawietz*, *JZ* 1985, 706 (707).

258 Das Institutionenverständnis in der Soziologie bleibt hier außen vor, siehe dazu überblicksartig *K. Röhl*, *Rechtssoziologie*, 2016, § 62.

259 *Luhmann*, *AöR* 94 (1969), 1 (1 – 7) sowie *ders.*, *Kontingenz und Recht*, 2013, S. 10 f. hat schon früh darauf hingewiesen, dass aufgrund der Ausdifferenzierung unterschiedlicher Wissenschaftszweige und deren steigender Komplexität ein bloßes Anknüpfen an Begriffen innerhalb interdisziplinärer Arbeit nicht (mehr) möglich ist.

260 *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, S. 39 f.

261 *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, S. 39. Er meint hier erkennbar mit „Normengefüge“ die für eine Institution relevanten Rechtsnormen.

262 So auch *MacCormick/Weinberger*, *An Institutional Theory of Law*, 1986, S. 51 – 56: „*legal institution*“ vs. „*social institution*“.

auf der einen Seite als ein rechtliches Gebilde bzw. als eine Form – als ein Rechtsinstitut – beschrieben werden kann (2.). Zugleich werden aber in der Realität immer wieder,²⁶³ teilweise standardisierte oder inhaltsgleiche, Verträge von Privatrechtsakteur*innen in unterschiedlichen sozialen Kontexten geschlossen. Dabei können diese Verträge je unterschiedliche soziale Funktionen erfüllen. Diese tatsächliche soziale Dimension wird durch den Vertrag als (soziale) Institution ausgedrückt (3.).

Die Ansätze der Institutionentheorie im Allgemeinen sowie des institutionellen Rechtsdenkens im Besonderen unterscheiden sich in Erkenntnisinteresse, Hintergrundannahmen sowie Anwendungsfeldern so stark, dass eine überzeugende und operable Typologisierung nach Theoriefamilien kaum möglich ist. Entsprechend den für diese Untersuchung maßgeblichen Anforderungen an eine Rechtstheorie werden einige prominente Theorieangebote danach geordnet, wie sie das Verhältnis zwischen Recht und sozialer Realität re-konstruieren. Im Vordergrund steht dabei, welche (normative) Verbindlichkeit die soziale Realität für das Recht hat.²⁶⁴ Dies ist für diese Untersuchung das relevante Kriterium, wonach eine kritische Auseinandersetzung mit den Theorien erfolgt.

Unabhängig davon, welche institutionelle Konzeption des Vertrages man für überzeugend hält, zieht dessen Konzeption als Institut und/ oder als Institution zwei – sich teilweise bedingende – grundsätzliche Perspektivenverschiebungen nach sich: Zum einen wird auf dieser rechtstheoretischen Ebene kein tatsächlich geschlossener (bilateraler) Einzelvertrag betrachtet, also z.B. der konkrete Zuschauervertrag zwischen dem FC Bayern München und dem Fußballfan im Stadionverbotsfall, sondern der Vertrag als allgemeines, in einer Vielzahl von Fällen heranzuziehendes rechtliches Muster betrachtet. In Bezug auf den Zuschauervertrag ist damit beispielsweise relevant, dass Zuschauerverträge immer wieder in ähnlichen wiederkehrenden Situationen geschlossen werden, insbesondere wenn Personen Zugang zu

263 Auf das Element, dass der Vertrag wiederholbare Muster bereitstellt und diese tatsächlich flächendeckend verwendet werden, stellt *K. Röhl*, Rechtssoziologie, § 64 ab: „Institution ist nicht der einzelne Vertrag, sondern die Tatsache, dass immer wieder Verträge in unterschiedlichster Gestalt geschlossen und meistens auch durchgeführt werden, aber nicht selten auch in einem Konflikt enden.“

264 Dieses Vorgehen hat pragmatische Gründe, da der Untersuchungsgegenstand hier ein konkreter Sachverhalt und nicht die Genese dieser Theorierichtung(en) ist. Eine möglicherweise unterkomplexe Erläuterung der einzelnen Theorien wird hierbei bewusst in Kauf genommen. Zudem erfolgt keine ideengeschichtliche Einordnung des institutionellen Rechtsdenkens; siehe dazu *Krawietz*, JZ 1985, 706 (708 – 714).

einem Fußballspiel in einem Stadion begehren. Damit geht zum anderen einher, dass der Vertrag nicht im Sinne der *Hohfeld'schen* Taxonomie²⁶⁵ auf sich daraus ergebende rechtliche Ansprüche reduziert wird. Dass sich aus einem Vertrag Ansprüche iSd § 194 Abs. 1 BGB ergeben können, wird damit nicht abgestritten; eine solche unterkomplexe De-Konstruktion des Vertrages wird jedoch nicht dem Charakter des Vertrages als Grundbaustein der (Privat-)Rechtsordnung gerecht.²⁶⁶

2. Vertrag als (Rechts-)Institut

Eine Spielart des institutionellen Rechtsdenkens, welche einer traditionell-dogmatischen Konzeption des Vertrages am nächsten steht, ist der normative²⁶⁷ bzw. rechtspositivistische²⁶⁸ Institutionsbegriff. Er ist an der geltenden Rechtsordnung ausgerichtet und bezeichnet „eine Mehrzahl von Rechtsnormen, die sich auf eine bestimmte Lebensseinheit, einen sozialtypischen Sachverhalt beziehen.“²⁶⁹ Diese Definition ist jedoch in einer Hinsicht zu ergänzen: Der Begriff ist nicht nur auf Rechtsnormen beschränkt, sondern meint auch Unterinstitute (wie beispielsweise den Kontrahierungszwang) oder Rechtsprinzipien (wie beispielsweise die Privatautonomie). In deutlicherer Abgrenzung zu anderen Perspektiven soll hier der Begriff „Institut“ und nicht „Institution“ verwendet werden. Denn im Gegensatz zu anderen Spielarten ist der Rückgriff auf die soziale Lebenswirklichkeit so gering, dass ein Lebenssachverhalt lediglich als Anknüpfungspunkt für eine rationale Ordnung des Rechtsstoffes herangezogen wird. Damit ist der Institutsbegriff nicht nur streng einer konkreten Rechtsordnung verhaftet, sondern weist auch erhebliche Parallelen zur Dogmatik auf,²⁷⁰ wobei Dogmatik hier

265 Grundlegend *Hohfeld*, 23 *Yale Law Journal* 16 (1913).

266 Ähnlich *Weinberger*, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987, S. 155: „Mit anderen Worten: die Möglichkeit der Reduktion des Rechts auf Verhaltens- und Ermächtigungsnormen scheitert an der Unmöglichkeit, die Gesamtheit aller möglichen Situationen restlos zu erfassen und normativ zu bestimmen.“

267 *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, S. 37.

268 *Krawietz*, *JZ* 1985, 706 (708).

269 *Rüthers*, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, S. 37; grundlegend v. *Jhering*, *Der Geist des Römischen Rechts*, Teil 1, 1852, S. 25; ähnlich auch *Bumke*, *JZ* 2014, 641 (645 Fn. 38): „jeder sachlich zusammenhängende, von einem gemeinsamen Zweck getragene Normkomplex“.

270 *Bumke*, *JZ* 2014, 641 (645) sieht daher das Rechtsinstitut als eine der wenigen Grundfiguren der Rechtsdogmatik an.

als der Versuch verstanden werden soll, einen komplexen Rechtsstoff zu systematisieren und zu ordnen.²⁷¹ Die Ebene der Rechtstheorie als rechtswissenschaftliche Reflexionsebene wird hier verlassen; vielmehr ist die rechtstheoretische Konzeption des Vertrages auf die (lediglich) ordnende und systematisierende Dimension der Rechtsdogmatik abgestimmt.

Demnach ordnet der Vertrag als Institut das Konglomerat an Rechtsnormen, untergeordneten Instituten sowie Rechtsprinzipien, die Anwendung finden, wenn zwei oder mehrere Parteien in konsensuale Austauschbeziehungen – welcher Art auch immer²⁷² – treten. Der Vertrag als Rechtsinstitut kann definiert werden als privatautonome Regelung eines Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft aufgrund des übereinstimmenden Willens von mindestens zwei Parteien.²⁷³ Er bleibt damit der Selbstreferenz (und somit auch der Eigennormativität) des Rechts treu:²⁷⁴ Damit ist gemeint, dass die soziale Realität, in der Verträge geschlossen werden, aus der Sicht einer positiven Rechtsordnung beobachtet werden. Unter den möglicherweise komplexen Erscheinungsformen von Vertragsbeziehungen werden primär Willensübereinstimmungen beobachtet, um die Existenz eines Vertrages zu begründen, um dann anschließend spezifische positiv-rechtliche Normen auf diesen Vertrag anzuwenden. Damit erfolgt die Konstruktion des Vertrages als Institut alleine durch einen juristischen Diskurs. Das führt dazu, dass mithilfe des Begriffs zwar eine Sammlung an in Dogmatik gegossene Wertungen²⁷⁵ in der Rechtsordnung identifizieren werden können, diese Wertungen aber nicht weiter – jedenfalls unmittelbar mithilfe des Begriffs – rekonstruiert, geschweige denn weiterentwickelt werden können. Mit dem Vertrag als Rechtsinstitut kann eine Aussage darüber getroffen werden, dass ein Konglomerat an rechtlichen Operationen in Bezug auf Verträge Anwendung findet, nicht jedoch, was die soziale Realität und die daraus gewonne-

271 So insbesondere *Stürner*, JZ 2012, 10 (11) und im Kontext des Hausrechts von *Bressendorf*; Das private „Hausrecht“, 2020, S. 70 – 76; siehe zu der ordnenden und systematisierenden Funktion von Dogmatik auch *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 1 (28); vgl. auch oben § 1 III 3 c.

272 Siehe *K. Röhl*, *Rechtssoziologie*, 2016, § 64 I 5 zu unterschiedlichen (tendenziell soziologischen) Vertragstypen; vgl. auch zu klassischen Vertragstypologien die Nachweise in Fn. 767.

273 *Flume*, BGB AT, Bd. II, 1992, S. 601 f.; *Rademacher/G. Schulze*, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 4; aus unionsrechtlicher Perspektive *Stürner*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, § 2 Rn. 14 – 16.

274 Näher dazu unten § 2 II 3.

275 Zu dieser Dimension von Dogmatik *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 1 (29 – 31).

nen Wertungen des Vertrages ausmachen. Die rein rechtliche Konzeption des Vertrages isoliert das Rechtsinstitut von der sozialen Wirklichkeit.²⁷⁶

Ein Problem aber an jeder systematisierenden Dogmatik ist, dass man leicht die Entwicklung des Systems vergessen kann, sobald es einmal etabliert worden ist (Pfadabhängigkeiten).²⁷⁷ Die Dogmatik kann sich somit von der ursprünglichen sozialen Realität entfernen, die zur Begründung des Instituts geführt hat. Wandelt sich die soziale Realität, reagiert das Recht aber nicht darauf, kann es zu Spannungen kommen, weil die in bestehende dogmatische Muster gegossenen Wertungen nicht mehr zur sozialen Umwelt des Rechts passen. Das Recht kann dann mehrere seiner grundlegenden Funktionen, wie die Ordnungs- und Konfliktschlichtungsfunktion, nicht mehr adäquat erfüllen. Den Vertrag (lediglich) als Rechtsinstitut zu beschreiben, führt zu seiner Herauslösung aus der sozialen Wirklichkeit. Aber: „Das Recht, die einzelnen Rechtsinstitute, die Rechtsnormen haben niemals abstrakten Charakter. Abstrakt kann nur die Art und Weise ihrer Betrachtung und Deutung sein, nie aber sie selbst. Sie bleiben stets Erzeugnis einer ganz bestimmten gesellschaftlichen Wirklichkeit und Mittel zur Erfüllung der aus dieser sich ergebenden Notwendigkeiten und Erfordernisse.“²⁷⁸ Diese Dimension der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Vertrages bleibt jedoch durch die Konzeption als Rechtsinstitut verschlossen.

3. Institutionelle Konzeptionen

Dagegen betonen institutionelle Konzeptionen die Wirklichkeitsdimension des Vertrages. Dass der Vertrag selbst Teil der Wirklichkeit ist und als Mittel zur Erfüllung realer Bedürfnisse verwendet wird, wird durch verschiedene Konzeptionen des Vertrages als (soziale) Institution abgebildet. Der Begriff „Institution“ wird hier bewusst in Abgrenzung zum Begriff des „Instituts“ gewählt, um den deutlichen Bruch zwischen der – systemtheoretisch ausgedrückt – Selbstreferenzperspektive des Recht und der Fremdreferenzperspektive der sozialen Umwelt des Rechts deutlich zu machen.²⁷⁹ Bei diesen Fremdreferenzperspektiven geht es um die Beobachtungen von Verträgen

276 Vgl. *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, [1960] 1977, S. 62 (62 – 64).

277 Zur Pfadabhängigkeiten im Recht (mit einem Schwerpunkt auf dem Öffentlichen Recht) siehe die Beiträge in *Mainzer Assistententagung Öffentliches Recht* (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, 2016.

278 *Simitis*, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, 1957, S. 49.

279 Grundlegend zum Unterschied beider Beobachtungsperspektiven *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 754 – 757.

durch andere soziale Systeme. Alle institutionellen Konzeptionen nehmen (auch) eine solche Perspektive ein. Sie unterscheiden sich jedoch dahingehend, welchen normativen Stellenwert diese Beobachtungen für das Recht selbst haben (sollten).

a. Normative Verbindlichkeit der sozialen Realität

Eine institutionelle Konzeption legt dem Institutionsbegriff ein metaphysisches²⁸⁰, naturrechtliches²⁸¹ oder – so die hier präferierte Terminologie – anthropologisches²⁸² Verständnis zugrunde. Nach dieser Konzeption bezeichnet die Institution eine überpositive soziale, (dem Recht) vorgegebene Ordnung. Diese vorgegebene Ordnung bestimmt als „Metasystem“ die Bedeutung und die Funktion einzelner Erscheinungen im Recht.²⁸³

Als einer der ersten Vertreter einer solchen anthropologischen Dimension von Institutionen und damit gleichzeitig als erster Vertreter eines institutionellen Rechtsdenkens in der Moderne kann *Hauriou* angesehen werden.²⁸⁴ Sein Ausgangspunkt waren die tatsächlich zu beobachtenden sozialen Institutionen wie z.B. die Familie. Diesen schrieb er jeweils spezifische Leitideen („*idée directrice*“²⁸⁵) zu, welche die entscheidenden Faktoren seien, denen das Recht Folge zu leisten habe:²⁸⁶ „Es sind die Institutionen, welche die Rechtsnormen schaffen, aber nicht die Rechtsnormen, welche die Institutionen schaffen.“²⁸⁷ Der Begriff der Leitidee – oder auch Führungssystem – einer Institution sollte dabei jedoch nicht mit den – später auch in dieser Untersuchung verwendeten – Begriffen Funktion oder Zweck gleichgesetzt werden. Die Leitidee diente *Hauriou* dazu, nach dem

280 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 35.

281 *Krawietz*, JZ 1985, 706 (708).

282 Die Begründung folgt sogleich.

283 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 35 – 37, der diese Perspektive insbesondere in der Rechtsprechung erkennen möchte, worauf auch seine primäre Kritik abzielt.

284 Zur Rezeption und Genese eingehend *Fikentscher*, in: FS Raiser, 1974, S. 559.

285 *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 36.

286 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 410 weisen jedoch darauf hin, dass aus *Hauriou*s Aussagen nicht abschließend klar werde, ob dies bereits bei ihm angelegt war, da man seine Texte auch rein deskriptiv verstehen könne, oder ob der normative Impetus erst im Zuge der Interpretation dazu gekommen sei.

287 *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 65.

„Wesen“ einer Institution zu fragen.²⁸⁸ Dadurch erhält die Leitidee und der gesamte Institutionenbegriff eine anthropologische Komponente:²⁸⁹ Es muss herausgefunden werden, welche anthropologischen Bedürfnisse eine bestimmte Institution erfüllt und wie diese organisiert ist. Daher bietet sich terminologisch auch der Begriff anthropologischer Institutionenbegriff gegenüber einem metaphysischen Begriff an, zumal mit letzterem große Unklarheit über seinen Gehalt²⁹⁰ einhergeht. Zentral ist in dieser anthropologischen Konzeption die Verbindlichkeit der sozialen Erscheinungsform einer Institution für das Recht. Diese Perspektive würde nach einem anthropologisch konstanten „Wesen“ oder festen Funktion einer Institution fragen. Das Recht müsste sich zwingend an diesen Erkenntnissen ausrichten. Genau gegensätzlich zum Institutsbegriff wird hier die soziale Umwelt des Rechts betont: Aus der sozialen Umwelt des Rechts folgen normative Vorgaben für das Recht selbst. Damit spielt die Rechtsordnung keine eigenständige Rolle mehr, da es alleine die sozialen Institutionen seien, deren Wertungen es zu ermitteln gilt.

In den Kontext einer normativen Verbindlichkeit von Institutionen für das Recht ist auch das konkrete Ordnungsdenken von *Carl Schmitt* einzuordnen. Für *Schmitt* findet das Recht immer eine konkrete Ordnung vor und erklärt diese für normativ verbindlich.²⁹¹ Das Recht sei damit immer bereits in einer konkreten Ordnung vorhanden und eingebettet; die Aufgabe der Rechtsanwender*in und der Rechtswissenschaft sei es nur, diese Ordnung auch auszuführen. Nicht nur bleibt dabei inhaltlich unklar, welche Ordnung genau aus welchen Gründen für das Recht verbindlich sein soll. Es wird willkürlich eine beliebige historische Ordnung herausgegriffen, um diese gegenüber Änderungsbestrebungen abzusichern. Sondern das konkrete Ordnungsdenken ist auch und primär ein Kind seiner Zeit mit einem spezifischen politischen Impetus des aufkommenden Nationalsozialismus.²⁹² Aufgrund dieses Kontextes ist das konkrete Ordnungsdenken aus heutiger Sicht rechtstheoretisch zumindest bedenklich. Aber auch dekontextualisiert sind keine Erkenntnisse für diese Untersuchung zu erwar-

288 Vgl. *Hauriou*, Die Theorie der Institution, 1965 [1925], S. 38: „Die Leitidee vom Werk, die auf diese Weise über die Begriffe von Zweck und Funktion hinausgeht, ließe sich eher mit dem Begriff des Objekts identifizieren.“

289 Ähnlich auch die Deutung bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 409.

290 Jüngst zum Begriff der Metaphysik in der Rechtswissenschaft *J. F. Lindner*, Rechtswissenschaft als Metaphysik, 2017.

291 *C. Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 13.

292 Siehe zur Kritik *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, 2012 [1968], S. 293 – 302.

ten, da dieses institutionelle Rechtsdenken erreichte Zustände gegenüber Veränderungen absichern möchte, diese Untersuchung jedoch nach einer Rechtstheorie sucht, die solche Veränderungen beschreiben und rechtsin-tern verarbeiten kann.

Um auf die anthropologische Konzeption von Institutionen und ihre normative Verbindlichkeit für das Recht zurückzukommen: Gegen eine solche Perspektive sprechen einige gravierende Argumente. Die mit dem anthropologischen Institutionendenken verbundenen normativen Vorgaben sind zunächst aus verfassungsrechtlicher und methodischer Sicht einer Rechtsanwender*in problematisch. Für die Rechtspraxis sind nur die Wertmaßstäbe der geltenden Rechtsordnung verbindlich.²⁹³ Das schließt aber nicht aus, dass sich die Rechtstheorie als rechtswissenschaftliche Disziplin von der geltenden Rechtsordnung entfernen darf und soll: „Der faktische und der metaphysische Institutionsbegriff sind für die Rechtswissenschaft nicht gleichgültig. In den realen gesellschaftlichen Institutionen drücken sich nämlich die jeweiligen Ordnungs- und Herrschaftsverhältnisse einer Epoche aus. Die Institutionen als Ganzes repräsentieren für den von ihnen organisierten Lebensbereich die jeweils konkrete Machtlage der Gesellschaft, die Zuordnung von Macht und Recht sowie deren sozialphilosophische Legitimationsversuche. Der faktische und der metaphysische Institutionsbegriff können daher auch für die Rechtsanwendung eine wertvolle Hilfe bei der vollständigen Erfassung des jeweils fraglichen Lebenssachverhaltes und bei der Feststellung der dafür typischen Interessenkonstellation sein.“²⁹⁴ Rütters meint hier zwar primär die Rechtswissenschaft als Rechtsanwendung, doch sollte die „vollständige Erfassung des jeweils fraglichen Lebenssachverhaltes“ gerade Aufgabe einer soziologischen Jurisprudenz als *Rechtswissenschaft* sein.

Allerdings ist es die anthropologische Komponente dieser Perspektive, die diese institutionelle Denkrichtung – jedenfalls nach dem oben offengelegten rechtstheoretischen Vorverständnis²⁹⁵ – unbrauchbar macht. Das Recht ist ein eigenständiges, autopoietisches soziales System der Gesellschaft, das seine Operationen nach eigenen normativen Maßstäben entscheidet. Nach dieser Grundkonzeption kann es keine anthropologischen Konstanten – falls solche überhaupt existieren – geben, die für das Recht

293 Rütters, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39, der ausdrücklich nur die Perspektive der Rechtsanwendung adressiert.

294 Rütters, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 39.

295 Siehe oben § 1 III 2, 3 a.

verbindlich sein können. Dem ist auch auf der rechtswissenschaftlichen Reflexionsebene Rechnung zu tragen. Es bringt keinen Erkenntnisgewinn, nach dem „Wesen“ des Vertrages zu fragen, wenn aus der Sicht des Rechts der Vertrag als Rechtsinstitut kein festes „Wesen“ haben kann.

b. Institutionalischer Rechtspositivismus

Die Bedenken, dass die soziale Institution der rechtlichen Stabilisierung Vorgaben machen könnte, teilt eine dritte Konzeption des institutionellen Rechtsdenkens, die *Rüthers* noch als faktischen Institutsbegriff²⁹⁶ bezeichnet hat. Demnach richten sich zwar rechtliche Institute an sozialen Institutionen, also an der sozialen Realität, aus. Der Begriff ist damit als Rückgriff auf reale, gesellschaftlich gültige (vom gesellschaftlichen Konsens getragene) Verhaltensmuster konzipiert. Daraus folgt jedoch nicht, dass die sozialen Strukturen normative Verbindlichkeit für die Struktur des Rechtsinstituts haben.

Ein solches Verständnis haben in jüngerer Ideengeschichte insbesondere *MacCormick* und *Weinberger* angenommen und weiterentwickelt. Sie bezeichnen ihre Ansätze selbst als institutionalistischen Rechtspositivismus.²⁹⁷ Dabei versuchen sie einen Mittelweg zwischen den beiden vorgenannten Ansätzen zu gehen, aber grenzen sich im Detail von ihnen ab: Beide verfolgen dabei zwar ähnliche – in Einzelfragen jedoch jeweils leicht unterschiedliche – Erkenntnisinteressen. *MacCormick* hat primär die soziale Ordnung aus der Perspektive des Rechts im Blick:²⁹⁸ Ihm geht es um die Stabilisierung von sozialen Phänomenen durch die normative, institutionelle Ordnung des Rechts. Er betrachtet aber auch die andere Seite, nämlich die Stabilisierung des Rechts durch gemeinsam getragene Überzeugungen der Mitglieder bzw. der Betroffenen einer Institution. *Weinbergers* Erkenntnisziel ist hingegen auf einer (norm-)theoretischen Ebene angesiedelt. Er fragt danach, wie rechtliche Institute ontologisch und epistemologisch so präzise wie möglich beschrieben werden können. Dazu sei auch ein Blick

296 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 34 f., der damit insbesondere die soziologische Perspektive *Luhmanns* meint.

297 *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985; *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 143, wo er sich von den anderen Strömungen abgrenzt; zur Genese siehe *Hahn-Lorber*, Rechtstheorie 41 (2010), 251.

298 Deutlich *MacCormick*, Institutions of Law, 2007, S. 11 – 37.

auf die Realität notwendig, weil Recht gleichzeitig eine soziale Institution sei.²⁹⁹

Anders als die beiden Ansätze zuvor wird sowohl dem positiven Recht als auch der sozialen Realität des Rechts ein gleichberechtigter Anteil in der Analyse des Rechts zugesprochen. *Weinberger* unterscheidet als Grundlage seines institutionalistischen Rechtspositivismus bzw. normativistischen Institutionalismus auch in der Sache zwischen Institut (Rechtsnormen in Selbstreferenzperspektive)³⁰⁰ und Institution (Norm als soziale Tatsache).³⁰¹ Das gesamte Recht und seine Normen sind Teil der sozialen Realität. „Aus dieser Gegenüberstellung der zwei Betrachtungsweisen der Normen resultiert die Aufgabe, zu erklären, worin das soziale Dasein der Normen besteht, und welche Funktionen Normen in der sozialen Wirklichkeit haben.“³⁰² Im Mittelpunkt des institutionalistischen Rechtspositivismus steht damit die Wechselbeziehung zwischen den beiden Perspektiven.³⁰³

Anders als anthropologische Konzeptionen von Institutionen ist der institutionalistische Rechtspositivismus tendenziell offener für Veränderungen in der sozialen Umwelt des Rechts. Zwar hebt auch *Weinberger* die Bedeutung der Leitidee – der *idée directrice* – für die Theorie der Institution hervor. Anders als jedoch *Hauriou*, der in der Leitidee als vorgegebene Entität das zentrale Element seiner Institutionentheorie sah, begriff *Weinberger* die Leitideen als „schöpferische Gedanken, die von der gesellschaftlichen Situation und den aktuellen Bedürfnissen der Menschen abhängig sind“.³⁰⁴ Was heißt das – insbesondere für die Abgrenzung zu anderen Ansätzen – aber genau? An anderer Stelle stellt *Weinberger* klar, dass er am Begriff der Leitidee als begriffliche Bestimmung der Aufgabe der Institution festhalten möchte, aber die metaphysischen bzw. anthropo-

299 *MacCormick/Weinberger*, An Institutional Theory of Law, 1986, S. 6 – 9, 24 f.

300 Dazu auch *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 154, wo die Selbstreferenzperspektive des Rechts auf Institutionen als „normative Institutionen“ bezeichnet wird sowie S. 156 mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die romanistische Terminologie „Rechtsinstitut“.

301 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 13 verwendet die Begriffe „Norm als gedankliche Entität“ und „Norm als soziale Tatsache“.

302 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 13.

303 So auch *Hahn-Lorber*, Rechtslehre 41 (2010), 251 (255).

304 *Weinberger*, Recht, Institution und Rechtspolitik, 1987, S. 231 unter Verweis auf *MacCormick/Weinberger*, Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985, S. 50 – 53.

logischen Elemente von *Hauriou* eliminiert:³⁰⁵ Die Leitideen seien „von Situationen und Bedürfnissen inspirierte Schöpfungen, ja teils Erfindungen des menschlichen Geistes.“³⁰⁶ Der institutionalistische Rechtspositivismus rekurriere demnach auf „keine[n] naturrechtlichen Voraussetzungen“ und versuche keinen apriorischen Inhalt zu ermitteln, „um das Feld der möglichen Gestaltung der Institutionen möglichst offen zu halten.“³⁰⁷

Damit kann *Weinberger* die oben genannten Bedenken ausräumen; das Recht folgt keinen vorgegebenen „Ideen“ und die Rechtswissenschaft versucht auch nicht, solchen nachzugehen. Allerdings verengt *Weinberger* den Institutionenbegriff, indem er an der Leitidee festhält. Zwar möchte er der Leitidee keine metaphysische oder anthropologische Konstante beimessen, muss jedoch durch den Begriff mit einer jeweiligen primären gesellschaftlichen Aufgabe einer Institution operieren. So zeigt ein Beispiel, dass er der Institution Universität eine primäre gesellschaftliche Aufgabe zuweist und in Folge einer Veränderung des institutionellen Settings diese neuen Regeln kritisiert, da sie der Leitidee nicht entsprechen bzw. sie nicht fördern.³⁰⁸ Dass sich die gesamtgesellschaftliche Funktion der Universitäten aber geändert hat – sodass das neue Regelsetting in Bezug auf neue Funktionen gedeutet werden muss/ sollte –, wird nicht angesprochen.

Noch deutlicher wird dies an einer anderen Stelle: „Die Struktur der Institutionen muss funktional so bestimmt werden, dass sie [...] die Leitideen des zu schaffenden Werkes, d.h. die beabsichtigte gesellschaftliche Rolle der Institution [...] erfüllt.“³⁰⁹ Deutlich wird wieder ein Funktionsdeterminismus, wenn auch nicht anthropologisch vorgegeben, aber als feste pfadabhängige Größe. Zum Ausdruck kommt also ein gewisser Konservatismus: Eine Leitidee ist zwar nicht anthropologisch vorgegeben; ist sie jedoch einmal etabliert, soll diese Funktion ausschlaggebend für weitere Analysen sein.

Dagegen spricht jedoch, dass jeder soziale Umstand funktionale Äquivalente besitzt und unbeabsichtigte Nebenfolgen produzieren kann. Die Festlegung auf eine feste Funktion ist kaum möglich. Würde sich das Recht auf eine einmal sozial etablierte Leitidee bzw. Funktion festlegen,

305 Noch undeutlich die Abgrenzung bei *Weinberger*, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987, S. 125 f.

306 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (103).

307 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (104).

308 *Weinberger*, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987, S. 232.

309 *Weinberger*, ARSP 76 (1990), 100 (116).

ignoriert es eines der kennzeichnenden Elemente moderner Gesellschaften: Komplexität.³¹⁰ Moderne Gesellschaften sind dahingehend komplex, dass es keine letzten Wahrheiten mehr geben kann und jede soziale Funktion und jede soziale Struktur historisch kontingent³¹¹ ist. Jedes soziale Phänomen ist abhängig von seinen historischen Entstehungsvoraussetzungen. Das bedeutet aber, dass sich Funktionen und Strukturen jederzeit³¹² auch ändern können. Komplexität aufgrund von Kontingenz bedeutet, dass alles so ist (wie es gerade ist), aber auch ganz anders sein könnte.³¹³ Legt sich eine Rechtstheorie, die sich als Reflexionsebene des Rechts versteht, auf eine einmal gefundene soziale Funktion oder Struktur des Rechts allgemein oder einzelner Institute im Besonderen fest, ignoriert sie diese Komplexität der Moderne. Damit kann sie soziale Veränderungen in der Umwelt des Rechts nicht mehr adäquat erfassen und für das Recht reflektieren. Dies ist aber für diese Untersuchung eine der maßgeblichen Anforderungen an eine rechtstheoretische Beschreibung des Vertrages.

Damit kommt der institutionalistische Rechtspositivismus zwar den hier geforderten Kriterien sehr nahe. Er nimmt die positive Rechtsordnung als Ausgangspunkt seiner Überlegungen und kann den Vertrag als positivrechtliches Institut beschreiben. Gleichzeitig beschreibt er den Vertrag als soziale Institution und sieht die Wechselwirkung zwischen beiden Ebenen als einen maßgeblichen Erkenntnisgegenstand der Rechtswissenschaft. Allerdings verhindert das Festhalten am Begriff der Leitidee die Öffnung für moderne gesellschaftliche Komplexität.

c. Legal Institutionalism

Eine verhältnismäßig junge Spielart des institutionellen Rechtsdenkens findet sich im sog. *legal institutionalism*. Sie grenzt sich ausdrücklich vom

310 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 134 – 144.

311 Siehe zum Begriff der Kontingenz *Luhmann*, Kontingenz und Recht, 2013, S. 26 – 47.

312 Dabei gibt es jeweils spezifische Gründe für die derzeit etablierten Funktionen und Strukturen innerhalb der Gesellschaft, wodurch Veränderungen in einigen Kontexten möglicherweise unwahrscheinlicher sind als in anderen Kontexten.

313 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 137: „Alle erkennbare Ordnung beruht auf einer Komplexität, die sichtbar werden läßt, daß auch anderes möglich wäre.“

institutionellen Rechtspositivismus ab³¹⁴ und verortet sich selbst eher in der Nähe des traditionellen Institutionendenkens in der Ökonomik bzw. der Neuen Institutionenökonomik.³¹⁵ Dabei geht es seinen Vertreter*innen um eine ökonomische und institutionelle Analyse des modernen Wirtschaftssystems – des Kapitalismus – aus der Brille des Rechts bzw. der Rechtswissenschaft. Ihr Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, inwieweit privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Institute, wie z.B. Verträge, Eigentum, Unternehmen oder Geld, Regeln und Strukturen für die moderne kapitalistische Gesellschaft bereitstellen bzw. modernen Kapitalismus erst ermöglichen und stabilisieren.³¹⁶ Da diese Forschungsrichtung die Wechselwirkungen zwischen Recht und Umwelt betrachtet, kommt sie der hier geforderten institutionellen Betrachtung nahe. Ihr Problem für die Zwecke dieser Untersuchung besteht darin, dass sie sich ausdrücklich auf strukturelle Kopplungen zwischen Recht und Wirtschaft beschränkt; für weitere Systemkontexte – und gleichzeitig daneben bestehende Systemkontexte – von Privatrechtsinstituten ist dieser Ansatz blind.

d. Verknüpfung mit Ansätzen moderner soziologischer Jurisprudenz

Diese Schwäche des institutionalistischen Rechtspositivismus kann jedoch durch jüngere Ansätze der soziologischen Jurisprudenz ausgeräumt werden. Dabei bestehen erhebliche Gemeinsamkeiten zwischen dem institutionalistischen Rechtspositivismus und Analyseansätzen privatrechtlicher Grundbegriffe – Institute wie Eigentum, Vertrag, Person oder Delikt – von Vertretern einer modernen soziologischen Jurisprudenz. Diese Gemeinsamkeiten drücken sich insbesondere in einer gemeinsamen Terminologie des institutionellen Rechtsdenkens aus. In der bisherigen Auseinandersetzung wurden diese Verbindungslinien nicht hinreichend aufgedeckt.³¹⁷

314 *Deakin et al.*, *Journal of Comparative Economics* 45 (2017), 188 (188 Fn. 1).

315 *Deakin et al.*, *Journal of Comparative Economics* 45 (2017), 188 (198 f.).

316 Vgl. *Deakin et al.*, *Journal of Comparative Economics* 45 (2017), 188 (188 f., 191, 198); aktuelles Beispiel für eine solche Untersuchung ist *Pistor*, *Der Code des Kapitals*, 2020.

317 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20 bezieht sich noch auf *Raisers* Konzeption des Vertrages als Institution; *Grünberger*, *Personale Gleichheit* 2013, S. 895 spricht von der Institutionenlehre als Vorläufer soziologischer Jurisprudenz.

So unterscheidet auch *Wielsch* zwischen „rechtlichen Formen“ (Institutionen), die gleichzeitig als „soziale Institutionen“ betrachtet werden können.³¹⁸ Dies trifft vor allem auf den Vertrag zu: „Die Rechtsfigur des Vertrages wird *zugleich* als soziale Institution verstanden.“³¹⁹ Auch *Teubner* betonte vor der gänzlichen Umstellung auf das systemtheoretische Denken deutlich stärker den Institutionencharakter des Vertrages.³²⁰ Das Erkenntnisinteresse ist hierbei im Gegensatz zum institutionalistischen Rechtspositivismus leicht verschoben:³²¹ Es geht primär um soziale Veränderungen in der Umwelt des Rechts und um die Frage, ob dadurch eine Bedeutungsverschiebung der Privatrechtsinstitute eingetreten ist bzw. wie das Recht auf solche (faktischen) Veränderungen (normativ) reagieren kann. „Auch wenn juristische Formen *prima vista* für sich in Anspruch nehmen können, als normativ gehaltvoller Ausdruck von Entscheidungen über soziale Interaktionen gelten zu können, ist doch kontinuierlich zu prüfen, ob die normativen Gehalte der Formen weiter mit guten Gründen verteidigt werden können, und sich die Rechtsformen gegenüber den sozialen Kontexten, in denen sich die Interaktion vollzieht, responsiv zeigen. Eine solche Prüfung ist auch und zuvorderst Aufgabe der Rechtswissenschaft selbst, die sich hierbei auf eine institutionelle Analyse der Rechtsformen stützen kann.“³²² Wenn sich die sozialen Funktionen einer rechtlichen Institution wandeln, sollte das Recht über eine Reflexionsebene verfügen, auf der über Anpassungen nachgedacht werden kann.³²³ Diese Reflexionsebene kann die Rechtstheorie mit institutionellen Ansätzen bilden.

Spätestens an dieser Stelle wird deutlich, dass das institutionelle Rechtsdenken eng mit funktionalistischen Ansätzen zusammenhängt; die Begriffe Institution und Funktion ergänzen und bedingen einander, was im nachfolgenden Abschnitt gezeigt werden soll. Inwieweit sich die Funktionen des Vertrages in der modernen Gesellschaft verändert haben und damit eine Reflexionsleistung erforderlich wird, ist die Frage des übernächsten

318 *Wielsch*, in: FS Amstutz, 2012, S. 329 (330).

319 *Wielsch*, in: FS Teubner, 2009, 395 (398).

320 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 16; in Rn. 21 wird jedoch bereits der Vertrag auch als Interaktionssystem re-konstruiert.

321 Darin kann einer der Gründe gesehen werden, dass bisher beide Theoriefamilien weitgehend getrennt voneinander operieren.

322 *Wielsch*, in: FS Amstutz, 2012, S. 329 (330).

323 Ähnlich *Simitis*, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 539 f., für den die rechtliche Anpassung an die soziale Wirklichkeit jedoch ein Automatismus ist.

Abschnitts. Hier wird sich auch der eigentliche Berührungspunkt³²⁴ zwischen institutionellem Rechtsdenken und – insbesondere von der Systemtheorie geprägten – moderner soziologischer Jurisprudenz zeigen: Eine differenzierungstheoretische De-Konstruktion der Privatrechtsinstitute ist eine Möglichkeit, die komplexe soziale Realität moderner Gesellschaften begrifflich und analytisch erfassen zu können.

III. Institution und Funktion

1. Verknüpfung zwischen Institution und Funktion

In den vorherigen Ausführungen tauchte bereits der Begriff der Funktion auf. Das ist kein Zufall, denn das institutionelle Rechtsdenken ist eng mit einer funktionalen Analyse verbunden.³²⁵ Gleichfalls ist die moderne soziologische Jurisprudenz stark systemtheoretisch geprägt und weist damit ebenfalls enge Verbindung zum Funktionalismus auf.³²⁶ Der Funktionsbegriff kann als rechtstheoretisches Instrument angesehen werden, um die Verbindung zwischen der formal-juristischen Dimension als Institut und der sozialen Wirklichkeitsdimension als Institution herzustellen. Betrachtet man das Recht im Kontext seiner sozialen Umwelt, so kann man nicht nur nach der Funktion des Rechts als Ganzes fragen, sondern kann auch einzelne Rechtsinstitute nach ihrer Funktion in spezifischen Kontexten befragen.³²⁷

Funktionen umschreiben zunächst Aufgaben oder Leistungen.³²⁸ Aufgaben bzw. Leistungen implizieren dabei relationale Aussagen nach dem Schema: Welche Funktion(en) hat X für Y? Dadurch können verschiedene Elemente miteinander in Verbindung gebracht werden, die vorher als getrennte, voneinander unabhängige Aspekte betrachtet wurden. „Eine funktionale Betrachtung zielt darauf, Aufgaben, Leistungen und Organisationen

324 Eine Umstellung des institutionellen Rechtsdenkens hin zum systemtheoretischen Denken deutet bereits *Krawietz*, JZ 1985, 706 (712 f.) an.

325 Besonders deutlich bei *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, [1963] 1977, S. 124 (128), der jedoch von „Zwecken“ spricht.

326 Grundlegend zur Umstellung auf funktionalistische Methoden im Rahmen der Systemtheorie *Luhmann*, in: ders., *Soziologische Aufklärung 1*, 1970, S. 31.

327 So bereits *Simitis*, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, 1957, S. 48; auch die Einleitung des AK-BGB (Schuldrecht I, 1980), spricht von der „soziale[n] Funktion zentraler Schuldrechtsinstitute“.

328 *Schmidt-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107).

miteinander und mit ihrem Umfeld in Beziehung zu setzen, sie als System zu verstehen und ihre Bewegungsgesetze zu analysieren.“³²⁹ Überträgt man diesen offenen Definitionsversuch auf den Untersuchungsgegenstand Vertrag, kann man formulieren: Der Vertrag – als formal-juristisches Konstrukt – existiert nicht losgelöst von der sozialen Realität.³³⁰ Privatrechtsakteur*innen schließen in der Realität immer wieder eine Vielzahl von Verträgen. Dadurch verfolgen sie nicht nur individuelle Interessen; jeder Vertrag ist auch in ein soziales Gefüge, in kollektive Strukturen, eingebunden. Innerhalb dieses sozialen Gefüges, in dem auch andere individuelle wie kollektive Akteur*innen (z.B. Organisationen) agieren, erfüllt der einzelne Vertrag wie auch die Tatsache, dass – z.B. durch Standardisierungen – immer wieder ähnliche Verträge geschlossen werden, bestimmte Funktionen. Der Vertrag ist „nicht lediglich Quelle der vertraglichen Ansprüche, sondern auch Mittel zur Verwirklichung bestimmter Funktionen.“³³¹ Der Begriff der Funktion ist eine mögliche theoretische Annäherung, die konkrete Art und Weise der Einbindung zu beschreiben. Die sozialen Funktionen des Vertrages beziehen sich also darauf, welche „Rolle“ tatsächlich geschlossene Verträge in bestimmten Gesellschaftsbereichen spielen. Es geht hier nicht primär um die Funktionen des *Vertragsrechts*, sondern um die Funktion(en) von tatsächlich geschlossenen Verträgen.³³² Die Unterscheidung ist dabei jedoch lediglich analytisch-graduell, da der Vertrag als Institut Teil des Vertragsrechts ist und das Vertragsrecht die rechtlich-formale Seite der Institution Vertrag konstituiert.

Der Begriff der Funktion ergänzt damit auf rechtstheoretischer Ebene die Begriffe Institut und Institution, um die Wechselwirkungen zwischen Recht und sozialer Realität abbilden zu können.³³³ Die Funktionsbeschreibungen des Vertrages ermöglichen, die Interdependenzen zwischen dem Vertrag als Rechtsinstitut (Vertragsschluss als Interaktion zweier Parteien auf der Mikroebene) und sozialen Ordnungsstrukturen (Meso- und Makroebene) zu beschreiben; erst beide Perspektiven zusammen bieten eine Beschreibung der Institution Vertrag: „Aus dem so verstandenen normativen Charakter

329 *Schmidt-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107).

330 Und auch nicht losgelöst von der Gesamtrechtsordnung, weshalb auch nach Funktionen für das gesamte Recht gefragt werden könnte. Diese Differenzierung zwischen rechtlichen und anderen Funktionen nimmt *Lecheler*, NJW 1979, 2273 (2274) vor, der die soziale bzw. politische Funktion als „Aufgabe“ bezeichnet.

331 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.

332 Siehe dazu auch unten § 3 I 1.

333 Ähnliche Definition bei *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (727 f.).

der in Vollzug gesetzten Privatrechtsordnung sind Voraussetzungen und Grenzen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie zu entwickeln. Es ist eine Lebensfrage der Privatrechtsordnung, ob es gelingt, die rechtsgeschäftliche Privatautonomie als Mittel individueller Gestaltung zu bewahren und zugleich ihre Funktion und ihre Grenzen innerhalb der Rechtsordnung zu bestimmen. Das aber ist die Frage nach dem Verhältnis von individueller Gestaltungsfreiheit und gesellschaftlichen Funktionen der Institution.³³⁴

Keiner der Begriffe soll hier als rechtsmethodischer oder sogar dogmatischer Begriff verwendet werden. Die – insbesondere auf methodischer Ebene angesiedelte – Kritik gegenüber einem institutionellen Rechtsdenken³³⁵ oder gegenüber einer funktionalen Rechtstheorie³³⁶ kann dem hier dargelegten Verständnis nicht unmittelbar entgegengehalten werden. Die Begriffe entfalten keine normative Verbindlichkeit für eine Rechtsanwender*in bei der Interpretation des positiven Rechts.³³⁷

Das schließt nicht aus, dass gegen eine funktionale Methode methodologische – also wissenschaftsbezogene – Gesichtspunkte sprechen können. Diese Untersuchung kann als Vorschlag bzw. Skizze für eine genuin rechtswissenschaftliche Methode verstanden werden. Bei dieser entworfenen rechtstheoretischen Skizze muss diese Untersuchung verbleiben. Für die konkrete Analyse des Forschungsgegenstandes – des Stadionverbotsbeschlusses sowie der anderen Fälle der Gesellschaft – genügt die vorgenann-

334 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443).

335 *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970, S. 43 – 61: Rechtsanwender*in trete in Konkurrenz zum Gesetzgeber; aber einschränkend S. 52, 59: Institutionendanken verdunkle die immanent politische Dimension der Rechtsdogmatik.

336 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrerschutz, 1995, S. 24: „Tendenz zur Verabsolutierung“ und lasse „der Entfaltung formaler Freiheit keine ausreichende Chance“; *Lecheler*, NJW 1979, 2273 (2275 – 2277); dagegen *Klauser*, NJW 1980, 753.

337 *Schmidt-Aßmann*, in: FS Menger, 1985, S. 107 (107 f.) möchte aber die Erkenntnisse, die durch eine funktionale Methode gewonnen werden, durch die systematische und teleologische Auslegung unmittelbar in das positive Recht – jedoch mit der Einschränkung, dass von vornherein die normativen Vorgaben in Bezug zur Funktionsanalyse gesetzt werden müssen – überführen. Dabei ist zwar richtig, dass insbesondere die teleologische Auslegung ein rechtsmethodisches Instrument ist, um die durch eine funktionale Betrachtung erlangten Beobachtungen in das Recht zu überführen. Das heißt jedoch nicht, dass dies zwingend erfolgen muss; die teleologische Auslegung stellt eine *Möglichkeit* für die Rechtsanwender*in bereit, keine Pflicht. Siehe dazu auch bezüglich ökonomischer Funktionen *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 450 – 459 sowie bezüglich regulatorischer Funktionen *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 646 – 747.

te Verbindung aus institutionellem Rechtsdenken und Funktionalismus. Für ein vollständiges rechtstheoretisches Modell, das auf diesen drei Elementen aufbaut, bedürfte es weiterer Forschung. Eine aktuelle rechtstheoretische Diskussion zum Funktionsbegriff wird derzeit nicht geführt.³³⁸ Funktionale Betrachtungen sind der deutschen (Privat-)Rechtswissenschaft zwar nicht fremd, jedoch fehlt eine aktuelle rechtswissenschaftstheoretische Auseinandersetzung³³⁹ damit. In der aktuellen privatrechtlichen Forschung wird der Begriff Funktion zwar verwendet, jedoch bleibt dabei unklar, welches Begriffsverständnis (rechtstheoretisch, dogmatisch o.ä.) ihm dabei zukommt.³⁴⁰ In jüngerer Zeit scheint sich der Funktionalismus im Immaterialgüterrecht einer gewissen Beliebtheit zu erfreuen, wobei sogar der Begriff der Multifunktionalität³⁴¹ auftaucht.³⁴² In Bezug auf Verwertungsgesellschaften wird postuliert, dass sie kulturelle, soziale und ökonomische Funktionen erfüllen; bei der Funktionsanalyse liegt der Schwerpunkt dann aber eindeutig auf der ökonomischen Systemreferenz.³⁴³ Auf der Ebene der Rechtstheorie könnte hier in weiterer Forschung die in anderen Sozialwissenschaften intensiv geführte Theorie- und Methodendiskussion zum Funktionalismus aufgegriffen und produktiv verarbeitet werden.³⁴⁴

338 Der Topos der Funktion einer „funktionale Rechtswissenschaftstheorie“ bei *van Aaken*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 79 bezieht sich auf die *Rechtswissenschaftstheorie*, also welche Funktion(en) eine Rechtswissenschaftstheorie – nicht die Rechtstheorie – leisten kann bzw. soll.

339 Zur frühen Begriffsbildung in der funktionalen Rechtstheorie *Krawietz*, *Das positive Recht und seine Funktion*, 1967, S. 29 – 64.

340 Negatives Beispiel bei *Kamp*, *Funktion und Grenzen schuldverhältnisbedingter Nebenpflichten*, 2020, S. 5, 19, 177 – 322, der die Funktion durch Auslegung ermitteln möchte. Zu ungenau auch noch *Reinelt*, in: Hetmank/Rechenberg (Hrsg.), *Kommunikation, Kreation und Innovation*, 2019, S. 173 (174 – 179, 187 – 191).

341 Siehe dazu unten § 2 V 2.

342 *Fezer*, GRUR 2016, 30 (36): Multifunktionalität der Marke – allerdings mit Blick auf ökonomische Rationalitäten; zum durch den EuGH angestoßenen Multifunktionalismus einer Marke eingehend *Bathelt*, *Die Unionsgewährleistungsmarke*, 2021, S. 22 – 150.

343 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461; *Li*, *Multifunktionalität, Monopol und sektorspezifische Aufsicht*, 2020, S. 16 – 19, 51 – 148.

344 Beispielsweise *Stark*, in: *Jetzkowitz/Stark* (Hrsg.), *Soziologischer Funktionalismus*, 2003, S. 7; die Diskussion aufgreifend *Czerwick*, *Funktionalismus*, 2015.

2. Institutionenmissbrauch als Inspiration

Das institutionelle Rechtsdenken und die Verknüpfung mit Funktionen einzelner Institutionen auf rechtstheoretischer Ebene hat auch teilweise Einzug in die Rechtsdogmatik unter dem Stichwort des Institutionenmissbrauchs erhalten.³⁴⁵ Im Zentrum dabei steht primär der Vertrag als Privatrechtseinstitut. Der Institutionenmissbrauch wurde beispielsweise dafür herangezogen, um zu begründen, dass ein Vertrag zulasten Dritter aufgrund immanenter Grenzen der Privatautonomie unwirksam sei.³⁴⁶ Dogmatischer Anknüpfungspunkt für den Institutionenmissbrauch ist die Lehre von der unzulässigen Rechtsausübung bzw. des Rechtsmissbrauchs, welche in § 242 BGB verortet wird.³⁴⁷

Der Institutionenmissbrauch³⁴⁸ geht auf die Unterscheidung *Ludwig Raisers* zwischen individuellem Rechtsschutz und Institutionenschutz zurück:³⁴⁹ Danach sieht das Recht nicht nur einen Rechtsmissbrauchseinwand vor, wenn durch den privatautonomen Gebrauch eines Rechtsinstituts subjektive Rechte (z.B. eines Vertragspartners) beeinträchtigt werden, sondern auch dann, wenn der Gebrauch nicht der „Idee“ oder Funktion des Rechtsinstituts entspricht.³⁵⁰ Rechtsinstitute verkörpern demnach nicht nur subjektive Rechte, sondern werden (zumindest auch) als objektives Recht betrachtet. Rechtsinstitute spiegeln somit auch soziale Organisationsformen³⁵¹ – Institutionen. *Teubner* greift dies auf und unterscheidet neben dem individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauch noch den gesellschaftlichen Rechtsmissbrauch,³⁵² womit die gesellschaftliche Makroebene als Bezugspunkt ergänzt werden konnte. Durch die Anerkennung eines institutionellen und gesellschaftlichen Rechtsmissbrauchs entstehe eine „Bin-

345 Grundlegend *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1963], S. 124.

346 *Habersack*, *Vertragsfreiheit und Drittinteressen*, 1992, S. 36.

347 *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 224; monographische Aufbereitung jüngst bei *Guski*, *Rechtsmissbrauch als Paradoxie*, 2019.

348 Siehe *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 226 mwN zu historischen Vorgängern aus den 1930er Jahren.

349 Grundlegend *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, [1963] 1977, S. 124; noch heute wird beim Rechtsmissbrauch zwischen individuellem und institutionellem Rechtsmissbrauch kategoriell unterschieden, so *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 225; das Konzept des institutionellen Rechtsmissbrauchs hat vor einiger Zeit das BAG für das Befristungsrecht herangezogen: BAG, Urt. v. 26.10.2016, 7 AZR 135/15.

350 Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB, § 242 Rn. 226.

351 *Esser/Schmidt*, *Schuldrecht AT I*, 1995, S. 171.

352 *Teubner*, *AK-BGB 1980*, § 242 Rn. 38 – 44, 89 – 92, 105 – 110.

„Jede Rechtsausübung hat sich im Rahmen des mit der Ordnung des jeweiligen Rechtsinstituts gesetzten Zwecks zu bewegen.“³⁵³ Damit baut der Institutionenmissbrauch auf dem rechtstheoretischen Grundgedanken auf, dass eine Rechtsordnung nicht nur auf (der Gewährung von) subjektiven Rechten aufbaut, sondern gleichzeitig auch auf der Stabilisierung objektiv-rechtlicher Institute.³⁵⁴ Es geht um die „Kompatibilisierung“ widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung und damit um eine „Vergesellschaftung“ des Rechts.³⁵⁵ Die Lehre vom Institutionenmissbrauch dient vor diesem Hintergrund als argumentative Grundlage für die dogmatische Begründung ungeschriebener, immanenter Schranken bzw. Grenzen subjektiver Rechte (z.B. der Vertragsfreiheit), die aus objektiven Funktionen folgen.³⁵⁶ „Die Lehre vom Institutsmissbrauch führt somit zur Begrenzung der möglichen Inanspruchnahme des Instituts durch dessen *Funktion*, indem sie einem funktionswidrigen Gebrauch die rechtliche Anerkennung versagt.“³⁵⁷ Es geht um einen (objektiven) „Fehlgebrauch“ eines Rechtsinstituts, infolgedessen Rechtsschutz vorenthalten wird.³⁵⁸ Damit wird zwar grundsätzlich die individuelle Kreativität im Schuldrecht durch die Privatautonomie gewahrt, jedoch müssen sich Privatrechtsakteure innerhalb der Grenzen der rechtlich bereitgestellten Institute für ihre Rechtsgeschäfte bewegen. Dadurch entsteht eine „Bindung an den Sinngehalt der verfügbaren Kommunikationsmuster“³⁵⁹. Damit trägt der Rechtsmissbrauchseinwand dem Umstand Rechnung, dass der Vertrag von einem oder von beiden Parteien als Mittel für Zwecke eingesetzt wird, die „über die von der Rechtsordnung dem Vertrag zugewiesenen Funktionen hinausgehen“.³⁶⁰

Diese Untersuchung ist von dieser Lehre des Institutionenmissbrauch inspiriert. Allerdings kann sie hier nicht problemlos übernommen werden. Das liegt primär daran, dass hier die Unterscheidung von Institut und Institution sowie die Funktionsanalyse als rechtstheoretisches Analyseinstru-

353 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 171.

354 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 36; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 407.

355 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 22.

356 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 36.

357 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.

358 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 172 f.

359 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I, 1995, S. 171.

360 *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 37.

ment verwendet werden soll. Das Institutionendenken wird hier nicht eingesetzt, um rechtsdogmatisch Grenzen der Vertragsfreiheit aus dem „Wesen“ des Vertrages oder seiner Funktion zu begründen. Für die rechtstheoretische Reflexionsebene,³⁶¹ die einen Kontakt zur sozialen Wirklichkeit des Rechts sucht, können Grundgedanken des Institutionenmissbrauchs jedoch adaptiert werden. Grundgedanke des Institutionenmissbrauchs ist es, dass aus der sozialen Umwelt des Rechts („Wesen“ bzw. feste Funktion einer Institution) Konsequenzen für das Recht entstehen (Nichtigkeit des Gebrauchs eines subjektiven Rechts). Dabei ist ein *dogmatischer* Schluss von (sozialer) Funktion auf eine rechtliche Nichtigkeitsfolge nicht zwingend. Insbesondere ein rechtswissenschaftstheoretisches Vorverständnis, das sich vom Rechtssystem abgrenzt, möchte nicht primär Aussagen über die Dogmatik treffen. Doch gerade für eine rechtswissenschaftliche Analyse eines Rechtsinstituts kann die Funktionsanalyse ein adäquates Mittel sein; die Frage nach der sozialen Funktion eines Instituts kann das Recht produktiv irritieren. Indem die Rechtswissenschaft nach theoretischen Konzeptionen der Vertragsfunktion fragt, kann sie die auf diese Weise gewonnen Erkenntnisse produktiv für eine Kritik oder einen dogmatischen Konstruktionsvorschlag nutzen. Die Funktion bildet den Ausgangspunkt für rechtsdogmatische Anknüpfungen, nicht ihren Endpunkt.³⁶² Damit sind keine verbindlichen Aussagen über dogmatische Konstruktionen verbunden; die Funktionsanalyse bietet vielmehr eine rationale Grundlage für die weitere Untersuchung. Gleichzeitig wird damit die Forderung eingelöst, nach der die Rechtswissenschaft Instrumente für die hinreichende Erfassung der (unterschiedlichen) sozialen Funktionen von Rechtsinstituten sowie den mit ihnen verbundenen subjektiven Rechten entwickeln müsse.³⁶³

IV. Historische Kontingenz der Vertragsfunktionen

Damit stellt sich die Frage, wie die Funktionen von Verträgen beschrieben werden können, wenn man nicht auf ein ihnen immanentes Wesen abstellen möchte. Hier liegt eine soziologische Beschreibung der tatsächlichen Auswirkungen von Verträgen in der Gesellschaft nahe. Ausgangspunkt

361 *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (319 f.): Rechtswissenschaft als Reflexionstheorie des Rechts.

362 So auch *Starke*, Vertragsfreiheit und EU-Grundrechte, 2016, S. 14, 17.

363 *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (324).

muss dabei die Einsicht sein, dass die Grundbegriffe des Privatrechts wesentliche Verschiebungen ihrer Bedeutung erfahren, wodurch auch ein Funktionswandel der einzelnen Privatrechtsinstitute eintritt.³⁶⁴ Diese Verschiebungen werden provoziert durch Änderungen der gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen. Die Grundbegriffe unterliegen insbesondere einer Begriffsveränderung in Abhängigkeit von der jeweiligen Sozialstruktur einer Gesellschaft – und das bei Beibehaltung³⁶⁵ der tradierten Begriffe. Änderungen der Bedeutung von Begriffen sind vor allem im Zuge von Änderungen der gesellschaftlichen Differenzierungsform zu erwarten.³⁶⁶ Diese Begriffsverschiebung im Zuge des historischen und sozialen Wandels lässt sich für den Vertrag und seine Funktionen in exemplarischer Auseinandersetzung mit dem Narrativ „*from status to contract*“ zeigen. Dadurch kann auch der Anknüpfungspunkt für eine Funktionsanalyse des Vertrages in einer modernen Gesellschaft präzisiert werden. Erst durch die Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierte Gesellschaft lässt sich eine darauf bezogene Funktionsanalyse des Vertrages durchführen, die die heutigen gesellschaftlichen Umstände adäquat abbildet.

1. Bedeutung und Grenzen eines Narrativs

Ein erster (historischer) Anknüpfungspunkt für die Beschreibung der gewandelten Vertragsfunktionen bei gewandelten gesamtgesellschaftlichen Verhältnissen könnte *Maines* anthropologisches Entwicklungsgesetz des „*movement from status to contract*“ sein. Auf diese Idee könnte man kommen, weil das Narrativ der Entwicklung „*from status to contract*“ bzw. in teilweise kritischer Konnotation umgekehrt „*from contract to status*“ in der zeitgenössischen Literatur herangezogen wird, um Veränderungen des Vertrages und des Vertragsrechts zu beschreiben.³⁶⁷

Die These „*movement from status to contract*“ stammt von *Henry Maine*.³⁶⁸ *Maine* entwickelte dieses Entwicklungsgesetz³⁶⁹ von (Pri-

364 Grundlegend zu einem solchen Funktionswandel *Friedmann*, *Recht und sozialer Wandel*, 1969, S. 13 – 32 sowie S. 99 – 134 zum Funktionswandel des Vertrages.

365 *Auer*, *Der Privatrechtsdiskurs der Moderne*, 2014, S. 49 – 55.

366 *Wielsch*, in: *FS Amstutz*, 2012, S. 329 (329 f.) bezüglich des Eigentums.

367 *Joerges*, *AG* 1991, 325; *Schwab*, *DNotZ Sonderheft* 2001, 9; *Bruns*, *JZ* 2007, 385.

368 *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 173 f.

369 *Maine* lag dabei ein anthropologischer Gedanke zugrunde, „*the natural history of law*“; so die Formulierung von *Pollock* in *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. XVI.

vat-)Rechtsordnungen unmittelbar für den Übergang von Rechtsordnungen archaischer Gemeinschaften zum klassischen römischen Recht,³⁷⁰ bezog sie jedoch auch bereits selbst auf die Ablösung der Feudalordnung durch die bürgerliche Gesellschaft in Europa.³⁷¹ Danach seien archaische Gemeinschaften durch eine Statusordnung geprägt, wobei *Maine* eine spezifische Konzeption von Status verfolgt.³⁷² Es geht ihm um die Individualperson als primäres Zurechnungs- und Verantwortungssubjekt³⁷³ aus der Sicht des Rechts und darum, die eigene Rechtstellung eigenständig abzuändern. In archaischen Gemeinschaften seien Rechte und Pflichten einer Person vom Recht ohne seine Zustimmung auferlegt. Dieser Status werde von der – patriarchalisch³⁷⁴ geprägten – Familie abgeleitet.³⁷⁵

Maine verwendet die Entwicklung „*from status to contract*“ somit in einem gesamtgesellschaftlichen Kontext. Er beschreibt damit Veränderungen bezüglich der Möglichkeiten und Formen einer Änderung der Rechtstellung innerhalb veränderter gesellschaftlicher Strukturen.

*„The transition from archaic to classic law and the transition from feudal law to common law are both characterized by the fact that the legal situation of the individual is no longer dependent upon his social status in a hierarchic system of order but, instead, is determined by his efficiency and capabilities in a capitalistic economy, an economic order that places the institution of contract at his disposal as the instrument of free and responsible determination of legal relations.“*³⁷⁶

Damit fokussiert sich *Maine* jedoch auf eine Beschreibung der gesamten Gesellschaft unter dem Blickwinkel, inwieweit Rechtsstellungsänderungen – und damit Freiheiten – möglich sind.³⁷⁷ Dabei ist für *Maine* das Haupt-

370 K. Röhl, Rechtssoziologie, 2016, § 3 V.

371 Dies betont auch die Anmerkung von Pollok in *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 184; so auch Joerges, AG 1991, 325 (328).

372 Zur Diskussion um den Statusbegriff bei *Maine* siehe K. I. Schmidt, 65 *The American Journal of Comparative Law* 145, 154 (2017).

373 Deutlich bei *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 172: „*The Individual is steadily substituted for the Family, as the unit of which civil laws take account.*“

374 *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 140 f.

375 *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 172 – 174.

376 *Rehbinder*, *Stanford Law Review* 23, 941 (942); dies übernimmt in deutscher Übersetzung K. Röhl, Rechtssoziologie, 2016, § 3 V.

377 Deutlich *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 325 f.: „*The point which before all others has to be apprehended in the constitution of primitive societies is that the individual creates for himself few or no rights, and few or no duties. The rules which*

unterscheidungsmerkmal moderner Gesellschaften zu früheren Gemeinschaften das Ausmaß der Sphären, die vom Vertrag eingenommen werden und damit freiere Rechtsstellungsänderungen zulassen.³⁷⁸ Hinzu kommt ein anthropologischer Evolutionsgedanke: die Entwicklung antiker bzw. primitiver Gesellschaften hin zu progressiven Gesellschaften (bzw. von „Gemeinschaften“ zu „Gesellschaften“).³⁷⁹ Man kann daher auch von einem Übergang einer Statusgesellschaft (bzw. -gemeinschaft) hin zu einer Kontraktgesellschaft sprechen.³⁸⁰ Eine Aussage über veränderte Funktionen des Vertrages erfolgt dadurch nicht. *Schmidt* wies hier treffend darauf hin, dass sich Autor*innen, die mit dem Narrativ des „*from status to contract*“ Veränderungen des Vertragsrechts beschreiben wollen, lediglich rhetorisch an *Maine* anlehnen.³⁸¹

2. Status- und Zweckkontrakte

Die Unterscheidung zwischen Status und Kontrakt ist jedoch für diese Untersuchung nicht völlig gegenstandslos. *Max Weber* griff bewusst die Terminologie *Maines* auf, um sein Entwicklungsgesetz zu kritisieren,³⁸² indem „nicht die Entwicklung vom ‚Status‘ zum ‚Kontrakt‘, sondern – unter der Prämisse der universalhistorischen Bedeutung des Vertrages – nur ein Wechsel der Vertragsart, nämlich vom Status- zum Zweckvertrag postuliert wird.“³⁸³ *Weber* sieht damit den Vertrag als eine wesentliche Möglichkeit der Begründung von subjektiven Rechten an. Dabei unterscheidet er zwei Formen von Verträgen: Status-Kontrakte und Zweck-Kontrakte.³⁸⁴ Im Zuge gewandelter gesellschaftlicher Umstände und Anforderungen an eine Rechtsordnung haben sich die Bereiche verändert, in denen Rechtsänderungen durch einen Vertrag begründet werden: Während urwüchsige Bereiche, wie

he obeys are derived first from the station into which he is born, and next from the imperative commands addressed to him by the chief of the household of which he forms part. Such system leaves the very smallest room for Contract.“

378 *Maine*, *Ancient Law*, 1920 [1861; 1906], S. 319.

379 *K. I. Schmidt*, 65 *The American Journal of Comparative Law* 145, 151 (2017).

380 *M. Weber*, Studienausgabe *Recht*, 2014, S. 36 = WuG 413 – 414.

381 *K. I. Schmidt*, 65 *The American Journal of Comparative Law* 145, 149, 169 f. (2017); ähnlich auch *Joerges*, AG 1991, 325 (328 f.): Rückkehr zu einer Statusordnung stehe nicht zur Debatte, dennoch sei das Status-Konzept lebendig geblieben.

382 So auch *K. I. Schmidt*, 65 *The American Journal of Comparative Law* 145, 153 (2017).

383 So im Nachwort von *Gephardt* zu *M. Weber*, Studienausgabe *Recht*, 2014, S. 204; vgl. dort auch S. 263.

384 *M. Weber*, Studienausgabe *Recht*, 2014, S. 38 f. = WuG 414 – 416.

die Unterwerfung unter ein Gericht oder die Begründung eines Lehen, früher durch Statusverträge geregelt wurden, nimmt in modernen Gesellschaft der Vertrag in anderen Bereichen – insbesondere ökonomischen – eine stärkere Stellung ein. Der Vertrag ist damit eine gemeinsame Form, mit der bestimmte Rechtsänderungen vorgenommen werden können. Welche Art diese Rechtsänderung hat, hat sich jedoch im Wechsel der Gesellschaftsformen gewandelt: So wurden Verträge bereits früh in der Geschichte genutzt. Sie wurden dabei allerdings selten bzw. nur sekundär für wirtschaftliche Transaktionen verwendet. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien waren dabei personenumfassend; dies nannte *Weber* „Statusverträge“.³⁸⁵ Mit Aufkommen des Kapitalismus und der Anpassung des Rechts an diese wirtschaftliche Rationalität wird die moderne Form des Vertrages vor allem in der Wirtschaft genutzt und hat dabei einen engen Geltungsbereich; daher nennt *Weber* diese Art von Verträgen „Zweckverträge“. „Damit der rationale Kapitalismus effektiv funktionieren kann, ist es absolut unerlässlich, dass die Übertragung von Eigentum sicher ist und problemlos funktioniert, und dies ist etwas, was nur der moderne (zweckbestimmte) Vertrag sicherstellen kann.“³⁸⁶ Die juristische Konzeption dieser modernen Form des Vertrages, welche den ökonomischen Tausch absichert, reagiert damit auf die Entstehung von Märkten sowie auf die Entwicklung des Geldsystems bzw. die Geldfunktion bestimmter Güter.³⁸⁷

Diese Definition der beiden Vertragsformen als Idealtypen kann auch funktional umschrieben werden: Früher erfüllte der Vertrag insbesondere eine Statusfunktion – wenn ein Vertrag geschlossen wurde, wurde damit die Gesamtrechtsstellung einer Person oder einer Gruppe verändert. Wenn jedoch Zweckkontrakte nur noch für spezifische – insbesondere ökonomische – Zwecke verwendet werden, wandelt sich auch die Funktion des Vertrages.

3. Status – Kontrakt – Rolle

Diese funktionale Re-Formulierung der Unterscheidung *Webers* zwischen Status- und Zweckkontrakten griff auch *Rehbinder* auf.³⁸⁸ Ähnlich wie hier beobachtete er, dass es insbesondere bei *Weber* um Verträge und ihre

385 So auch *Swedberg*, *Grundlagen der Wirtschaftssoziologie*, 2009, S. 227.

386 *Swedberg*, *Grundlagen der Wirtschaftssoziologie*, 2009, S. 227.

387 *M. Weber*, *Studienausgabe Recht*, 2014, S. 40 = WuG 416 – 417.

388 *Rehbinder*, 23 *Stanford Law Review* 941 (1971).

Funktion in der Gesamtgesellschaft geht. So wie *Weber* kommt auch er zum Schluss, dass immer weniger Verträge in modernen Gesellschaften eine Statusfunktion erfüllen. Anders als *Weber* geht er jedoch auch davon aus, dass eine Beschreibung moderner Verträge als Zweckkontrakte immer weniger plausibel erscheint. Er schlägt daher eine dritte Kategorie von Verträgen bzw. eine weitere Vertragsfunktion vor, die er mit dem Begriff der Rolle entwickelt. *Rehbinder* wählt für die Beschreibung des modernen Vertrages den soziologischen Rollenbegriff³⁸⁹. Das Kontraktrecht wählt als Anknüpfungspunkt für die Rechtsfähigkeit den Personenbegriff, womit aber eine Privatrechtsakteur*in für das Recht sozial isoliert wird: Alle Akteure haben die gleiche Rechtsfähigkeit, Eigentumsfreiheit oder Vertragsfreiheit unabhängig von den tatsächlichen Gegebenheiten. Das Statusrecht hingegen berücksichtigt das Individuum nur als Gruppenmitglied, also als einen sozial fest und absolut eingegliederten Teil eines Kollektivs.³⁹⁰ Der moderne Vertrag und das moderne Vertragsrecht können aber durch keine dieser Beschreibungen adäquat abgebildet werden: „*The law of the welfare state considers man within his social context and again undertakes the regulation of his legal relationship, but it differentiates according to the subject's position in the social system.*“³⁹¹ Da das Recht an die jeweilige soziale Position anknüpft, greift das Recht auf soziale Rollen zurück.³⁹² Diese These steht dann unter der Prämisse, dass durch einen Vertrag spezifische soziale Rollen begründet bzw. stabilisiert werden, wodurch sich das Vertragsrecht irritiert. Der Vertrag dient dann weder der Begründung von Statusverhältnissen noch der gänzlich selbstbestimmten Durchführung von ökonomischen Transaktionen, sondern primär der Zuweisung bzw. Stabilisierung spezifischer Rollen. Dadurch, dass das Recht aber feste Rollen bei einem Vertrag vorsieht, verändert sich der Charakter der Vertragsfreiheit. Vertragsfreiheit bedeutet in Bezug auf die Rollen nicht mehr, die Rolle zu gestalten oder zu erschaffen, sondern verändert sich zur Freiheit,

389 Grundlegend *Dahrendorf*, *Homo Sociologicus*, 1965 auf den sich *Rehbinder* ausdrücklich bezieht.

390 *Rehbinder*, 23 *Stanford Law Review* 941, 950 f. (1971).

391 *Rehbinder*, 23 *Stanford Law Review* 941, 951 (1971).

392 *Rehbinder*, 23 *Stanford Law Review* 941, 951 – 953 (1971). Einen ähnlichen Zugang wählen *Childres/Spitz*, 47 *New York University Law Review* 1 (1972), die auf einen (jedoch zu *Rehbinder* anderer) Rollenbegriff zurückgreifen, damit den Statusbegriff präzisieren und ein Modell entwerfen, um drei Vertragstypen zu unterscheiden.

eine Rolle zu wählen.³⁹³ Damit ist keine Rückkehr zu einem Statusdenken iSe fehlenden Flexibilität bezüglich der eigenen Gestaltung der Rechtsstellung verbunden, sondern darin kommt der Anspruch des Vertragsrechts zum Ausdruck, genau diese Flexibilität rechtlich abzusichern, wozu das Vertragsrecht an Rollenbeschreibungen anknüpft.³⁹⁴

Während diese Beschreibung moderner Verträge, insbesondere in Anbetracht von Standardisierungen und AGB, eine gewisse Plausibilität bietet, fehlt eine Beschreibung der Veränderung der Gesamtgesellschaft auf der Makroebene. Der von *Rehbinder* verwendete Rollenbegriff ist ein Topos auf der Mesoebene. Gesucht wird jedoch eine *Gesellschaftstheorie*, also eine Theorie, die die Gesellschaft auf der Makroebene erklären kann. Der von *Rehbinder* verwendete Begriff der Rolle ist nur ein Ausschnitt der sozialen Wirklichkeit, auf den sich der Vertrag beziehen kann und auf den das Vertragsrecht zurückgreift. Es sind vielmehr allgemein *soziale Grenzziehungen*, die heute die Institution Vertrag prägen, weshalb statt von Status oder Rolle auch allgemeiner von Inklusion und Exklusion gesprochen werden kann.³⁹⁵ Hier kann die soziologische Gesellschaftstheorie der funktionalen Differenzierung Aufschluss geben: Mit ihrer Hilfe lässt sich auf der gesellschaftlichen Makroebene erklären, wie *Rehbinder* zu der Verbindung zwischen Vertrag und Rolle kommt. Gleichzeitig kann damit eine rechtstheoretische Verbindungslinie zu Ansätzen moderner soziologischer Jurisprudenz geschlagen werden, die in dieser Form noch nicht artikuliert worden ist. Zuletzt – und dies ist das Erkenntnisziel von § 4 dieser Untersuchung – können die Begriffe funktionale Differenzierung, Inklusion und Exklusion sowie Vertrag miteinander in Verbindung gebracht werden.

393 *Rehbinder*, 23 *Stanford Law Review* 941, 955 (1971); dem zustimmend *Nagelmüller/Krafka*, *JURA* 2013, 762 (767).

394 Ähnlich auch *Friedmann*, *Recht und sozialer Wandel*, 1969, S. 431 f.; *Nagelmüller/Krafka*, *JURA* 2013, 762 (767).

395 So *K. Röhl*, *Rechtssoziologie*, 2016, § 3 V, jedoch ohne weitere Erläuterungen.

V. Soziale Multifunktionalität des Vertrages in sozial differenzierten Gesellschaften

1. Funktionale Differenzierung und ihre Bedeutung für den Vertrag

Auch wenn *Maines* Narrativ des „*movement from status to contract*“ keine unmittelbare Aussage zu den Vertragsfunktionen bei gewandelten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen trifft, zeigen insbesondere die Iterationen von *Weber* und *Rehbinder*, dass sich die Vertragsfunktionen in Abhängigkeit gesellschaftlicher Strukturverschiebungen gewandelt haben und wandeln. *Rehbinders* These, dass der Vertrag in der modernen Gesellschaft primär die Funktion erfüllt, einzelnen Personen Rollen zuzuweisen, genießt eine gewisse Plausibilität. Allerdings fehlt dieser These eine gesellschaftliche Beschreibung auf der Makroebene. Die Soziologie bietet dazu mehrere „Großtheriefamilien“, um die Gesellschaft zu beschreiben. Neben ungleichheits- oder kulturtheoretischen Zugängen zur Gesellschaft kennt die soziologische Gesellschaftstheorie differenzierungstheoretische Zugänge.³⁹⁶ Ein solcher Zugang wird auch in dieser Untersuchung gewählt. Da die Theorie der funktionalen Differenzierung durch die Rezeption der Systemtheorie³⁹⁷ bereits im Wissen der Rechtswissenschaft verankert ist, genügt es hier, lediglich einige Grundpfeiler der Theorie einzuschlagen.

Differenzierung kann als eine Grundkonstante in der Soziologie angesehen werden.³⁹⁸ Das Konzept sozialer Differenzierung ist ein klassisches Theoriestück und gehört zum Kernbestand soziologischer Beschreibungen und Analysen moderner Gesellschaften.³⁹⁹ Die differenzierungstheoretische Sicht auf die Gesellschaft betont dabei die horizontale Dimension: „Sie betont als prägendstes Merkmal moderner Gesellschaft, dass diese sich – im Unterschied zu allen Arten von vormodernen Gesellschaften – in ein Nebeneinander ungleichartiger Teilsysteme gliedert: Wirtschaft, Politik,

396 Zu diesen drei möglichen Zugängen zur Gesellschaftstheorie *Schimank*, Gesellschaft, 2013.

397 Dazu *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, S. 31 – 39; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 168, 234; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 13, 49.

398 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 595: „Seitdem es Soziologie gibt, befaßt sie sich mit Differenzierung.“; ähnlich auch *Nassehi*, Differenzierungsfolgen, 1999, S. 105.

399 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (215); eine Übersicht über verschiedene differenzierungstheoretische Zugänge findet sich bei *Tyrell*, Soziale Systeme 4 (1998), 119.

Recht, Militär, Kunst, Wissenschaft, Journalismus, Bildung, Gesundheit, Sport und Intimbeziehungen.⁴⁰⁰ Dabei können heute grundsätzlich zwei Lager von Differenzierungstheorien ausgemacht werden: Solche, die sich mehr oder weniger an der Theorie funktionaler Differenzierung im systemtheoretischen Kontext *Luhmanns* anlehnen, und solchen mit einer stärker handlungstheoretischen Konzeption.⁴⁰¹ In *Luhmanns* Systemtheorie geht es beim Differenzierungsbegriff um Systemdifferenzierungen, und damit um eine spezifische Ausprägung von sozialer Differenzierung.⁴⁰² Er nennt vier verschiedene Idealtypen gesellschaftlicher Differenzierungsformen⁴⁰³ – quasi als „Formenkatalog“:⁴⁰⁴ Segmentäre Differenzierung, Differenz zwischen Zentrum und Peripherie, Stratifikatorische Differenzierung sowie funktionale Differenzierung. Die moderne Gesellschaft lässt sich am ehesten als funktional differenzierte Gesellschaft beschreiben.⁴⁰⁵ „[F]unktionale Differenzierung ist eine Differenzierungsform und steht in engem Zusammenhang mit einer Theorie der modernen Gesellschaft.“⁴⁰⁶ In der *Luhmann'schen* funktionalen Differenzierungstheorie geht es primär um die *Ausdifferenzierung* von Systemen:⁴⁰⁷ Die moderne Gesellschaft wird vor bestimmte Probleme gestellt, während sich im Zuge ihrer Bewältigung jeweils problembezogene Teilsysteme herausbilden. „Die moderne Gesellschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sie mit Bezug auf bestimmte Probleme der Gesellschaft Teilsysteme ausdifferenziert, in denen diese Probleme bewältigt werden sollen.“⁴⁰⁸ Sie formieren sich als operativ geschlossene

400 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 38.

401 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (216).

402 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 596 f.

403 Der Begriff Differenzierungsform bezeichnet das Verhältnis der Teilsysteme zueinander in einem Gesamtsystem, *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 609.

404 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 613.

405 *Bachmann*, Soziologische Revue 2016, 215 (216) weist darauf hin, dass oftmals das Konzept der sozialen Differenzierung mit dem Konzept funktionaler Differenzierung gleichgesetzt wird.

406 *Luhmann*, in: ders., Schriften zur Organisation 3, S. 401 (401); ähnlich auch *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 37: „Die differenzierungstheoretische Perspektive sieht als integrales Ordnungsmuster der modernen Gesellschaft deren funktionale Differenzierung an.“

407 Zum Prozess der Ausdifferenzierung *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 597 – 600; siehe auch *Mayntz*, in: Mayntz et al (Hrsg.), Differenzierung und Verselbstständigung, 1988, S. 11 (20 – 23, 26 – 30).

408 *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, S. 31.

autopoietische Systeme,⁴⁰⁹ die sich nicht nur durch das von ihnen zu bewältigende Problem unterscheiden, sondern – medientheoretisch ausgedrückt – auch durch ihr jeweils generalisiertes Kommunikationsmedium, an dem sich die Kommunikation im System orientiert.⁴¹⁰ Die so ausdifferenzierten Funktionssysteme der Gesellschaft unterscheiden sich damit primär hinsichtlich ihrer binären Codierung und damit bezüglich des verwendeten Kommunikationsmediums. Darüber hinaus unterscheiden sie sich auch hinsichtlich der Programme, die sie jeweils herausbilden, beispielsweise Theorien und Methoden als grundlegende Programme in der Wissenschaft.⁴¹¹

Handlungstheoretische Konzeptionen sozialer Differenzierung nehmen zwar die systemtheoretischen Überlegungen zum Ausgangspunkt, setzen dann jedoch eigene Schwerpunkte:⁴¹² *Luhmann akzentuiert* mit der jeweils binären Codierung der Funktionssysteme als deren Leitwerte deren weitgehend teilsystemische Autonomie und damit ihre selbstreferenzielle Geschlossenheit. Die jeweiligen generalisierten Kommunikationsmedien wie Macht oder Geld können aber gleichzeitig als Handlungsorientierung von individuellen und kollektiven Akteuren angesehen werden. Der teilsystemische Leitwert verweist dann auf eine Leistung, die vom Funktionssystem durch das sich am Leitwert orientierenden Handeln für ein Publikum von Leistungsempfängern erbracht wird. So erbringt z.B. das Rechtssystem durch seine Leistungsrollenträger wie Gerichte, Richter*innen und Anwält*innen ein gesellschaftliches Angebot von Konfliktschlichtung. Damit betont der handlungstheoretische Ansatz die Perspektive der Fremdreferenz von Funktionssystemen: Funktionssysteme sind zwar kommunikativ geschlossen und selbstreferenziell; sie produzieren aber gleichzeitig durch real handelnde Akteure Leistungen, die sich am jeweiligen teilsystemischen Publikum – z.B. Kläger*innen oder Konsument*innen – mit ihren jeweiligen Interessen ausrichten.

Worin bestehen jetzt aus der Perspektive des Rechts und der Rechtswissenschaft die Vorteile einer Anreicherung der sozialen Differenzierung als funktionale Differenzierung durch handlungstheoretische Elemente?

409 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 599 f.

410 Dazu ausführlich *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 316 – 396.

411 *Luhmann*, in: ders., Schriften zur Organisation 3, S. 401 (406).

412 Zum nachfolgenden *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 39 f.; siehe auch zur Vereinbarkeit beider Konzeptionen auf theoretischer Ebene *V. H. Schmidt*, Zeitschrift für Soziologie 2005, 406.

Der Rezeption der Systemtheorie in der Rechtswissenschaft wird teilweise entgegengehalten, dass sie konkrete Personen ignoriere⁴¹³ und mit ihren abstrakten Begriffen eine Analyse von Fällen bloß vortäusche, in Wirklichkeit jedoch nur rhetorisch arbeite und somit für die Rechtswissenschaft unbrauchbar sei. Daran ist zwar richtig, dass der binär codierte teilsystemische Leitwert für sich genommen nicht viel aussagt. Analysen müssen auch die im Teilsystem ausgebildeten Programmstrukturen berücksichtigen, welche evaluative und kognitive Orientierung (z.B. Theorien im Wissenschaftssystem) bieten sowie normative Vorgaben (z.B. Spielregeln im Sportsystem) setzen, um als institutionalisierte Erwartungsstrukturen das Sollen zu regulieren.⁴¹⁴ Diese Begriffe für eine weitergehende Analyse kann zwar bereits die an Kommunikation ausgerichtete Systemtheorie liefern. Jedoch können diese – je komplexer die zu analysierenden Fälle werden – oftmals nicht ausreichen, da sie die Mikro- und Teile der Mesoebene eines Konfliktes ausblenden. Die handlungstheoretische Perspektive reichert daher das Analysepotential der Theorie funktionaler Differenzierung um einen weiteren wichtigen Aspekt an: die Konstellationsstrukturen der Akteure. Damit können individuelle und kollektive Leistungsrollenträger sowie die Publikumsrollenträger in einem System beschrieben und ihre Stellung zueinander analysiert werden. Dabei werden insbesondere teilsystemische Governance-Regimes relevant.⁴¹⁵ Damit bietet die handlungstheoretische Anreicherung nicht nur für Intersystemkonflikte eine weitere analytische Ebene an; durch die genauere Betrachtung systeminterner Strukturen und Konstellationen wird erst ein Anknüpfungspunkt geschaffen, um auch Intrasystemkonflikte zu beschreiben.⁴¹⁶ An mehreren Stellen dieser Untersuchung wird sich die Betrachtung der Konstellationsstrukturen der Akteure als gewinnbringend erweisen; eine Dimension der Umwelt des Rechts, die rein systemtheoretischen Konzeptionen oft verschlossen bleiben muss.

Beide Konzeptionen funktionaler Differenzierung betonen dabei die Relevanz von Rollen auf der gesellschaftlichen Mesoebene. Die einzelnen Funktionssysteme bilden auf der Makroebene Programmstrukturen aus, die als Rollenerwartungen an einzelne Personen herangetragen werden. Da-

413 Besonders prägnant *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 53 – 58.

414 Vgl. *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 43 f.

415 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 43 – 45.

416 *Schimank*, in: Schwinn et al. (Hrsg.), Soziale Differenzierung, 2011, S. 261 arbeitet insgesamt fünf „Spiele“ heraus, die generalisiert die Konfliktdynamiken in funktional differenzierten Gesellschaften abbilden, siehe dazu später unten § 6 III 2 c.

durch nehmen Personen innerhalb der einzelnen Funktionssysteme jeweils spezifische Rollen ein; sie werden in ihren spezifischen Rollen in die jeweiligen Systeme inkludiert, was handlungstheoretische Konzeptionen besonders deutlich durch die Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrolle ausdrücken.⁴¹⁷ Damit ist auch der Bogen zu *Rehbinders* These geschlagen, dass der Vertrag in modernen Gesellschaften durch Rollen charakterisiert werden könne. Die Theorie funktionaler Differenzierung liefert dazu eine komplementäre Beschreibung der Gesellschaft auf der Makroebene.

2. Multifunktionalität als Folge von Multilateralität

Vor dem Hintergrund der analytischen Unterscheidung von Selbst- und Fremdreferenz kann unsere Entscheidung für die begriffliche Differenzierung zwischen dem Vertrag als Institut und dem Vertrag als Institution überzeugen. Der Vertrag als Institut drückt auf der Ebene der Rechtstheorie die selbstreferenzielle Perspektive des Rechts auf den Vertrag aus, während der Vertrag als Institution unterschiedliche fremdreferenzielle Perspektiven widerspiegeln kann.⁴¹⁸ Das bedeutet aber, dass für eine ganzheitliche Analyse des Vertrages nicht mehr nur auf die rechtliche Perspektive abgestellt werden kann. Der Vertrag ist gleichzeitig eine Operation des Rechtssystem wie auch anderer Systeme. Der Vertrag ist damit sozial multilateral.⁴¹⁹ In dem das Recht das Institut des Vertrages für die ganze Gesellschaft⁴²⁰ zur Verfügung stellt, können auch andere Kommunikationszusammenhänge darauf zugreifen. Dadurch erfüllt der Vertrag aus Sicht anderer sozialer Systeme jeweils unterschiedliche Funktionen.⁴²¹ Daraus folgt zum einen auch, dass die einzelnen Funktionsbeschreibungen nebeneinander existie-

417 Siehe dazu ausführlicher unten § 4 III 2 a.

418 Ähnlich in Bezug auf die unterschiedlichen Beobachtungsperspektiven *Wielsch*, *ZfRSoz* 38 (2018), 304 (325).

419 Für das Immaterialgüterrecht zunächst *Wielsch*, *Zugangsrechte*, 2008, S. 32 (dort noch mit den Begriffen Mehrsystemzugehörigkeit bzw. Multifunktionalität); dann allgemein bzgl. subjektiver Rechte *ders.*, *AcP* 213 (2013), 718 (746 – 749); *ders.*, *ZfRSoz* 38 (2018), 304 (310) für das Eigentum.

420 Genauer: für die gesamte Umwelt des Rechts.

421 Nach traditioneller systemtheoretischer Semantik müsste man zwischen Funktionen und Leistungen unterscheiden: Funktionen beziehen sich auf die gesamte Gesellschaft, während der Begriff der Leistung die Perspektive eines anderen Systems einnimmt, siehe dazu *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 757 – 760.

ren, sich also nicht gegenseitig ausschließen.⁴²² Zum anderen folgt daraus, dass im Recht nicht eine dieser Funktionsbeschreibungen für ausschließlich normativ erklärt werden sollte und nicht kann; eine Funktionsanalyse ist eine beschreibende Bestandsaufnahme der sozialen Umwelt des Rechts. Welche Konsequenzen das Recht aus einer solchen Beschreibung zieht oder ziehen sollte, ist eine andere, normative Frage, die das Recht nach seiner Eigenrationalität beantworten muss. „Die funktionale Analyse begründet also gerade keine Rechtssatzsynthese.“⁴²³

Die Unterscheidung zwischen Institut und Institution kann daher als rechtstheoretisches Beobachtungsinstrument des Rechts angesehen werden, mit deren Hilfe die Rechtswissenschaft die fremdreferenziell wahrgenommenen Auswirkungen der Rechtsausübung (hier: von Vertragsschlüssen, indem zwei oder mehr Parteien von ihrem subjektivem Recht der Vertragsfreiheit Gebrauch machen) in der sozialen Umwelt reflektieren kann.⁴²⁴ Diese Multilateralität von Rechtsinstituten klingt bereits bei *Ludwig Raiser* an: „Es [das Privatrecht] darf sich nicht aus ängstlicher Sorge vor einem Verlust seiner Identität in seinen klassischen Denkformen abschließen, sondern muss sich der Aufgabe stellen, allein oder im Zusammenwirken mit dem öffentlichen Recht den Bereich zu ordnen und zu gestalten, den wir oben als einen ‚öffentlichen‘ bezeichnet haben. Das kann nur gelingen, wenn es der *Vielzahl der Lebensbereiche* und Bedürfnisse einer Industriegesellschaft dadurch Rechnung trägt, dass es gerade seine tragenden Rechtsinstitute nicht auf eine einzige gesellschaftliche Funktion festlegt, sondern eine *Mehrheit und Veränderlichkeit der Funktionen* ins Auge fasst.“⁴²⁵

422 Zutreffend *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 129, der sich gegen eine Festlegung auf eine bestimmte Vertragsfunktion wendet: „Gegen diesen Schluß spricht indes, daß im Rahmen komplexer Gesellschaftssysteme stets mehr als nur eine einzige Vertragsfunktion vorstellbar bleibt.“

423 *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 132.

424 *Wiesch*, AcP 213 (2013), 718 (743 – 745); ähnlich auch *Teubner*, in: AK-BGB, 1980, § 242 Rn. 20: „Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen, dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen.“; *Schimank*, *Gesellschaft*, 2013, S. 48 f. weist darauf hin, dass jedes System über einen äußeren Bereich verfügen muss, um fremdreferenzielle Umweltanforderungen an das System systemintern zu verarbeiten und sich dadurch anpassen zu können.

425 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], S. 208 (222) [Hervorhebungen hinzugefügt]; Siehe ausführlicher zu *L. Raisers Vertragstheorie* unten § 4 II 2.

Diese Multilateralität des Vertrages hat zuerst *Teubner* in seiner Vertragstheorie aufgegriffen und in mehreren Schritten entwickelt. Der „frühe“ *Teubner*, also noch vor einer Umstellung auf ein gänzlich systemtheoretisches Denken, greift in seiner Vertragstheorie *L. Raisers* Konzeption des Vertrages als Institution auf, um den Zusammenhang zwischen Rechtsnormen und sozialen Handlungsstrukturen zu verdeutlichen.⁴²⁶ Der Vertrag als Institution⁴²⁷ kann dann aber nicht mehr bloß vom Parteiwillen her gedacht werden: „Die Vertragsbeziehung wird dann definiert als ein normativ geordneter Sinnzusammenhang von Handlungen, dessen interne Strukturen sich nicht nur von der Normierung durch Parteikonsens, sondern zugleich aus den Anforderungen sehr unterschiedlicher gesellschaftlicher Steuerungsebenen erklären lassen.“⁴²⁸ Als unterschiedliche Steuerungsebenen greift *Teubner* dann in Anlehnung an *Luhmann*⁴²⁹ die drei sozialen Ebenen von Interaktion, Institution bzw. Organisation und Gesellschaft als unterschiedliche Ebenen der Systembildung auf, die auf einen Vertrag einwirken bzw. mit ihm in einem Kopplungsverhältnis stehen. Diese Ebenen könnten dann insbesondere über die Generalklausel des § 242 BGB in das Recht zurückgeführt werden: § 242 BGB „ist dann als Verweisung auf diese drei Systembildungsebenen zu verstehen, als Transformation von deren Steuerungsimpulsen und ihre rechtsspezifische Abstimmung für vertragsrechtliche Einzelentscheidungen.“⁴³⁰ Es geht dann um die „Kompatibilisierung“ widersprüchlicher gesellschaftlicher Anforderungen an die konkrete Vertragsbeziehung, und damit schlussendlich um eine „Vergesellschaftung“ des Rechts in den Generalklauseln.⁴³¹

Der „späte“ *Teubner*, also nach der gänzlichen Umstellung auf ein systemtheoretisches Denken, verlagert das Erkenntnisinteresse dann nur noch auf die gesellschaftliche Ebene und spricht von einer „Polykontextualität“⁴³² bzw. „Hybridisierung“⁴³³ des Vertrages. Durch die noch stärkere Anlehnung an *Luhmanns* Systemtheorie wird der Fokus auf die verschie-

426 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20.

427 Beim „frühen“ *Teubner* ist nicht ganz klar, ob er den Vertrag (noch) als Institution konzipiert, so *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 16, oder (bereits) den „Vertrag als System“ versteht, so *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 21.

428 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 20.

429 *Luhmann*, Soziologische Aufklärung 2, 1975, 9.

430 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 21.

431 *Teubner*, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 22.

432 *Teubner*, 9 Social & Legal Studies 399, 403 (2000).

433 *Teubner*, 8 Theoretical Inquiries in Law 51 (2007).

denen strukturellen Kopplungen des Vertrages zu den Funktionssystemen der Gesellschaft wie Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft etc. gelegt, womit gleichzeitig eine monistisch-wirtschaftliche Konzeption von Privatrechtseinstituten aufgebrochen werden soll.⁴³⁴ Damit wird die Konzeption des Vertrages als konsensuale Austauschbeziehung zweier Rechtssubjekte noch weiter zurückgedrängt. Der Vertrag sei vielmehr gleichzeitiger Ausdruck unterschiedlicher und auseinandergehender Rationalitäten, wodurch sich die traditionelle Zweipersonenbeziehung in eine polykontexturale Beziehung gewandelt habe.⁴³⁵ Ein einzelner Vertrag lässt sich in einer modernen Gesellschaft grundsätzlich in drei Operationen zerteilen, die jeweils in unterschiedlichen Systemen ablaufen:⁴³⁶ (1) eine ökonomische Transaktion, (2) „*a productive act*“, womit *Teubner* meint, dass jeder Vertrag in einen spezifischen sozialen Systemkontext wie Technologie, Medizin, Medien, Wissenschaft, Kunst etc. eingebunden ist und dort eine produktive Operation darstellt, sowie (3.) eine rechtliche Operation. „*The single contract is fragmented into a multiplicity of different operations, each occurring in a different mutually-closed discourse.*“⁴³⁷ *Wielsch* bringt es konzise auf den Punkt:

„Ein und derselbe Vertrag steht in der Referenz unterschiedlicher sozialer Systeme; er erscheint als gleichsam multipliziert in eine Vielzahl von nicht aufeinander reduzierbaren Projekten innerhalb verschiedener Sinnwelten. Diese spezialisierten Sinnwelten legen dem Vertrag eine je unterschiedliche Bedeutung und einen unterschiedlichen Informationsgehalt bei. Da die überwiegende Zahl von Verträgen als gegenseitige Verträge entgeltlich geschlossen wird, wird der Vertrag etwa regelmäßig als wirtschaftliche Transaktion rekonstruiert, die der Wirtschaft Informationen über Nutzungsalternativen für die gehandelten Güter gibt. Die vertragscharakteristische Leistung bringt die daneben bestehende Relevanz des Vertrages für Projekte in Technik, Wissenschaft, Medizin, Sport, Tourismus oder Kunst zum Ausdruck.“⁴³⁸

Teubner blendet hier – vielleicht bewusst als Akzentverschiebung – die konkreten Akteure und Akteurinnen eines Vertrags(-schlusses) aus. Indem

434 Vgl. *Teubner*, 9 *Social & Legal Studies* 399, 405 (2000).

435 *Teubner*, 8 *Theoretical Inquiries in Law* 51, 52 (2007).

436 *Teubner*, 8 *Theoretical Inquiries in Law* 51, 52 (2007).

437 *Teubner*, 8 *Theoretical Inquiries in Law* 51, 52 f. (2007).

438 *Wielsch*, *AcP* 213 (2013), 718 (748).

das Recht für sein Institut Vertrag jedoch akteursbezogene Voraussetzungen wie z.B. die Rechtsfähigkeit oder die Abgabe von Willenserklärungen stellt, können selbst bei einer systemtheoretischen Re-Konstruktion des Vertrages die daran unmittelbar beteiligten Personen (= psychische Systeme) nicht ignoriert werden.⁴³⁹

Diese unterschiedlichen Systemreferenzen können auch für den hier betrachteten Fall des Stadionverbots angewendet werden. Aus der Sicht des Rechtssystems handelt es sich um zwei übereinstimmende Willenserklärungen, durch die ein gegenseitiges Pflichtenprogramm normativ begründet und durch eine potentiell zwangsweise Durchsetzung vor staatlichen Gerichten stabilisiert wird. Aufgrund des Pflichtenprogramms wird der Vertrag als Zuschauervertrag mit gemischt-typischen Elementen kategorisiert. Aus der Perspektive des Wirtschaftssystems hingegen wird vielmehr der „Kauf“ des Tickets als relevante ökonomische Transaktion wahrgenommen. Zuletzt ist der Vertrag aber auch eine Operation des Sportsystems; auch der Sport ist ein eigenes, operational geschlossenes Funktionssystem der Gesellschaft, das „aus körperlichen Leistungen, aus der Beobachtung dieser Leistungen, ihrer Aufzeichnung und schließlich dem Vergleich von Leistungen besteht.“⁴⁴⁰ Durch den Vertrag kann der Fußballfan am Erlebnis „Stadionbesuch“ partizipieren; indem eine Vielzahl solcher Verträge geschlossen werden, entsteht überhaupt erst ein solches soziales Ereignis.⁴⁴¹

Durch diese Perspektive der Multilateralität oder Polykontextualität des Vertrages können insbesondere Inter-Systemkonflikte⁴⁴² freigelegt werden, worauf *Teubner* auch sein Erkenntnisinteresse beschränkt. Aufgabe des Vertragsrechts sei es, Kollisionen der „*different privities*“ zu entscheiden.⁴⁴³ Aber nicht jeder soziale Konflikt, der an das Recht herangetragen wird, ist ein Intersystemkonflikt, den das Recht dadurch lösen kann, indem es die Kollision unterschiedlicher Rationalitäten auf der gesellschaftlichen Makroebene aufzulösen versucht. An das Recht werden auch Intrasystemkonflikte herangetragen. Um hier adäquate Lösungen bereitzustellen, ist das Recht aber auf eine Analyse der gesellschaftlichen Mikro- und Mesoebene angewiesen. Diese Dimensionen sozialer Konflikte gehen durch eine

439 Die Konzeption des Vertrages als (meist bipolares) Interaktionssystem findet sich noch bei *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (748).

440 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 148; siehe auch unten § 4 III 2 a; § 6 II 1.

441 Ausführlich dazu unten § 6 und § 7.

442 Vgl. *Teubner*, 9 *Social & Legal Studies* 399, 413 f. (2000).

443 *Teubner*, 8 *Theoretical Inquiries in Law* 51, 53 (2007).

einseitige Betonung der funktionssystemischen Dimension verloren. Der „frühe“ Teubner zeigte hier ein deutlicheres Gespür für die Bedeutung und die Wechselwirkungen aller gesellschaftlicher Ebenen.⁴⁴⁴ Wendet man das vertragstheoretische Modell des „späten“ Teubners unhinterfragt an, besteht zumindest die Gefahr, dass eine Analyse der unterschiedlichen Kopplungen eines Vertrages auf der gesellschaftlichen Makroebene verbleibt.⁴⁴⁵ Die bloße Feststellung, dass ein Vertrag beispielsweise auch eine strukturelle Koppelung zum Sportsystem aufweist, genügt jedoch für die Analyse eines Intra-systemkonfliktes oder für komplexe Intersystemkonflikte nicht aus. Eine präzise Analyse sollte auch die jeweils funktionssysteminterne Mikro- und Mesoebene berücksichtigen. Dies erlaubt Aussagen über konkrete Machtverhältnisse innerhalb komplexer Akteurs-, Struktur- und Normgefüge. Hier zeigen sich die Ebenen, die eine handlungstheoretische Differenzierungstheorie, wie sie oben aufgegriffen worden ist, für das Recht offenlegen kann. Eine handlungstheoretische Ausrichtung der Differenzierungstheorie bietet ein präziseres Analyseraster für das multilaterale Privatrechtsinstitut des Vertrages, als dies eine Weiterentwicklung der systemtheoretischen Vertragskonzeption erlauben würde. Zudem können dann auch wieder Topoi wie Zweck, Rolle oder Organisation⁴⁴⁶ sowie „Beziehungen sozialer Herrschaft“⁴⁴⁷, welche auf der gesellschaftlichen Mesoebene angesiedelt sind, in einem differenzierungstheoretischen Vertragskonzept aufgegriffen werden. Der Unterschied zum „frühen“ Teubner – und insoweit auch eine Fortentwicklung – besteht dann darin, dass diese Elemente einer institutionellen bzw. Mesoebene nicht getrennt von der Gesellschaftsebene bestehen, sondern Elemente wie Rollen, Organisationen oder Macht- und Herrschaftsverhältnisse innerhalb der einzelnen sozialen Funktionssysteme gedacht werden. Eine Analyse beginnt somit auf der gesellschaftlichen Makroebene und „zoomt“ danach auf die Meso- und Mikroebene der jeweils mit dem Vertrag strukturell gekoppelten Funktionssysteme.

444 Vgl. auch die Analyse der Wechselwirkungen einzelner Ebenen am Beispiel der Angehörigenbürgerschaften bei Teubner, KritV 2000, 383 (392 – 396).

445 Es wird hier bewusst von einer Gefahr gesprochen, weil auch beim „späten“ Teubner noch die Bedeutung der anderen Ebenen zumindest erkennbar bleibt: Teubner, 8 Theoretical Inquiries in Law 51, 53 (2007): „Each of these contracting worlds imposes on the transaction a different „privity“ [sic!] i.e., different boundaries, different rules of membership, different principles of exclusion and inclusion.“

446 Teubner, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 50 – 52.

447 Teubner, AK-BGB 1980, § 242 Rn. 53.

Für die Funktionsanalyse bedeutet das, dass die bisherige Diskussion um die Vertragsfunktionen entlang der sozialen Multilateralität des Vertrages re-konstruiert werden muss. Damit kann auch nicht mehr von *der einen* Vertragsfunktion gesprochen werden; die Funktionen des Vertrages müssen in Bezug auf seine vielfältigen Systemkontexte re-formuliert werden. Analytische Aussagen über die Funktionen von Privatrechtsinstitutionen können damit nur noch systemrelativ getroffen werden.⁴⁴⁸ Dies führt zur Multifunktionalität des Vertrages. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, dass keine der rechtswissenschaftlich bereits diskutierten Funktionen eine hinreichende theoretische Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes um die Stadionverbote ermöglichen wird; dies liegt insbesondere daran, dass das „produktive“ Element des Vertrages nicht bzw. kaum berücksichtigt wird; der Systembezug zum (Fußball-)Sport mit seinem eigenen institutionellen Setting bleibt ausgeblendet.

Die hier vorgestellte Konzeption der Multilateralität des Vertrages mit einer jeweils systemspezifischen Funktionsanalyse weist – trotz teilweise unterschiedlicher gesellschaftstheoretischer Grundannahmen und Erkenntnisinteressen – erhebliche Überschneidungen mit einer diskurstheoretischen Konzeption des Vertrages auf. Die verschiedenen „Gründe“ eines Vertrages, welche *Lomfeld*⁴⁴⁹ herausarbeitet und versucht, in ihren wechselseitigen Bezügen zu beschreiben und rechtsdogmatisch zu re-formulieren, sind dabei weitgehend identisch mit den in dieser Untersuchung identifizierten Vertragsfunktionen. Die Multilateralität des Vertrages mit verschiedenen Funktionsbeschreibungen kann damit als soziologische, differenzierungstheoretische Grundlage für diese diskurstheoretische Perspektive gesehen werden. Ähnlichkeiten bestehen ebenfalls zur rechtsphilosophischen Fragestellung, die verschiedene Hintergrundannahmen über das Vertragsrecht aufzudecken versucht.⁴⁵⁰ Die hier vertretene Konzeption des Vertrages, der je nach Systemkontext andere, wandelbare Funktionen erfüllt, steht jedoch einer Ansicht entgegen, die monolateral das Willenselement eines Vertrages heranzieht – also als Systemreferenz die einzelne Privatrechtsakteur*in wählt –, sie zum „Kern der Rechtsidee der Moderne“⁴⁵¹ ernannt

448 So bereits allgemein zu funktionalen Analysen *Luhmann*, AöR 94 (1969), 1 (9).

449 *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015.

450 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 34; danach folgen die einzelnen Theorieangebote, aber mit einer zweifelhaften Unterscheidung zwischen (für ihn relevanten) „Theorieangeboten“ außerhalb des Rechts und (für ihn irrelevanten) äußeren „Umständen“ (z.B. politischen).

451 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 120.

und deshalb – auf rechtsphilosophischer, nicht dogmatischer (!) Ebene⁴⁵² – eine multilaterale Beschreibung des Vertrages zulasten einer Theorie der Handlungshoheit aufgibt.⁴⁵³

VI. Zwischenergebnis

In diesem Kapitel konnte zunächst gezeigt werden, dass der Stadionverbotsfall über das Hausrecht als besitz- und eigentumsrechtliches Institut hinaus auch eine vertragliche Dimension aufweist. Nach hier vertretener These ist es die vertragliche Ebene, auf der die relevanten Wertentscheidungen getroffen werden müssen, sodass eine rechtstheoretische Annäherung an den Fall über eine Analyse des Vertrages erfolgen sollte. Für diese Untersuchung wird der Vertrag rechtstheoretisch *gleichzeitig* als privatrechtliches Institut und eine soziale Institution beschrieben. Deren verbindendes Element sind Funktionsbeschreibungen des Vertrages als fremdreferenzielle Beobachtungen von Verträgen, die auf die eigenreferenzielle Beobachtung des Rechts zurückwirken. In der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft dürfen solche Funktionsbeschreibungen nicht (mehr) monolateral erfolgen, sondern müssen die Multilateralität des Vertrages berücksichtigen. Daraus folgt, dass multiple Funktionen möglich sind, welche jeweils auf unterschiedlichen strukturellen Kopplungen mit anderen (Funktions-)Systemen beruhen. Eine Sichtung dieser Funktionen erfolgt im nächsten Kapitel, wobei jede Funktionsbeschreibung darauf hin befragt werden soll, welche Perspektive sie auf den Stadionverbotsfall offenlegt.

452 Ausdrücklich *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 121.

453 *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 124: „Gerade die interaktive Handlungshoheit verbürgt eine systemische Eigenständigkeit spezifisch rechtlicher Überlegungen zum Schuldvertragsrecht gegenüber anderen Arten normativ-praktischer Reflexionen, wie etwa den ethischen Fragen der individuellen Selbstbestimmung sowie ökonomischen, soziologischen oder diskurstheoretischen Analysen.“

§ 3 Vertragsfunktionen in der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft

Im vorherigen Kapitel wurde der Vertrag als multilaterales Rechtsinstitut und gleichzeitig als soziale Institution konstruiert. Die Verbindung zwischen diesen beiden Seiten des Vertrages bildet der Funktionsbegriff: Das (formale) Rechtsinstitut Vertrag erfüllt je nach Kontext bzw. Perspektive unterschiedliche soziale Funktionen. In der funktional differenzierten Gesellschaft sind – zumindest von der gesellschaftlichen Makroebene betrachtet – die relevanten Kontexte die einzelnen Funktionssysteme der Gesellschaft. Ziel dieses Kapitels ist es, die bisher im rechtstheoretischen Diskurs verbreiteten Funktionsbeschreibungen des Vertrages aufzugreifen, sie differenzierungstheoretisch zu ordnen und sie – entsprechend der hier gestellten Anforderungen an eine Rechtstheorie⁴⁵⁴ – daraufhin zu befragen, welche Perspektive sie auf den Fall der Stadionverbote ermöglichen.

Im Zentrum geht es dabei um die Fragen, inwieweit die etablierten Funktionsbeschreibungen die dem Fall zugrunde liegenden sozialen Konflikte adäquat rekonstruieren können und auf welche Sozialtheorien das Recht dabei zugreifen kann bzw. sollte. Beide Fragen bedingen einander: Die zweite Frage ist zunächst methodische Voraussetzung für die erste, denn erst wenn das Recht Zugriff auf die relevanten Sozialtheorien hat, kann es auf der Ebene der Rechtstheorie den sozialen Konflikt rechtsintern verarbeiten. Allerdings findet auch die rechtstheoretische Begriffsbildung bereits mit Blick darauf statt, welche Umweltaspekte für das Recht relevant sind bzw. sein sollten.⁴⁵⁵ Die jeweilige Funktionsbeschreibung gibt daher bereits vor, in welchen sozialen Systemen sich eine Rechtswissenschaftler*in nach welchen Sozialtheorien umsehen muss. Daraus folgt, dass nicht jede Funktion – als rechtstheoretischer Begriff – gleichermaßen dafür geeignet ist, einen bestimmten sozialen Konflikt rechtstheoretisch zu erfassen.

Nachdem zwei allgemeine Folgen der These der Multilateralität für eine funktionale Betrachtung des Vertrages erläutert wurden (I.), werden die

454 Siehe dazu oben § 1 III 3 a.

455 Damit ist die Frage nach Funktionen des Vertrages oder des Vertragsrechts niemals nur beschreibender Natur, sondern – aufgrund der genuin normativen Struktur des Rechts – immer auch normativ aufgeladen, so *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 17.

einzelnen Funktionen auf ihren Erkenntnisgewinn bezüglich des Stadionverbotsfalls untersucht. Als Funktionen des Vertrages in der modernen Gesellschaft werden hier die Selbstbestimmungsfunktion (II.), die Gerechtigkeitsfunktion (III.), die ökonomischen Funktionen (IV.), die Ordnungsfunktion (V.) sowie die Regulierungsfunktion (VI.) identifiziert. Indem diese etablierten Funktionsbeschreibungen auf den Stadionverbotsfall angewendet und nicht weiterentwickelt werden, geht es in diesem Kapitel auf der Ebene der Rechtstheorie nicht um eine Arbeit *an* bisher etablierten Funktionsbeschreibungen des Vertrages bzw. Vertragstheorien, sondern um eine Arbeit *mit* diesen Theorien. Es geht darum, sich mit aktuellen Iterationen bestimmter Theoriefamilien auseinanderzusetzen und sie auf ihre Perspektive auf den Stadionverbotsfall hin zu befragen.

I. Folgen der Multilateralität des Vertrages

1. Funktionen des Vertrages und des Vertragsrechts

Die Frage nach den real vorzufindenden Funktionen des *Vertrages* zu stellen, ist für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung eher unüblich. Üblicherweise werden die Funktionen des *Vertragsrechts* diskutiert. Dies trifft auch für rechtssoziologische Betrachtungen zu, die oftmals mithilfe der Funktionen des Rechts Beschreibungen primär auf der gesellschaftlichen Makroebene anbieten, welche Leistungen das Recht für die Gesellschaft erfüllt.⁴⁵⁶ Aus der Multilateralität des Vertrages folgt jedoch, dass der Vertrag immer ein rechtliches Institut und *gleichzeitig* auch eine soziale Institution ist. Nach der oben gewählten juristischen Definition des Vertrages ist der Vertrag damit nie ein bloßes Faktum, nie ausschließlich eine „Tatsache des Rechts“⁴⁵⁷. Gleichzeitig ist damit der Vertrag niemals vom Vertragsrecht losgelöst, denn den Vertrag könnte es ohne ein Vertragsrecht, das dieses Institut bereitstellt, nicht geben.

Aus der Multilateralität des Vertrages folgt, dass die Funktionen des Vertrages von den Funktionen des Vertragsrechts auf analytischer Ebene

456 T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 186 – 190; Rehbinder, Rechtssoziologie, 2014, S. 98 – 112; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 48; Baer, Rechtssoziologie, 2023, S. 117 – 168.

457 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, [1913] 1989, S. 81 – 110.

zu trennen sind.⁴⁵⁸ Gleichzeitig bedingen sich beide Ebenen, weil es ohne das Vertragsrecht den Vertrag für andere soziale Systeme nicht – oder zumindest nicht in einer rechtlichen Form – geben würde. Dadurch entsteht ein Dilemma: Auf der einen Seite soll die gesellschaftliche Einbettung der tatsächlich geschlossenen Verträge in verschiedene soziale Systeme betont werden. Auf der anderen Seite sollen Rechtstheorie und (rechts-)soziologische Beschreibung des Vertrages miteinander verbunden werden. Eine Vielzahl von modernen rechtstheoretischen Modellen knüpft jedoch an den Funktionen des Vertragsrechts, nicht an den Funktionen des Vertrages an. Würde die Untersuchung diese Beschreibungen des Vertragsrechts ignorieren, könnte kaum an bisher erfolgte Diskurse angeschlossen werden; Wissensquellen würden versiegen.

Im Folgenden werden die Funktionsbeschreibungen des Vertrages daher sowohl an den Funktionen des Vertrages als auch den Funktionen des Vertragsrechts anknüpfen. Dadurch entsteht der praktische Erkenntnisvorteil, dass rechtstheoretische Diskurse aufgegriffen werden können, die primär auf Funktionen des Vertragsrechts abstellen. Der Nachteil besteht darin, dass eine klare analytische Trennung dieser beiden Funktionsbeschreibungen aufgegeben wird. Soweit es möglich ist, wird jedoch innerhalb der jeweiligen Funktionsbeschreibung zwischen den Ebenen gedanklich differenziert. Dabei wird sich zeigen, dass ein solches methodisches Vorgehen eine unbeabsichtigte Nebenfolge nach sich zieht: Es offenbart, dass viele Funktionsbeschreibungen des Vertragsrechts sowie manche Rechtsprinzipien auf der Funktionsbeschreibung des Vertrages als Institution implizit zurückgreifen und/ oder darauf aufbauen.⁴⁵⁹ Zum Teil wird daher die Funktion des Vertragsrechts lediglich darin gesehen, die tatsächlichen bzw. tatsächlich möglichen Funktionen des Vertrages zu ermöglichen oder zu begrenzen.⁴⁶⁰ Darin liegt keine Herabstufung des Vertragsrechts; damit wird lediglich der Schwerpunkt einer Analyse verschoben: Das wesentliche Element einer rechtstheoretischen Analyse ist die Funktion des Vertrages, auf denen das Vertragsrecht aufbaut. Diesem Analysefokus entsprechend,

458 Deutliche Trennung auch bei *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 35.

459 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 311 bezeichnet daher Vertragsfunktionen als normative Grundideen des Vertragsrechts.

460 Von einer Ermöglichungs- und Begrenzungs- bzw. Regulierungsfunktion des Vertragsrechts sprechen *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 (14 f.); *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 35 – 44.

ist das Erkenntnisinteresse hier nicht auf die einzelnen Rechtsprinzipien und ihrem (richtigen) Verhältnis zueinander gerichtet.⁴⁶¹

2. Unterkomplexität der Dichotomie von individuellen und überindividuellen Funktionen

Rechtstheoretische Untersuchungen, die nach den Funktionen des Vertrages bzw. nach den Funktionen der Vertragsfreiheit fragen, teilen vereinzelt die Funktionsbeschreibungen grob in individuelle und überindividuelle Funktionen ein.⁴⁶² Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Vertrag primär als Selbstbestimmungsinstrument für die einzelne Privatrechtsakteur*in bzw. für die am Vertrag beteiligten Parteien gedeutet wird.⁴⁶³ Dadurch wird der Referenzpunkt „Individuum“ überbetont (individuelle Funktionen), während andere (System-)Referenzen unter dem Topos des „Kollektiven“ invisibilisiert werden. Bereits die multilaterale Rekonstruktion von Teubner mit den Begriffen Interaktions-, Organisations- und Institutionenebene⁴⁶⁴ zeigt drei konkrete Referenzen auf, an denen Funktionsbeschreibungen eines Vertrages ansetzen können. Entsprechend der hier vertretenen Konzeption der Multilateralität des Vertrages kann jedes (soziale) System als Referenzpunkt für eine Funktionsbeschreibung herangezogen werden. Eine Untersuchung der Vertragsfunktionen in Bezug auf alle sozialen Systeme kann hier nicht unternommen werden.⁴⁶⁵ Vielmehr sollen die bisher im rechtstheoretischen Diskurs vorgetragenen Vertragsfunktionen nach ihrer jeweiligen Systemreferenz geordnet werden. Diese Vertragsfunktionen werden dann jeweils daraufhin befragt, welche Einsichten sie auf den Stadi-

461 Siehe beispielsweise zur Frage des Verhältnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 163 – 281.

462 *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 59 – 62, 62 – 77.

463 Deutlich *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 59: „Die Vertragsfreiheit [...] zugunsten des Einzelnen als Individuum gewährt. Alle überindividuellen Funktionen [...] sind damit Reflexe und Folgen ihrer individualrechtsschützenden Bestimmung.“

464 Siehe dazu oben § 2 V 2.

465 Wie die nachfolgende Funktionsuntersuchung zeigen wird, werden nur ganz bestimmte strukturelle Kopplungen des Vertrages mit nicht-rechtlichen Funktionssystemen innerhalb der Vertragstheorie für relevant befunden. Funktionsbeschreibungen des Vertrages beispielsweise für die Kunst oder die Wissenschaft fehlen in der Vertragstheorie und finden sich eher implizit in primär praktisch-dogmatisch orientierten Arbeiten. An dieser Stelle besteht Forschungsbedarf, wobei auf dem hier vorgestellten Modell der Funktionsanalyse des Vertrages als multilaterales Rechtsinstitut aufgebaut werden könnte.

onverbotsfall ermöglichen. Deutlich wird dabei, dass sie den konkreten sozialen Konflikt auf der Ebene der Rechtstheorie nicht adäquat oder nur zu Teilen beschreiben können.

II. Selbstbestimmungsfunktion

In der Differenzierung zwischen individuellen und überindividuellen Funktionen des Vertrages kommt eine deutliche Fokussierung auf die einzelne Privatrechtsakteur*in bzw. die am Vertrag beteiligten Parteien zum Ausdruck: Die Funktionsbeschreibung erfolgt relativ zu einer individuellen Person. Diese ist der Referenzpunkt für die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages.

Das rechtliche Institut des Vertrages eröffnet den Privatrechtsakteur*innen einen Freiheitsraum, um die selbstbestimmte Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach ihrem Willen zu ermöglichen.⁴⁶⁶ Der Vertrag dient damit Privatrechtsakteur*innen zur Ausübung ihrer Freiheit nicht nur in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch in rechtlicher. An dieser Selbstbestimmungsfunktion knüpft auch das privatrechtliche Prinzip der Vertragsfreiheit an. Die Vertragsfreiheit ist in der modernen Gesellschaft die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie, weshalb die Begriffe oft synonym verwendet werden.⁴⁶⁷ Mit der Vertragsfreiheit werden dem Individuum Mechanismen – Verträge – zur Verfügung gestellt, mit denen es die aus seinem Selbstverwirklichungsbedürfnis heraus erwachsenen Interessen rechtsverbindlich formulieren und durchsetzen kann; der Vertrag ist Mittel zur Selbstbestimmung.⁴⁶⁸ Die Funktion des Vertrages wird dahingehend beschrieben, dass er „Handlungsinstrument der Freiheit durch Selbstverpflichtung“ sei.⁴⁶⁹ Dabei können drei Ausübungsformen unterschieden werden: Vertragsbe gründungsfreiheit (Abschluss- und Kontrahentenwahlfreiheit), Vertragsabänderungs- und beendigungsfreiheit sowie Inhalts- und Gestaltungsfreiheit.⁴⁷⁰

466 Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.

467 Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 17; Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 13, 63.

468 Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 63.

469 Rademacher/G. Schulze, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 10.

470 Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 67 – 70.

1. Formelles Verständnis von Selbstbestimmung

Die Funktion des Vertrages in Bezug auf Selbstbestimmung kann damit zunächst als Bereitstellung eines rechtlichen Instrumentariums beschrieben werden, mit dem der Einzelne oder die Einzelne ihren tatsächlichen Willen rechtlich umsetzen kann.⁴⁷¹ Der Vertrag ermöglicht „Selbstbestimmung durch rechtliche Selbstgestaltung“⁴⁷². Diese tatsächliche Funktionsbeschreibung als Selbstbestimmungsinstrument übersetzt das Recht insbesondere mit dem Rechtsprinzip der Privatautonomie; die Privatautonomie als Rechtsprinzip überführt diesen Einsatz von Verträgen in das Recht. Die Privatautonomie als Rechtsprinzip ist ein nach der Autonomie des Rechtssystems selbst zu gestaltender Begriff mit latentem Inhalt und keine bloße Übernahme außerrechtlicher Phänomene.⁴⁷³ Privatautonomie in diesem Sinne kann dann wie folgt definiert werden: Privatautonomie bedeutet „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“⁴⁷⁴. Etwas ausführlicher: „Freiheit bedeutet im Privatrecht einmal rechtliche Handlungsfreiheit in dem Sinne, dass der einzelne Akteur an Stelle staatlicher Reglementierung und Zuteilung seine rechtlichen Beziehungen zu anderen selbstbestimmt regeln kann, d.h. Rechtsverhältnisse mit Dritten eingehen kann und zwar jeweils willkürlich ohne Angabe von Gründen.“⁴⁷⁵ Oder: Privatautonomie sei „die Befugnis der Rechtssubjekte, ihre privatrechtlichen Angelegenheiten selbstständig und eigenverantwortlich nach ihrem eigenen Willen zu gestalten.“⁴⁷⁶

471 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (277), der dort auch ausdrücklich den funktionalen Bezug zwischen Privatautonomie und Selbstbestimmung herstellt: „Privatautonomie und Vertragsfreiheit werden indessen nicht um ihrer selbst willen gewährleistet, sondern dienen vor allem der Selbstbestimmung der Person.“

472 *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 6.

473 Wie hier *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 15 f.; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 16 – 22; *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (14 – 16). Anders jedoch *Flume*, FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 135 (136), der die Privatautonomie der Rechtsordnung vorgegeben und sie als von ihr zu verwirklichendem Wert ansieht.

474 *Flume*, BGB AT, Bd. 2, 1992, S. 1.

475 *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 98 (§ 10 Rn. 28).

476 *Bork*, BGB AT, 2016, Rn. 99.

Dazu stellt das Privatrecht Willenserklärungen zur Verfügung, mit denen der tatsächliche Wille⁴⁷⁷ – neben anderen Faktoren⁴⁷⁸ – rechtlich über- und umgesetzt werden kann, sodass er schlussendlich in einen Vertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft münden kann. Eine solche Bedeutung von Selbstbestimmung kam insbesondere in der Willentheorie bezüglich des Geltungsgrundes einer Willenserklärung zum Ausdruck, welche im 19. Jahrhundert und in den Anfangsjahren des BGB vorherrschend war.⁴⁷⁹ Auch heute wird der freie Wille, der in einer Willenserklärung zum Ausdruck kommt, als Grundelement jeden Vertrages angesehen.⁴⁸⁰ Ein formales Verständnis von Privatautonomie – iSe Zuweisung von Entscheidungszuständigkeiten – ist damit identisch mit einer formal verstandenen Vertragsfreiheit – iSe Freiheit, durch Einigung Rechtswirkungen herbeizuführen.⁴⁸¹

Formell ist dieses Verständnis von Selbstbestimmung, weil es weitgehend⁴⁸² von sozialen Kontexten abstrahiert. Einziger Anknüpfungspunkt in der Umwelt des Rechts ist ein nach außen hin ausgedrückter menschlicher Wille – weitgehend egal wie, also unter welchen Umständen, dieser gebildet wurde.⁴⁸³ Ist die Selbstbestimmungsfunktion einmal als relevante Vertragsfunktion benannt, so kann auch der individuelle Wille als Grundlage und Begründung für rechtliche Verpflichtungen aus dem Vertrag in Anspruch genommen werden.⁴⁸⁴ Die Selbstbestimmung, die der Vertrag demnach ermöglicht, greift damit aber dennoch implizit auf soziale Kontexte zurück.

477 *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (142) bezeichnet den Vertrag als Mittel zur „Willensherrschaft“.

478 Vgl. dazu *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 337 – 340.

479 Siehe dazu *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 337 f. Kritisch zum Topos „Wille“ im Kontext der Privatautonomie *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 294 f.

480 *Rademacher/G. Schulze*, in: NK-BGB, Vor §§ 145-157 Rn. 6 – 9, 14 – 16; deutlich auch *Möslein*, in: BeckOGK-BGB, § 145 Rn. 7.

481 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 294.

482 Selbst *Flume*, der einem rein-formalem Verständnis von Privatautonomie am nächsten kommt, betont die Bedeutung von rechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit, die auf den Schutz vor Fremdbestimmung gerichtet sind: *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (143 f.); *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 182 f. liest *Flume* sogar mit einem materialen Verständnis von Vertragsfreiheit.

483 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 22.

484 Grundlegend *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 13 f., 17; jüngst aufgegriffen von *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. 37, der jedoch einsieht, dass eine solche Konzeption des Vertrages nur für die grundsätzliche Anerkennung des Vertrages funktionieren kann, jedoch keine Möglichkeit bietet, die vielfältigen Aspekte der Materialisierung des Vertragsrechts abzubilden, da sie konsequenterweise die inhaltlich-rechtlichen Vorgaben des Vertrages ausblende.

Indem sie für irrelevant erklärt werden, werden solche sozialen Verhältnisse, insbesondere Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse, stabilisiert, die auch ohne den Vertrag vorherrschen. Selbstbestimmung wird demnach zwar ermöglicht, aber nur in den Grenzen, die die Umwelt des Rechts den Privatrechtsakteur*innen vorgibt. Prägnant formuliert *Drexl*: „Unter formaler Privatautonomie versteht man die den einzelnen gewährte und gesicherte Möglichkeit, ihre Beziehungen untereinander *eigenbestimmt, aber nicht notwendig selbstbestimmt*, innerhalb bestimmter Grenzen durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Verträge zu regeln. *Eigenbestimmung* bezeichnet in diesem Zusammenhang die formale Befugnis, durch Einigung mit anderen Rechtswirkungen zu begründen. *Selbstbestimmung* verlangt darüber hinaus in einem materiellen Verständnis, dass das autonom Vereinbarte nicht auf Fremdbestimmung beruht.“⁴⁸⁵

Nach einer solchen Konzeption von Selbstbestimmung erfüllt im Stadionverbotsfall der Vertrag bzw. eine Vertragsverweigerung genau diese Funktion: Sowohl dem Fußballfan als auch dem Betreiber des Stadions steht das Institut des Vertrages zur Verwirklichung ihres jeweiligen Willens zur Verfügung. Der Fußballfan möchte in das Stadion bzw. nicht aus diesem ausgeschlossen werden. Der Stadionbetreiber möchte diese Person gerade nicht im Stadion haben. Beide Willen treffen aufeinander, aber schlussendlich wird nur der Wille des Stadionbetreibers rechtlich stabilisiert, indem kein Vertrag geschlossen wird bzw. ein bestehendes Dauerschuldverhältnis gekündigt werden kann. Denn der Vertragsmechanismus bedarf der *Willensübereinstimmung*.⁴⁸⁶ Da die Willen nicht übereinstimmen, bleibt der *status quo* erhalten. Für ein formales Verständnis von Selbstbestimmung ist damit die ursprüngliche Zuweisung von Handlungsrechten – *property rights* – maßgeblich.⁴⁸⁷ Der Vertrag greift zwar auf eine soziale und ökonomische Verteilung von Handlungsoptionen zurück, abstrahiert jedoch davon, indem sie als Umwelt des Rechts für weitgehend irrelevant erklärt wird.

485 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 295 [Her- vorhebungen im Original].

486 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 99 spricht von einer „schuldrechtli- che[n] Rechtsmacht“ eines Menschen in Bezug auf einen anderen Menschen, wel- che sich aus der Möglichkeit einer vertraglichen Einigung generiere.

487 Ähnliche Beobachtung bei *Zumbansen*, 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 191, 196 (2007).

2. Materielles Verständnis von Selbstbestimmung

a. Tatsächliche Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung

Diesem formalen Verständnis⁴⁸⁸ von (nahezu) ungebundener und kontextloser formaler Vertragsfreiheit, welche auch nur formale Selbstbestimmung bzw. Eigenbestimmung ermöglicht, steht heute ein materiales Verständnis gegenüber.⁴⁸⁹ Die Vertragsfreiheit – und die dadurch erzeugten Verträge – ermöglicht Selbstbestimmung, aber als immanent gebundene Freiheit.⁴⁹⁰ Mit dieser Perspektivverschiebung ist verbunden, dass der Vertrag als Instrument tatsächlicher Selbstbestimmung verstanden wird: Der Vertrag ist kein bloß formales Instrument, das zur rechtlichen Durchsetzung eines „vorgefundenen“ individuellen Willens dient, sondern ein Rechtsinstitut, das die Voraussetzungen tatsächlicher (rechtsgeschäftlicher) Selbstbestimmung intern verarbeitet. Teilweise wird sogar der Begriff der Selbstbestimmung von vornherein nur auf die Materialisierung der formal verstandenen Privatautonomie bezogen.⁴⁹¹ Eine so verstandene Vertragsfreiheit hängt eng mit der Persönlichkeitsentfaltung zusammen. Die zentrale Funktion der Vertragsfreiheit wird in der „rechtlichen Effektivierung der *Selbstbestimmung* des Einzelnen als Ausdruck seines [...] Anspruchs auf freie *Entfaltung seiner Persönlichkeit*“⁴⁹² gesehen. Damit ist der Vertrag nicht nur ein bloßer formal-rechtlicher Mechanismus zum Vertragsschluss, sondern ein

488 Auch wenn *Jakl*, Handlungshoheit, 2019, S. S. 87, 120 mit seinem Konzept der „Handlungshoheit“ versucht, auf Materialisierungstendenzen im Privatrecht zu reagieren, verbleibt er tendenziell bei einer formalen Vorstellung von Selbstbestimmung und dem Willen als maßgeblichen rechtlichen Faktor für den Vertrag; auch wenn *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 39 – 43 die Bedeutung formal verstandener Selbstbestimmung hervorhebt, rechtfertigt er auf S. 43 f. insbesondere die Inhaltskontrolle mit materialer Selbstbestimmung: „Darin liegt nicht nur kein Gegensatz zur Privatautonomie, sondern im Gegenteil ihre Verteidigung gegen einseitige Selbstbestimmung.“

489 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 183 bezeichnet ein materielles Verständnis von Privatautonomie heute als „herrschend“.

490 Dazu *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 94 – 105.

491 *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 7: „Der Begriff der Selbstbestimmung deckt sich mit jenem der materiellen Freiheit. [...] Durch den Begriff der Selbstbestimmung kommt der Charakter der aktiven Rolle der Marktteilnehmer zum Ausdruck. Es geht nicht nur um die Freiheit vom Zwang anderer, sondern um die Sicherung der Chance, Ziel und Mittel wirtschaftlichen Handelns selbst zu bestimmen.“

492 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.

rechtliches Instrument zur (selbstbestimmten) Persönlichkeitsentfaltung.⁴⁹³ Die primäre Funktion eines Vertrages für die Parteien bestehe in der Persönlichkeitsentfaltung durch selbstbestimmte Interessenverwirklichung.⁴⁹⁴ Deutlich wird hier, dass die Selbstbestimmungsfunktion die individuellen Vertragsparteien als Referenzpunkt wählt: Jeder Mensch habe bestimmte essentielle Bedürfnisse, die er oder sie rechtlich – blendet man sozialstaatliche Instrumente aus – „nahezu ausschließlich durch den Abschluss von Austauschverträgen erfüllen kann.“⁴⁹⁵

Die Begriffe tatsächliche Selbstbestimmung bzw. materiale Vertragsfreiheit werden herangezogen, um zu betonen, dass es für die Wirksamkeit von Verträgen vermehrt auf die tatsächliche Selbstbestimmung beider Parteien ankommt und nicht auf die (bloß formale) Möglichkeit eines Vertragschlusses.⁴⁹⁶ Es geht darum, soziale Situationen in der Umwelt des Rechts rechtsintern zu verarbeiten, in denen es an tatsächlicher Selbstbestimmung mangelt; es geht nicht darum, dass tatsächliche Selbstbestimmung immer für die Wirksamkeit einer Willenserklärung benötigt wird.⁴⁹⁷ Auch wenn die rechtstheoretische Begriffsverschiebung von Selbstbestimmung in der Rechtsanwendung erhebliche Veränderungen bewirkt, bedeutet der Begriff Selbstbestimmung auf einer abstrakteren Ebene eher Kontinuität: „Denn sie ändert nichts daran, den Vertrag als Instrument zur Selbstbestimmung zu sehen – ja sie verstärkt diesen Gedanken geradezu noch! Der Zusammenhang von Vertrag und Selbstbestimmung wird präzisiert, aber keineswegs aufgegeben.“⁴⁹⁸

Diese Erweiterung in der Funktionsbeschreibung des Vertrages liegt schon darin begründet, dass am Vertrag zwei Parteien mitwirken müssen, sodass die individuellen Dimensionen von Selbstbestimmung der beiden Parteien nicht getrennt voneinander betrachtet werden können.⁴⁹⁹ Wenn zutreffend die Vertragsfreiheit – und damit das Institut des Vertrages –

493 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 59.

494 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 236.

495 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 237 unter Verweis auf *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 14.

496 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 17 f.

497 So aber die vertragstheoretische Konzeption von *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 70 f.

498 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 19.

499 Ähnlich *Rittner*, JZ 2011, 269 (271): „als ob der Einzelne seine Rechtsverhältnisse wirklich selbstherrlich gestalten könnte – und nicht in aller Regel erst im Einvernehmen mit einem oder mehreren anderen, also in einem Vertrag.“

als die wichtigste Erscheinungsform der Privatautonomie in der modernen Gesellschaft bezeichnet wird, dann verwirklicht sich auch rechtliche Selbstbestimmung im Regelfall in einer immanent gebundenen Form: „Das reguläre Instrument der privatautonomen Rechtsgestaltung ist nach alledem der Vertrag, vor allem der Austauschvertrag.“⁵⁰⁰

b. Die Grenzen des Materialisierungsbegriffs

Mit dem Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung ist (auch) die Materialisierung des Privatrechts angesprochen. Die Materialisierung des Privatrechts ist „ein schillernder Begriff, der für verschiedene Deutungen offen ist“⁵⁰¹. Spezifische Wandlungen des Vertragsrechts werden unter dem Leitgedanken der Materialisierung beschrieben,⁵⁰² wobei damit drei unterschiedliche Sichtweisen verbunden sind: Materialisierung der Vertragsfreiheit, der Vertragsgerechtigkeit und die dem Vertragsrecht zugrunde liegende „weltanschaulich-politische Grundhaltung“.⁵⁰³ In dem hier verwendeten Begriffsverständnis soll Materialisierung jedoch nur auf die Vertragsfreiheit – also auf die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages – bezogen werden.

Als Gegenbegriff zu einem formalen Privatrechtsverständnis entstanden, bezeichnet die Materialisierung der Vertragsfreiheit insbesondere eine stärkere Berücksichtigung der tatsächlichen Voraussetzungen von Selbstbestimmung.⁵⁰⁴ „Es geht um die Ergänzung der formalen Privatautonomie um Regelungen, die die Eigenbestimmung hin zur Selbstbestimmung ergänzen. Hierin liegt die Materialisierung der Vertragsfreiheit.“⁵⁰⁵ Das Begriffspaar formale und materiale Vertragsfreiheit bzw. Selbstbestimmung soll ausdrücken, dass die Privatautonomie in zwei Weisen verstanden werden kann: (1.) formal als rechtliche Freiheit zum Abschluss und zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen und (2.) material als tatsächliche Freiheit zur Bildung der zugrunde liegenden Entscheidung.⁵⁰⁶

500 Rittner, JZ 2011, 269 (272).

501 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, S. 13 (18).

502 Jüngst zusammenfassend Specht, Diktat der Technik, 2019, S. 96 – 172.

503 Canaris, AcP 200 (2000), 273 (276 f.).

504 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, S. 13 (18).

505 Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 295 f.

506 Canaris, AcP 200 (2000), 273 (277 f.).

Knüpft man an diese Dichotomie an, kennzeichnet der Topos Materialisierung einen Prozess im Rechtssystem, in dem die Bedingungen der Selbstbestimmung in Freiheit und Gleichheit komplexer sind als dies ein klassisch-liberales Privatrechtsverständnis wahrhaben wollte. Damit wird statt formaler Freiheit und Gleichheit materiale Privatautonomie im Sinne echter Selbstbestimmung betont:⁵⁰⁷ „Während die faktische Übereinstimmung der Parteien für das formale Privatrecht sakrosant ist, erscheint es [sic!] dem materialisierten Privatrecht, wenn nicht suspekt, so doch prüfungsbedürftig.“⁵⁰⁸ Materialisierung der Vertragsfreiheit bedeutet eine stärkere Betonung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit im Privatrecht,⁵⁰⁹ was sich insbesondere durch eine verstärkte Inhaltskontrolle von Verträgen, durch die AGB-Kontrolle, durch eine Zunahme des Verbraucherrechts und allgemein durch den Einfluss des Verfassungsrechts sowie des Unionsrechts ausdrückt.⁵¹⁰

Neben dieser Prozessdimension des Begriffs drückt Materialisierung aber auch eine gewisse Gegenläufigkeit aus: „Dieser der Institution des Vertrages immanente Antagonismus bedeutet zugleich, dass es nicht nur einen Unterschied, sondern geradezu einen Gegensatz zwischen rechtlicher und tatsächlicher, formaler und materialer Vertragsfreiheit gibt; denn während die Kompetenz zur Gestaltung von Rechtsbeziehungen wie dargelegt grundsätzlich auf Verbindlichkeit angelegt und angewiesen ist, tendiert das Prinzip der Selbstbestimmung verstanden als tatsächliche Entscheidungsfreiheit zur Lösbarkeit der Verträge.“⁵¹¹ Dabei ist jedoch die Entgegensetzung von formalem und materialisiertem Privatrecht eine Überzeichnung. Denn die Gewährleistung echter Selbstbestimmung war schon immer Kernaufgabe des Privatrechts, auch des BGB von 1900.⁵¹² Der formale Charakter des BGB in seiner Ursprungsgestalt ergibt sich daraus, dass der

507 *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 (19); *Säcker*, in: *MüKo-BGB*, Einl. Rn. 37 – 56.

508 *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 (19).

509 *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (280).

510 Zu den unterschiedlichen Dimensionen der Materialisierung *Wagner*, in *Dreier* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, S. 67 (96 – 177).

511 *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (279).

512 *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 (19); *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (280 f.); *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001, S. 1 – 12, 275 – 283. Siehe überblicksartig zu den herkömmlichen Sicherungen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (24 f.).

Katalog an Sicherungen dabei jedoch kurz gehalten wurde.⁵¹³ Materialisierung des Privatrechts heißt dann, dass vermehrt auf Gefährdungen der Entscheidungsfreiheit – z.B. mit dem modernen Verbraucherschutzrecht oder der Inhaltskontrolle – reagiert wird bzw. werden soll, die jenseits dieser etablierten Kategorien der herkömmlichen Rechtsgeschäftslehre stehen.⁵¹⁴

Der Begriff der Materialisierung ist demnach für eine Analyse eines konkreten Falles wenig geeignet. Der Prozessbegriff der Materialisierung hilft nicht weiter. Er ermöglicht zwar nach bestimmten Problemen – hier: der tatsächlichen Selbstbestimmung – zu fragen; eine Analyse oder gar Lösung dieser Probleme ist mit diesem Topos nicht möglich. Dennoch kann der Gegensatz von formaler und materialer Vertragsfreiheit auch für die Dogmatik fruchtbar gemacht werden: Er kommt besonders stark in der an der Selbstbestimmungsfunktion anknüpfenden Dogmatik im Verfassungsrecht zur Vertragsfreiheit zum Ausdruck.⁵¹⁵

c. Grenzen der Topoi „strukturelle Unterlegenheit“ und „strukturelles Ungleichgewicht“

Neben den spezielleren Materien des Verbraucherrechts oder der AGB-Kontrolle hat insbesondere das Bundesverfassungsgericht mit der Handelsvertreter-⁵¹⁶ und der Bürgschaftsentscheidung⁵¹⁷ sowie durch die Folgerechtsprechung⁵¹⁸ der Materialisierung der Vertragsfreiheit bzw. der Privatautonomie eine dogmatische Form gegeben. Die zentrale Frage in der

513 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (25); so auch das Argument bei *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, S. 482.

514 Wagner, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (25); siehe dazu *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273 (296 – 304) sowie *Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung*, 1998, S. 266 – 280, 282 – 302; vgl. auch *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 119, der zwischen „alten“ und „neuen“ Schranken des Vertragsrechts unterscheidet und die „neuen“ Schranken beeinflusst von der sozialen Einbettung des Vertrages sieht.

515 Vgl. *Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 273: „Die Bürgschaftsentscheidung verpflichtet das Privatrecht also zur dogmatischen Umsetzung der Materialisierung der Vertragsfreiheit.“

516 BVerfGE 81, 242 – *Handelsvertreter* [1990].

517 BVerfGE 89, 214 – *Bürgschaft* [1993].

518 BVerfG, Urt. v. 06.02.2001, 1 BvR 12/92 – *Ehevertrag*; BVerfG, Beschl. v. 07.09.2010, 1 BvR 2160/09 – *Preiserhöhungsklausel*; vgl. auch die Übersicht bei *Wendland*, *Ver-*

Bürgschaftsentscheidung war, ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluss und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten, worin – falls dies nicht der Fall sei – eine Verkennung der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie liege.⁵¹⁹ Das Gericht hat damit ausdrücklich ein materiales Verständnis von Privatautonomie, von tatsächlicher Selbstbestimmung, im Auge.⁵²⁰ Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages liegt damit auch der verfassungsrechtlichen Re-Konstruktion des sozialen Konfliktes über die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit zugrunde.

Gleichzeitig hat das Bundesverfassungsgericht hier nicht nur ein vorherrschendes Verständnis von formaler Privatautonomie disruptiv irritiert, sondern zugleich einen dogmatischen Lösungsweg für die Materialisierung gefunden und damit die Prüfungspflicht konkretisiert: Die formale Vertragsfreiheit in ihrer Abwehrdimension muss mit ihrer Schutzpflichtendimension in Ausgleich gebracht werden.⁵²¹ Dabei soll eine Inhaltskontrolle⁵²² von Verträgen nur bei einer Fremdbestimmung durch den Vertrag erfolgen. Eine solche Fremdbestimmung liege – kumulativ – in Fällen (1.) typisierbarer Fallgestaltungen (2.) eines strukturellen Vertragsungleichgewichts bzw. einer strukturellen Unterlegenheit vor, bei denen (3.) für eine Vertragspartei ungewöhnlich belastende Folgen eintreten.⁵²³ Die Voraussetzung der ungewöhnlich belastenden Folgen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Folgerechtsprechung aufgegeben.⁵²⁴ Das Kriterium der Typisierbarkeit wurde zutreffend dahingehend umschrieben, dass der soziale Konflikt kein

tragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 374 – 401 (mit einem Fokus auf der AGB-Kontrolle).

519 BVerfGE 89, 214 (231) – *Bürgschaft* [1993].

520 *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 (296).

521 Kritisch gegenüber dieser dogmatischen Konstruktion *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (70 f.).

522 *Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 273 weist darauf hin, dass dabei unklar sei, ob aus der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht immer eine Inhaltskontrolle folge oder ob es allgemein darum gehe, auf der Ebene des Privatrechts für tatsächliche Selbstbestimmung zu sorgen.

523 BVerfGE 89, 214 (232) – *Bürgschaft* [1993]; *Drexl*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 273.

524 In BVerfG, Urt. v. 06.02.2001, 1 BvR 12/92 – *Ehevertrag*, Rn. 30 findet sich zwar noch die Formulierung der „besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten“, welche dort jedoch „nur“ als Indiz für die ungleiche Verhandlungsposition herangezogen wird; siehe auch die Auswertung bei *Wendland*, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 374 – 401; in BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 38 finden sich jetzt jedoch die „Fallgestaltungen, die

Einzelfall sein darf; es muss sich um „schwerwiegende Fälle mit Breitenwirkung“⁵²⁵ handeln.⁵²⁶ Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesen Entscheidungen hat sich darauf fokussiert, in welchen Fällen eine „strukturelle Unterlegenheit“ vorliegt:

Mit dem Topos des vertraglichen Ungleichgewichts greift das Bundesverfassungsgericht das Kriterium der gestörten Vertragsparität auf.⁵²⁷ Problematisch an diesem Kriterium ist jedoch, dass unklar bleibt, nach welchen Kriterien eine Störung festgestellt werden soll und wie genau ein „Gleichgewicht“ aussehen muss.⁵²⁸ Der Topos der Vertragsparität ist dabei ein Proxy: Es kann nicht darauf ankommen, dass die Vertragspartner in jeder Hinsicht ein (Macht-)Gleichgewicht aufweisen – insbesondere wenn Verträge in immer weniger Fällen ausgehandelt werden.⁵²⁹ Vielmehr geht es bei diesem Topos wieder um Selbstbestimmung: Es geht um die Ermittlung von Konstellationen, in denen eine Vertragspartei nicht tatsächlich selbstbestimmt über den Vertragsschluss oder -inhalt entscheiden kann: Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages erklärt, „worum es bei der Diskussion um die Vertragsparität eigentlich geht. Die Vertragsparität soll die Selbstbestimmung sichern, nicht umgekehrt. Die Selbstbestimmung ist der eigentliche grundgesetzlich geschützte Wert.“⁵³⁰

In der Rezeption dieser Entscheidungen durch die privatrechtswissenschaftliche Literatur wurde – neben tendenziell eher polemischer Kritik⁵³¹ – zutreffend hervorgehoben, dass die Begriffe Vertragsimparität oder strukturelles Ungleichgewicht bzw. strukturelle Unterlegenheit zwar heuristisch nutzbar sind, sie inhaltlich als solche jedoch nicht oder kaum ausfüllbar

sich besonders belastend auswirken“ als Alternativfall zur strukturellen Unterlegenheit.

525 Wagner, in: Blauchrock/Hager (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (76).

526 Vgl. zu diesem Aspekt auch unten § 9 I 3 bezüglich des Verhältnisses Privatrecht und Verfassungsrecht.

527 Dazu eingehend Zöllner, *AcP* 196 (1996), I (15 – 25).

528 Adomeit, *NJW* 1994, 2467; Zöllner, *AcP* 196 (1996), I (24); Drexel, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 273.

529 Vgl. Rittner, *JZ* 2011, 269 (272).

530 Drexel, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 274.

531 Siehe nur die Wortwahl von Diederichsen, *AcP* 198 (1998), (226): „methodologische[r] Staatsstreich“ und Zöllner, *AcP* 196 (1996), I (9): „Grundrechtsverständnis ist außerordentlich unbestimmt und mit intellektueller Redlichkeit nur schwer nachvollziehbar“.

seien.⁵³² Damit läuft der Begriff Gefahr, Phänomene von Fremdbestimmung, die das Privatrecht bewältigen muss, auf bloße Schlagworte zu reduzieren,⁵³³ und keine exakte Analyse der Ursachen und Wirkungszusammenhänge in problematischen Fällen durchzuführen. Die Begriffe weisen damit dasselbe Unbestimmtheitsproblem wie der Selbstbestimmungstopos an sich auf.

Zur Konkretisierung behilft man sich bis heute mit dem methodischen Instrument der Fallgruppenbildung,⁵³⁴ wobei unterschiedliche Ansätze zur Fallgruppenbildung ausgearbeitet worden sind.⁵³⁵ Überzeugend ist die Dreiteilung von (1.) wirtschaftlicher Unterlegenheit, (2.) psychischer, intellektueller bzw. emotionaler Unterlegenheit sowie (3.) situativer Unterlegenheit.⁵³⁶ Während mit der ersten Konstellation insbesondere Monopolphänomene sowie wirtschaftliche Abhängigkeitsverhältnisse wie in der Handelsvertreterentscheidung eingefangen werden sollen, erfasst die zweite Fallgruppe „Situationen, in denen die unterlegende Partei typischerweise aufgrund erheblichen emotionalen und familiären Drucks sowie aufgrund psychischer oder intellektueller Defizite zu einer sie objektiv benachteiligenden Vereinbarung gedrängt wird.“⁵³⁷ Bei der situativen Unterlegenheit ergebe sich die Vertragsimparität nicht aus wirtschaftlicher oder emotionaler Stellung der Parteien zueinander oder aus bestimmten Fähigkeiten/Eigenschaften einer Vertragspartei, sondern aus der Art und Weise des Vertragsschlusses; hierunter fällt insbesondere die AGB-Kontrolle.⁵³⁸

Insbesondere bei den ersten beiden Fallgruppen wird deutlich, dass es hierbei nicht (nur) um die isolierte bipolare Beziehung der Vertragsparteien zueinander geht. Es geht vielmehr um spezifische Aspekte, die außerhalb

532 Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 8, im Anschluss an Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 15; ähnlich auch Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, 1995, S. 14, 25; der Sache nach ebenfalls Zöllner, AcP 196 (1996), I (15 – 35).

533 So der Impetus bei Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 8 f.

534 Allgemein methodisch zur Fallgruppenbildung R. Weber, AcP 192 (1992), 516.

535 Siehe die Übersicht bei Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 402 Fn. 200.

536 Im Anschluss an Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 403 – 411.

537 Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 405, der hierunter die Bürgschafts- und Ehevertragsfälle einordnet.

538 Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 409; auch Drexl, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 275 f. stellt u.a. auf die „Struktur der Vertragssituation“ ab.

der Vertragsbeziehung als Relation liegen: um die Stellung der einzelnen Parteien im gesamten Wirtschaftssystem, die Rolle der Partei innerhalb des sozialen Systems der Familie, etc. *Teubner* hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das strukturelle Ungleichgewicht nicht nur ein Proxy für Selbstbestimmung ist, sondern ebenfalls als Proxy für Intersystemkonflikte gedeutet werden kann. Diese These entwickelt er in Auseinandersetzung der Bürgschaftsentscheidung, die er überzeugend als Intersystemkonflikt zwischen dem Wirtschaftssystem und dem sozialen System Familie (Makroebene) rekonstruiert, der sich dann in einem Rollenkonflikt der Tochter beim Vertragsschluss manifestiert (Mikroebene).⁵³⁹ Die einzelne, ganz konkrete Vertragsbeziehung ist dabei nur sekundär von Bedeutung; es geht primär um „strukturelle“ soziale Konflikte, also um äußere Umstände des Vertragsschlusses.⁵⁴⁰ Es ist diese soziale Umwelt des Vertrages, die sich auf die Vertragsparteien und dann auf den einzelnen Vertrag auswirken.⁵⁴¹

Wendet man diese Konkretisierungen der aus Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht auf den Stadionverbotsfall an, so zeigen sich die Grenzen dieses Instituts: Versteht man mit *Teubner* den Topos der strukturellen Unterlegenheit als Umschreibung eines Intersystemkonfliktes, so kann die Schutzpflicht hier nicht herangezogen werden, weil es sich beim Stadionverbotsfall um einen Intrasystemkonflikt im Fußballsport handelt. Auch die von der Rechtsdogmatik entwickelten Fallgruppen passen nicht: Der Fußballfan mag vielleicht dem DFB finanziell unterlegen sein, jedoch wirkt sich dieser Umstand nicht auf den Konflikt aus. Viele Fußballfans wie der Ultra im Stadionverbotsfall zeichnen sich zwar durch eine starke, auch emotionale Verbundenheit zu „ihrem“ Verein aus.⁵⁴² Eine mit den Angehörigenbürgschaften oder mit Eheverträgen verbundene psychische wie emotionale

539 *Teubner*, *KritV* 2000, 383 (392 – 396).

540 *Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 275, der hier insbesondere die Marktverhältnisse für relevant hält.

541 Zutreffend *Rödl*, in: *JB Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2013, S. 375 (378 – 380). Dies ist auch deshalb zu betonen, weil z.B. in rein ökonomischen Kontexten der (funktionierende) Wettbewerb weitgehend „Machtungleichgewichte“ bzw. ein fehlendes Aushandeln eines Vertrages kompensiert. Es geht also immer um die Systemkontexte des Vertrages und den dort vorherrschenden Strukturen; siehe dazu *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, S. 13 (19 – 21); den Wettbewerb und das Wettbewerbsrecht als Instrument für tatsächliche Selbstbestimmung rückt in den Fokus *Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 296 – 301.

542 Siehe dazu unten § 6 II 2.

Zwangssituation ist jedoch nicht erkennbar. Auch beim Vertragsschluss waren keine situativen Fremdbestimmungselemente vorhanden.

Das überrascht nicht: Der Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung als Gegenspieler zur Fremdbestimmung, der hier in dogmatische Form gegossen wird, versagt für diese Fallkonstellation. Denn in allen Fällen, die unter dem Oberbegriff der Schutzpflicht oder dem strukturellen Ungleichgewicht diskutiert werden, geht es um Fälle, in denen ein Vertrag geschlossen worden ist – eine rechtliche Bindung also besteht –, sich diese rechtliche Bindung aber mit dem Gedanken tatsächlicher Selbstbestimmung als unvereinbar erweist und deshalb eine Inhaltskontrolle des Vertrages durchgeführt wird, womit schlussendlich eine Möglichkeit für die fremdbestimmte Partei geschaffen wird, sich vom Vertrag zu lösen. Es geht – um beim Topos der Schutzpflicht zu bleiben – um den Schutz vor dem (ungünstigen) Vertrag, um den Schutz vor Fremdbestimmung durch den Vertrag. Aber diese Situation liegt im Stadionverbotsfall nicht vor: Der Ultra will gerade die Vertragsbeziehung aufrechterhalten. Es geht hier nicht um einen Schutz vor dem Vertrag, sondern darum, den Vertrag zu erhalten bzw. aufrecht zu erhalten. Es geht nicht um eine fremdbestimmte Verkürzung von Freiheitsräumen, sondern um die Sicherstellung der durch den Vertrag begründeten erweiterten Handlungsspielräume des Fußballfans, ins Stadion gehen zu können und am Fußballsport als Publikum teilhaben zu können. Die Schutzpflicht vor Fremdbestimmung gerät hier an ihre Grenzen. Genau das erkennt auch das Bundesverfassungsgericht in der Stadionverbotsentscheidung, wenn es sich dazu entscheidet, den Fall nicht über Art. 2 Abs. 1 GG – als Schutzpflicht gegenüber dem Fußballfan – zu lösen: „Die in Frage stehende Beschwer des Ausschlusses von Fußballspielen erlangt ihr verfassungsrechtliches Gewicht jedoch nicht in der Bedeutung und dem Ausmaß der hierin liegenden Freiheitsbeschränkung, sondern in der Verwehrung der Teilnahme an einer einem breiten Publikum geöffneten Großveranstaltung.“⁵⁴³

d. Selbstbestimmungsfunktion als Ausgangspunkt, nicht als Endpunkt

Die Beschreibung, dass der Vertrag tatsächliche Selbstbestimmung gewährleistet, hat auf rechtstheoretischer Ebene einen Vorteil. Die Selbstbestim-

543 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018, 1 BvR 3080/09 – *Stadionverbot*, Rn. 38.

mungsfunktion ermöglicht danach zu fragen, ob in einem konkreten Fall ein Vertrag Ausdruck tatsächlicher Selbstbestimmung ist. Damit öffnet sich die Rechtstheorie wieder den sozialen Kontexten eines Vertrages und den Vertragsparteien: Erst dadurch wird es möglich, Fragen nach den Bedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung zu stellen. Was auf den ersten Blick wünschenswert scheint, entpuppt sich jedoch – gerade unter Berücksichtigung der Bedingungen, die in dieser Untersuchung an die Rechtstheorie gestellt werden – als wenig weiterführend. Die rechtstheoretische Beschreibung, dass das Institut des Vertrages auch materiale Selbstbestimmung gewährt, gibt noch keine Hinweise darauf, in welchen sozialen Kontexten welche Faktoren zur Bestimmung der Bedingungen tatsächlicher Selbstbestimmung relevant werden. So wird ernüchternd festgestellt, dass „für einzelne Bereiche“ die materiale Vertragsfreiheit zu den Prinzipien des geltenden Rechts gehöre.⁵⁴⁴ Der Topos der Selbstbestimmung erlaubt es, jeden Fall der Gesellschaft mit Vertragsbezug als Selbstbestimmungsproblem zu rekonstruieren. Da damit aber jeder Fall erfasst werden kann, können aus dem Begriff Selbstbestimmung selbst keine weiteren, konkreten Begriffe zur Analyse eines Falles abgeleitet werden.⁵⁴⁵ „Mit etwas Abstand betrachtet gibt es keine Entwicklung im Privatrecht, die nicht zugleich etwas über Privatautonomie aussagen würde, und wohl kaum eine Frage des Privatrechts, die man nicht zugleich als Frage nach Inhalt und Grenzen der Privatautonomie formulieren könnte.“⁵⁴⁶ Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages ermöglicht demnach gerade mit einem materialen Verständnis von Selbstbestimmung nach den jeweiligen Kontexten von Selbstbestimmung zu fragen. Aber seine Generalisiertheit erschwert für eine Rechtstheorie die Verarbeitung von außerrechtlichem Wissen: Auf welche Wissensbestände soll bzw. kann zurückgegriffen werden? Nach welchen Kriterien können Gesellschaftstheorien herangezogen werden? Damit soll nicht gesagt werden, dass eine Re-Spezifizierung der Selbstbestimmungsfunktion auf unterschiedliche soziale Kontexte unmöglich wäre; Ansätze dazu finden sich bereits in der Rechtswissenschaft.⁵⁴⁷ Das Problem dieses generalisierten

544 *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352 (358).

545 *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (423 f.) spricht von der „Armut der Privatautonomie als Privatrechtsprinzip“.

546 *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 91 (93).

547 *Ausdrücklich Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, S. 7: „Konkretisierung auf das Wirtschaftliche“; zumindest nach Teilrechtsgebieten, aber nicht nach sozialen Kontexten, differenzieren die Beiträge in Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017.

Konzeptes wird weiterhin deutlich bei den Konkretisierungsversuchen des „strukturellen Ungleichgewichts“ bzw. der „gestörten Vertragsparität“. Die herausgearbeiteten Kriterien bzw. Fallgruppen werden nur selten nach sozialen Kontexten strukturiert.⁵⁴⁸

Aus diesen Gründen wird die Selbstbestimmungsfunktion für diese Untersuchung nicht als überzeugender rechtstheoretischer Anknüpfungspunkt gewählt, sondern – nach einem Durchgang durch andere Funktionen des Vertrages – die Inklusionsfunktion des Vertrages als eigenständige Vertragsfunktion in der modernen Gesellschaft identifiziert. Je nach Perspektive kann diese jedoch auch als Konkretisierung der Selbstbestimmungsfunktion konstruiert werden.⁵⁴⁹ Es handelt sich hierbei um eine erkenntnistheoretische Strategie: Indem der Topos der Selbstbestimmung verlassen wird, kann damit gleichzeitig der begriffliche Ballast von Vertragsparität und Fremdbestimmung verlassen werden, um damit den Blick für einen anderen Typ von sozialem Problem zu akzentuieren.

Vereinzelt wurde die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages als die einzige Funktion dieses Privatrechtsinstituts angesehen: Mit der Gewährleistung eines Mindeststandards vertraglicher Selbstbestimmung sei „die Funktion des Rechtsinstituts ‚Vertrag‘ auch erschöpfend beschrieben“.⁵⁵⁰ Busche entwickelt diese These ebenfalls mit dem rechtstheoretischen Instrumentarium des institutionellen Rechtsdenkens. Der methodische Unterschied zu dieser Untersuchung liegt jedoch darin, dass es Busche mit dieser These primär um eine normativ-dogmatische Aussage geht:⁵⁵¹ Da das geltende Vertragsrecht wesentlich von der Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages geprägt sei, sei auch nur diese Funktionszuschreibung für normativ-dogmatische Aussagen relevant. In dieser Untersuchung werden jedoch Vertragsfunktionen aus der Beobachtungsperspektive identifiziert. Damit wird der Funktionsbegriff deskriptiv verwendet, sodass die – hier nicht anzuzweifelnde – Funktion der Selbstbestimmung nicht andere Funktionen des Vertrages ausschließt. Es ist richtig, dass in jedem Vertrag auch (immer) ein Stück weit Selbstbestimmung (sei es individuelle oder

548 Für ein „situationsbezogenes Verbraucherschutzrecht“, das primär auf situative Ungleichgewichtslagen abzielt Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 282 – 396.

549 Vgl. dazu unten § 4 V 2.

550 Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 106, der dort auch ausdrücklich andere Funktionen ausschließt.

551 Deutlich in seiner Auseinandersetzung mit dem institutionellen Rechtsdenken: Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 106 – 108.

beiderseitige) liegt und dies der normative Kern des heutigen Privatrechts ist. Jedoch kann damit nicht das gesamte Vertragsrecht adäquat beschrieben und erklärt werden, was sich bereits beim „klassischen“ Topos des Verkehrsschutzes zeigt.⁵⁵² Den Vertrag als multilaterales Rechtsinstitut zu betrachten, heißt, über die Selbstbestimmungsfunktion hinaus zu blicken und andere Funktionen, andere Systemzusammenhänge, aufzudecken.⁵⁵³ Hierin besteht der analytische Mehrwert.

Überträgt man diese Überlegungen auf den Stadionverbotsfall zeigen sich die Schwächen deutlich: Die Selbstbestimmung der Stadionbetreiberin kam bereits durch eine formale Konzeption zum Vorschein. Ein materiales Verständnis von Selbstbestimmung kann aber auch fragen, ob der Vertrag – bzw. hier der Umstand, dass kein Vertrag zustande gekommen ist – auch für den Fußballfan Ausdruck tatsächlicher Selbstbestimmung ist. Daran, dass kein Vertrag zustande gekommen ist, zeigt sich bereits die erste Schwäche: Der Topos der tatsächlichen Selbstbestimmung ist eng mit dem Begriff der Fremdbestimmung verbunden. Das wird so verstanden, dass tatsächliche Selbstbestimmung bedeutet, durch einen Vertrag nicht fremdbestimmt zu werden.⁵⁵⁴ Deutlich wird hier, dass damit Fälle adressiert werden (sollen), in denen ein Vertrag eigentlich – also nach einem formalen Verständnis – wirksam zustande gekommen ist, aber nun nach einem rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt gesucht wird, um Gründe für die Nichtgeltung des Vertrages auf dogmatischer Ebene zu ermitteln. Schwierigkeiten des Selbstbestimmungstopos ergeben sich somit für Fälle, in denen überhaupt kein Vertrag zustande gekommen ist, der Vertrag also nicht als Grund bzw. Perpetuierung von Fremdbestimmung gedeutet werden kann. Der *status quo* wurde aufrechterhalten; der Fußballfan wird durch den Vertrag nicht in seiner Selbstbestimmung beeinträchtigt. Doch selbst wenn man dieses Problem ausräumen kann, müsste danach gefragt werden, in welchen sozialen Kontexten aus welchen Gründen ein Vertrag in welchem Ausmaß notwendig für tatsächliche Selbstbestimmung ist. Die Selbstbestimmungsfunktion kann daher nur die Fragen ihrer Funktionsbedingungen aufwerfen. Für ihre Beantwortung bedarf es eines konkreten rechtstheoretischen Modells. Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages kann auf analyti-

552 Vgl. *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 (726 f.).

553 Kritisch aber gegen ein solches Vorgehen im Kontext „sozialer Vertragstheorien“ *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 86 f.

554 Siehe dazu oben § 3 II 2 b, c.

scher Ebene damit immer nur den Ausgangspunkt, niemals den Endpunkt einer Betrachtung bilden.

Damit stellt sich die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages für die rechtstheoretische Einordnung des Stadionverbotsfalls sogar als doppelt ungeeignet heraus: (1.) Da die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages oftmals nur für bereits geschlossene Verträge fruchtbar gemacht wird, um daran anknüpfend zu fragen, ob der Vertrag als Instrument der Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umgeschlagen ist. Damit geht es also um Fälle, in denen der wirksame Vertrag als soziales Problem identifiziert wird. Im Stadionverbotsfall geht es jedoch um einen sozialen Konflikt, in dem ein Vertrag begehrt wird bzw. sich gegen eine Kündigung gewehrt wird. Eine solche Situation, in der der Zugang zum Vertrag als Instrument der Selbstbestimmung abgeschnitten wird, wird nur selten thematisiert.⁵⁵⁵ Doch selbst wenn der Zugang zum Vertrag als Problem materieller Selbstbestimmung rechtstheoretisch verarbeitet werden würde, bleibt (2.) das Problem, dass gänzlich unklar bleibt, warum und inwieweit der Zuschauervertrag zur Ausübung der Persönlichkeit von Fußballfans relevant wird.⁵⁵⁶

III. Gerechtigkeitsfunktion

Eine weitere Funktion, die Verträge erfüllen können, ist ihr Beitrag zur Gerechtigkeit. Der soziale Referenzpunkt nach den hier gewählten Vorannahmen ist nicht ganz klar. In der modernen Gesellschaft sind Fragen der Gerechtigkeit keine allgemein gesellschaftlichen Fragen, sondern wurden weitgehend auf die Philosophie verlagert.⁵⁵⁷ Spricht man also von einer Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages oder des Vertragsrechts, dann wird die Fremdreferenz der Philosophie auf das Recht gewählt; oder präziser: die (für das Recht normativ unverbindliche) Reflexionsperspektive

555 *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 105 (mit Vorblick auf die Dogmatik des allgemeinen Kontrahierungszwangs); ähnlich auch *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 118 f. sowie *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 106 – 115, 894 – 899.

556 Auch die Versuche von *Henseler*, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016, S. 268 – 272 sowie *Staake*, SpuRt 2018, 138 (140), den Stadionverbotsfall grundrechtlich über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu re-konstruieren, adressieren dieses Problem nur unzureichend.

557 Vgl. zu moralischer Kommunikation *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 396 – 405.

des wissenschaftlichen Teilsystems Philosophie. Anders als die anderen Funktionen, die in diesem Abschnitt behandelt werden, erfüllt der Vertrag keine konkrete, empirisch nachweisbare Funktion für andere soziale Systeme oder individuelle Privatrechtsakteur*innen, sondern es geht um Beschreibungsversuche, dass und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag zu Gerechtigkeit beiträgt. Die Idee von Gerechtigkeit als philosophisches Konzept kann somit nicht unmittelbar in das hier gewählte soziologische Modell eines Vertrages eingebettet werden. Allerdings handelt es sich bei der Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages um eine der wesentlichen rechtstheoretischen Reflexionsperspektiven auf den Vertrag, weshalb auch ihre Perspektive auf den Stadionverbotsfall eingenommen werden soll. Dieser Perspektive geht es weniger um den Vertrag als Institution, also um die Tatsache, dass tatsächlich eine Vielzahl von Verträgen in der sozialen Umwelt des Rechts geschlossen werden, sondern deutlicher als anderen Funktionsbeschreibungen um das Vertragsrecht.⁵⁵⁸ Der funktionalistische Zugriff auf den Vertrag erfolgt damit tendenziell umgekehrt zur hier gewählten Methode: Gerechtigkeit wird als Funktion – oder „Idee“ bzw. Rechtsprinzip⁵⁵⁹ – des Rechts allgemein begründet, um dann zu begründen, dass auch das Vertragsrecht – und damit der Vertrag – diese Funktion erfüllt.⁵⁶⁰ Entsprechend der oben ausgeführten Grenzen der Unterscheidung zwischen Vertragsfunktionen und Funktionen des Vertragsrechts kann dann aber davon gesprochen werden, dass der Vertrag als Institution die Funktion erfüllt, zur Gerechtigkeit beizutragen.⁵⁶¹ Gerechtigkeit sei gar „idealtypisch Zweck jeden Vertrages“.⁵⁶² Diese Funktionsbeschreibung führt dazu, dass

558 Deutlich *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 5: „Die Grundthese dieser Arbeit, wonach die Gerechtigkeit auch in ihrer Ausprägung als *iustitia distributiva* die Idee des Vertragsrechts bildet, führt zu einem funktionalistischen Ansatz, der das Vertragsrecht auch in seiner regulativen Kapazität analysiert und bewertet.“

559 Mit den unterschiedlichen Begriffen „Funktion“ einerseits und „Idee“ bzw. „Prinzip“ andererseits ist im rechtswissenschaftlichen Diskurs oft eine Perspektivverschiebung verbunden: Funktion ist der Begriff der Fremdreferenz, während Idee oder Prinzip die Kehrseite der Selbstreferenz ist. *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 131 f. geht sogar so weit, dass die Vertragsgerechtigkeit dem Recht naturrechtlich vorgegeben sei. Unter der hier gewählten Prämisse der Autonomie des Rechtssystems ist eine solche Aussage unhaltbar.

560 Anschaulich der Begründungsweg bei *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 11 – 15 einerseits und 15 – 25 andererseits.

561 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60 spricht zwar von der „gerechtigkeitsstiftenden Funktion“ der Vertragsfreiheit, meint aber damit den konkreten gerechten Austausch, der durch einen Vertrag erzeugt wird.

562 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 105.

die Vertragsgerechtigkeit – ähnlich wie die Privatautonomie – auch aus der Selbstreferenz des Rechtssystems als Rechtsprinzip rekonstruiert wird.⁵⁶³

Die rechtsphilosophische Perspektive versucht mit Gerechtigkeitstopoi Anforderungen an den „gerechten“ Vertrag aufzustellen, die dann im Vertragsrecht verarbeitet werden können.⁵⁶⁴ Die folgenden Überlegungen knüpfen daher stärker an das Vertragsrecht an; dennoch geht es auch hier darum, welchen rechtstheoretischen Zugriff die Gerechtigkeitstopoi auf den Stadionverbotsfall erlauben. Deutlich wird dabei, dass ähnlich wie der Topos der Selbstbestimmung alle Gerechtigkeitstopoi auf eine Konkretisierung – u.U. auch mithilfe sozialwissenschaftlichen Wissens – angewiesen sind.

1. Iustitia commutativa

Der klassische rechtstheoretische Zugriff auf den Vertrag mit dem Gerechtigkeitstopos erfolgt mithilfe der aristotelischen Unterscheidung von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* als die beiden Grundformen der Partikulargerechtigkeit.⁵⁶⁵ Diese Gerechtigkeit im speziellen Sinn bezieht sich auf Güterverteilungen und legt als relevantes Kriterium die Gleichheit

563 Eingehend zur Vertragsgerechtigkeit als Rechtsprinzip *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 105 – 162; die (materielle) Vertragsgerechtigkeit als Prinzip des europäischen Vertragsrechts betont *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 11; anders – aber infolge seiner normativen Vorannahmen konsequent – *Busche*, Privatautonomie, 1999, S. 281 (im Kontext der speziellen Gleichheitssätze): „Im Vertragsrecht ist es insbesondere ausgeschlossen, die Institution des Vertrages entgegen ihrer Verwurzelung im Selbstbestimmungsprinzip mit der Wertidee der Gerechtigkeit „aufzuladen.“ Damit sei der Aspekt der „Vertragsgerechtigkeit“ nicht Bestandteil der Institution des Vertrages.

564 Ähnlich *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 53: ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit als Gründe zur Rechtfertigung von Rechtsnormen. Näher zu den unterschiedlichen Perspektiven der Gerechtigkeit auf den Vertrag und (!) das Vertragsrecht *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 16 – 25.

565 Siehe dazu die juristische Rezeption bei *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 9 – 34; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 55: „bis auf den heutigen Tag maßstabsetzende Konzeption der Vertragsgerechtigkeit“.

an.⁵⁶⁶ Die Reflexionsperspektive⁵⁶⁷ der *iustitia commutativa*⁵⁶⁸ hat das Vertragsrecht als klassischen Anwendungsfall – bereits bei *Aristototeles*.⁵⁶⁹ Sie gilt als die Gerechtigkeitsform des Vertragsrechts.⁵⁷⁰ Bei dieser Austauschgerechtigkeit wird „das Gerechte“ ohne Ansehung der konkret am Vertrag beteiligten Personen ermittelt.⁵⁷¹ Sie fokussiert sich auf das Verhältnis der konkret betroffenen Vertragsparteien⁵⁷² und blendet den (sozialen) Kontext des Vertrages weitgehend aus, weshalb sie für das vertragsrechtliche Paradigma des bipolaren Austauschvertrages die naheliegende Gerechtigkeitsform sei.⁵⁷³ Die Idee der Gleichheit wird daher bei der *iustitia commutativa* auf die Gleichheit der Subjekte im Verhältnis zueinander re-spezifiziert: Es geht lediglich darum, dass sich zwei Personen als freie Gleiche gegenüberstehen.⁵⁷⁴ Damit betrachtet die Austauschgerechtigkeit „das betroffene Austauschverhältnis unter einem Brennglas, das Aspekte ignoriert, die über das unmittelbare Verhältnis der Beteiligten hinausgehen. Die *iustitia commutativa* abstrahiert von solchen Aspekten, die zwar nicht geleugnet, aber eben nicht betrachtet werden. Damit ist eine weitgehende Dekontextualisierung

566 Hirsch, in: Goppel et al. (Hrsg.), Handbuch Gerechtigkeit, 2016, S. S. 77 (77).

567 Die Gerechtigkeit als eine von vielen Reflexionsperspektiven zu betrachten ist auf die hier vorgestellte Multilateralität von Privatrechtsinstituten zurückzuführen. Anders ist der methodische Zuschnitt und das Erkenntnisinteresse bei Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, dem es erstens um eine monistische Begründung des Privatrechts geht (S. 59 – 63) und für den zweitens lediglich die philosophischen Konzepte von ausgleichender und verteiler Gerechtigkeit zur Begründung des Rechts herangezogen werden können (S. 53). Folgt man dem Konzept der Multilateralität des Vertrages kann dieser Ansatz selbst bei der Beschränkung auf die „Kernmaterien des Privatrechts“ Delikt, Eigentum und Vertrag (S. 30) nicht überzeugen: Selbst diese Grundinstitutionen lassen sich aus verschiedenen Reflexionsperspektiven heraus erklären.

568 Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 53 – 59, 267 – 361 verwendet auch für den Vertrag den übergeordneten Begriff der ausgleichenden Gerechtigkeit.

569 Vgl. Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 26, 45.

570 Oechler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 57; Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 43.

571 Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 10 f.; Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 41 f.; Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57.

572 Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57: „Die Beziehung ausgleichender Gerechtigkeit ist damit eine zweipolige Beziehung. Der maßgebliche interpersonale Bezug besteht zwischen diesen beiden.“

573 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 153.

574 Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 57.

verbunden.⁵⁷⁵ Durch diese Dekontextualisierung wird der Blick für die konkrete Vereinbarung der Parteien eröffnet; die autonome Vereinbarung wird zum entscheidenden Maßstab der durch das Vertragsrecht bewirkten Verteilung. Dabei zeigt sich eine nahe Affinität der *iustitia commutativa* zur Vertragsfreiheit.⁵⁷⁶ Damit erhält sie einen prozeduralen Charakter.⁵⁷⁷ Es kommt nicht auf eine bestimmte inhaltliche Richtigkeit des Vertrages an, sondern die angemessene Gegenleistung bestimmt sich aus dem, was die Parteien freiwillig vereinbart haben.⁵⁷⁸

Damit ist jedoch die Bestimmung des Gerechten nicht unabhängig von jedem Kontext.⁵⁷⁹ „Hier [bei Verträgen] muss entschieden werden, unter welchen Voraussetzungen die Parteien ‚das Gleiche‘ erhalten. Auch diese Frage ist abhängig vom jeweiligen Kontext des Geschäfts sowie von politischen Entscheidungen, die das jeweils geltende Vertragsrecht geprägt haben. Aus heutiger Sicht würde eine liberale Vertragstheorie etwa zu der Annahme neigen, dass das ‚Gleiche‘ die Parteien grundsätzlich dann erhielten, wenn der Austausch ihrer freien Vereinbarungen entspricht. Schon diese Sichtweise ist aber politisch von liberalem Gedankengut geprägt; es wäre auch voreilig, sie *Aristoteles* zu unterstellen. Es ist dabei zwar denkbar, die Privatautonomie als Maßstab für das Gleiche zu betrachten. Darin liegt aber bereits eine politische Wertung; ein Bekenntnis zur Privatautonomie als Bestandteil einer liberalen Marktordnung.“⁵⁸⁰ Die Parteivereinbarung als Maßstab für das Gerechte heranzuziehen ist damit also nicht zwingend. Welche anderen Maßstäbe für welchen konkreten Fall herangezogen werden können, bleibt jedoch dieser theoretische Zugriff schuldig.⁵⁸¹

Aus der Perspektive der *iustitia commutativa* ergeben sich damit keine konkreten Aussagen für den Stadionverbotsfall: Stadionbetreiber und Fan treten sich als gleich freie Privatrechtsakteure gegenüber. Versteht man die *iustitia commutativa* mit einem liberalen Vorverständnis, dann ist der Ausschluss des Fans bzw. der ihm verweigerte Zugang zum Zuschauerver-

575 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 155.

576 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 155.

577 Siehe dazu auch unten § 3 III 2.

578 Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 46.

579 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 44.

580 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 44.

581 Dies erkennt auch Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. S. 16 f. an; die Kontextabhängigkeit der aristotelischen Theorie der Austauschgerechtigkeit betont ebenfalls Oechsler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, 1997, S. 60 – 64.

trag oder Stadion „gerecht“. Es ist gerecht, weil sich im Ausschluss bzw. in der Verweigerung die Nicht-Vereinbarung der Parteien ausdrückt. Oder man zieht den Gedanken der Austauschgerechtigkeit überhaupt nicht heran, weil – ähnlich wie im Falle der Selbstbestimmungsfunktion – kein Vertrag (mehr) besteht, der auf seine Gerechtigkeit hin befragt werden könnte. Versteht man die *iustitia commutativa* als philosophische Reflexionspraxis, die primär auf den Vertrag und nicht auf die Vertragsparteien schaut, müsste gefragt werden, in welchem sozialen Kontext dieser Vertrag steht, um ein Gerechtigkeitsurteil fällen zu können. Dies kann der Topos der *iustitia commutativa* jedoch nicht selbst leisten. Eine Beschreibung des sozialen Kontextes setzt den Rückgriff auf außerrechtliches und außerphilosophisches, nämlich soziales bzw. sozialwissenschaftliches, Wissen voraus.

2. Prozedurale Vertragsgerechtigkeit

Setzt man die *iustitia commutativa* mit einem liberalen Vertragsverständnis gleich, so ermöglicht die Perspektive einer prozeduralen Vertragsgerechtigkeit konkretere Topoi. Aufgrund der Ausfüllungsbedürftigkeit der *iustitia commutativa* bestehen wesentliche Überschneidungen zu prozeduralen Vertragsgerechtigkeitskonzeptionen.⁵⁸² Stellvertretend dafür steht die Konzeption der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus *Schmidt-Rimplers*.⁵⁸³

Prozedurale Konzeptionen der Vertragsgerechtigkeit betonen den Vertragsmechanismus als solchen, der zu (prozedural) gerechten Ergebnissen führe. Durch das Aushandeln der Vertragsbedingungen werde in der Regel ein angemessener und somit gerechter Ausgleich der Interessen beider Parteien erzielt. Dies war bereits Teil eines formal-liberalen Vertragsdenkens.⁵⁸⁴ *Schmidt-Rimpler* hat dann jedoch mit seiner Theorie der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus den Gedanken eines tatsächlichen Verhandlungsgleichgewichts aufgegriffen: Der rationale Interessenausgleich führt jedenfalls in der Tendenz regelmäßig zu objektiv gerechten Ergebnissen im Sinne einer fairen Güterverteilung. Dies sei auf breite Zustimmung

582 Diese Parallelen erkennt auch *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht 1997, S. 48 – 50.

583 Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130; ergänzend *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 3; dazu und daran anknüpfend *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 208 – 277.

584 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60.

gestoßen und bilde die Grundlage für eine der wirkmächtigsten Theorien zum Verständnis der Vertragsgerechtigkeit.⁵⁸⁵

Dahinter steht der Gedanke, dass die Parteien regelmäßig keiner für sie benachteiligenden Einigung zustimmen werden. Aufgrund des gegenseitigen Zustimmungserfordernis bei einem Vertrag werden ungünstige, egoistische oder missbräuchliche Vertragsinhalte durch ein „Abschleifen“ der Willen neutralisiert bzw. paralyisiert.⁵⁸⁶ Jedenfalls unter den Bedingungen rationaler Entscheidung, hinreichender Informationen und annähernder Verhandlungspartität führe der Vertragsmechanismus so zu einem angemessenen Interessenausgleich.⁵⁸⁷ Aufgrund der starken Prämissen, die hier gesetzt werden, sprach *Wolf* zutreffend von einer Richtigkeitschance des Vertrages.⁵⁸⁸ Die materielle Korrektur („Inhaltskontrolle“) des Vertragsinhalts erfolge somit durch die Vertragspartner*in, sodass egoistische Interessen neutralisiert werden können.⁵⁸⁹ „Das Verhandlungsergebnis ist somit nicht *per se* gerecht, weil die Parteien es so wollen⁵⁹⁰, sondern weil sich die Parteien aufgrund der Tatsache, dass ihr jeweiliger Verhandlungspartner dem Einigungsvorschlag zustimmen muss, regelmäßig auf ein Ergebnis einigen, das jedenfalls im Grundsatz die Gewähr dafür bietet, dass es den Kriterien objektiver Gerechtigkeit entspricht.“⁵⁹¹ Damit hängt die Richtigkeitsgewähr eines Vertrages eng mit tatsächlicher Selbstbestimmung zusammen, was auch in *Wendlands* Vertragstheorie den entscheidenden Verknüpfungspunkt beider Funktionen ausmacht: Der Vertrag kann nur dann seine Gerechtigkeitsfunktion erfüllen, wenn der Vertrag tatsächliche Selbstbestimmung gewährleiste.⁵⁹²

Diese Zusammenfassung von *Wendlands* Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages hat einen bestimmten Duktus beibehalten: Es ist bezeichnend, wie häufig er diese Vertragstheorie mit den Worten „im Grundsatz“ oder „in der Regel“ einschränkt. Deutlich wird hier wie voraussetzungsvoll seine

585 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 61; zuvor bereits *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (284).

586 *Schmidt-Rimpler*, in: FS Raiser (1974), S. 3 (5).

587 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (157 f.); *ders.*, in: FS Raiser, 1974, S. 3 (12, 24).

588 *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 74.

589 *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 (162).

590 So aber *Flume*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 135 (141, 143).

591 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 61.

592 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 60, für den tatsächliche Selbstbestimmung insbesondere annähernde Vertragspartität und tatsächliche rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit bedeutet; siehe zu diesem Zusammenhang oben § 3 II 2 a, c.

Theorie von Vertragsgerechtigkeit ist. Noch deutlicher wird es, wenn er die Richtigkeitsgewähr *Schmidt-Rimplers* durch das Harvard-Modell der Vertragsverhandlungen ergänzt: *Wendland* postuliert ein Idealbild⁵⁹³ des Vertrages, das nicht nur durch ein einfaches Aushandeln des Vertrages gekennzeichnet ist, sondern durch spezifische Formen des Aushandels, die insbesondere auf ein Kooperationsverhalten der Parteien aufbauen.⁵⁹⁴ Was hier deutlich wird, ist die Anwendungsabhängigkeit von Privatrechtstheorie: Die Weiterentwicklung prozeduraler Vertragsgerechtigkeit über ein Vertragsverhandlungsmodell passt perfekt in *Wendlands* Forschungsprogramm. Im Kern geht es ihm um die Entwicklung von Maßstäben zur Inhaltskontrolle von AGB. Für Vertragsrechtskonflikte, in denen Vertragsbestimmungen nicht ausgehandelt werden, eine theoretische Konzeption des Vertrages zu wählen, die auf ein ideales Aushandeln der Vertragsinhalte abzielt, ist ein erkenntnisreicher Ansatz. Er ist nur in seinem Anwendungsbereich begrenzt.

Die These der Richtigkeitsgewähr oder Richtigkeitschance des Vertrages im Allgemeinen und die Konzeption *Wendlands* im Besonderen haben eine gewisse Eingängigkeit: Verträge werden durch das Zusammenkommen von zwei Privatrechtsakteur*innen geschlossen, sodass durch ein Aushandeln oder das Nichtzustandekommen eines Vertrages prozedural gerechte Ergebnisse erzeugt werden können. Das Problem liegt damit nicht in der Funktionsbeschreibung des Vertrages selbst, sondern – folgt man dem hier vertretenen Funktionspluralismus des Vertrages – darin, welche tatsächlich auftretenden Fälle der Gesellschaft adäquat mit dieser Funktion erfasst und beschrieben werden können. Die wesentliche Schwäche dieses Denkmodells liegt darin, dass in der modernen Gesellschaft immer weniger Verträge tatsächlich ausgehandelt werden.⁵⁹⁵ Dadurch verspricht dieser rechtstheoretische Zugang zum Vertrag aber auch in immer weniger Fällen eine adäquate rechtstheoretische Basis für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung zu bieten. So liegt es auch im Stadionverbotsfall: Weder der ursprünglich geschlossene Zuschauervertrag noch das Hausverbot, welches zu einer Kündigung des Vertrages geführt hat, wurden ausgehandelt. Auch wenn ein Vertrag nicht geschlossen worden wäre, so stünde die Ablehnung

593 Dies erkennt *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 257 ausdrücklich selbst.

594 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 234 – 260.

595 Ähnliches Argument bei *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 49.

des Vertragsschlusses auf Seiten des Vereins nicht am Ende eines Aushandlungsprozesses. Vielmehr werden Tickets standardisiert und meist unpersönlich, auf elektronischem Wege verkauft. Sollte der betroffene Fußballfan in einer Gefährderdatenbank gelistet sein, so würde ihm „automatisch“ der Vertragsschluss untersagt. Daher ist auch die Forderung, dass eine annähernde Vertragsparität zwischen den Parteien im Grundsatz vorliegen sollte, eine idealisierende Theorieannahme⁵⁹⁶. Es sind zwar gegebenenfalls die oben angeführten Voraussetzungen wie tatsächliche Selbstbestimmung oder Vertragsparität, die in der modernen Gesellschaft fehlen, diese Aspekte sind jedoch nur dann relevant, wenn Verträge ausgehandelt werden. Eine moderne Vertragstheorie sollte dies berücksichtigen. Damit bietet die Funktionsbeschreibung, dass Verträge im Regelfall zu prozeduraler Gerechtigkeit führen, keinen geeigneten Anhaltspunkt für den Stadionverbotsfall. Mithilfe dieser Funktionsbeschreibung können zwar Kriterien herausgearbeitet werden, in denen der Vertrag keine Richtigkeitsgewähr *unter der Annahme einer Vertragsverhandlung* aufweist. Werden Verträge aber nicht ausgehandelt und geht es nicht um die Maßstabsbildung für eine Inhaltskontrolle, ist nach anderen rechtstheoretischen Beschreibungsversuchen zu suchen.

3. Iustitia distributiva

Während grundsätzliche Einigkeit darüber besteht, dass die Institution des Vertrages die Funktion kommutativer Gerechtigkeit erfüllt, wird dies für die *iustitia distributiva* unterschiedlich beurteilt: In der Vergangenheit wurden die beiden Gerechtigkeitsformen recht einseitig auf die Teilrechtsordnungen verteilt. Da das Privatrecht von den konkreten Personen der Vertragsparteien abstrahiere, sei es – insbesondere das Vertragsrecht – der Referenzpunkt für die *iustitia commutativa* im Recht, während sich die *iustitia distributiva* im Öffentlichen Recht verwirkliche.⁵⁹⁷ Diese grobe Einteilung ist heute überwunden; allerdings sind die konkreten Ausprägungen der Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht noch ungeklärt. *Canaris* fasst die Gebote der beiden Gerechtigkeitsformen im Vertragsrecht als Regel-Ausnahmeverhältnis auf: Grundsätzlich werde das Vertragsrecht durch die *iustitia commutativa* beherrscht, aber im Ausnahmefall können auch

596 Ähnlich auch *Rittner*, JZ 2011, 269 (271 f.).

597 Siehe dazu *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 35, 99 – 134.

distributive Elemente damit verwirklicht werden.⁵⁹⁸ Diese bedürfen jedoch aufgrund der Vertragsfreiheit eines besonderen Legitimationsbedarfs; andernfalls drohe eine „Überfremdung oder gar Denaturierung“.⁵⁹⁹ Demgegenüber entwickelt *Arnold* die These, dass das Vertragsrecht in gleicher Weise von beiden Gerechtigkeitsformen beherrscht wird.⁶⁰⁰ Diese Frage spielt hier keine Rolle; es gilt vielmehr aufzuzeigen, welche rechtstheoretische Perspektive die *iustitia distributiva* auf den konkreten Stadionverbotsfall ermöglicht. Oder anders: Ob und mit welchen Topoi der Stadionverbotsfall auf rechtstheoretischer Ebene re-konstruiert werden kann. Zudem ist die Abgrenzung zwischen beiden Gerechtigkeitsformen bei privatrechtlichen Normen fließend.⁶⁰¹ *Arnold* arbeitet daher zutreffend heraus, dass beide Gerechtigkeitsformen jeweils unterschiedliche gerechtigkeitstheoretische Perspektiven auf den Vertrag einnehmen.⁶⁰² Dies ist mit den hier gewählten Grundannahmen der Multilateralität des Vertrages zu vereinbaren: Ob Argumente bzw. Topoi der *iustitia distributiva* Elemente des Rechts (bzw. der Rechtstheorie) sind, entscheidet das Recht als autopoietisches System selbst; hier interessieren uns aber insbesondere fremdreferenzielle Reflexionsperspektiven.

a. Inhalt und Kontextabhängigkeit

Bei der verteilenden Gerechtigkeit geht es um die Verteilung von Vergünstigungen oder Belastungen. Diese Verteilung betrifft eine Mehrzahl an Personen, wobei die Verteilung in Abhängigkeit von einem bestimmten Kriterium erfolgt. Die Personen müssen dieses Kriterium erfüllen bzw. nicht erfüllen; entsprechend dieses Kriteriums erfolgt die Verteilung.⁶⁰³ „Iustitia distributiva ist Gerechtigkeit *in* Ansehung der Person, iustitia com-

598 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 35.

599 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 125.

600 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 137.

601 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 13 – 15.

602 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 153; gegen eine strikte Trennung der Gerechtigkeitsformen und daher auch gegen eine feste Zuordnung von Rechtsinstitutionen zu nur einer der Formen *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 887 – 889.

603 *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, S. 54. Zu der verteilenden Instanz im Vertragsrecht siehe *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 286 – 288.

mutativa Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person.“⁶⁰⁴ Es geht um die gerechte Verteilung von Gütern durch – nach traditioneller Auffassung – das Gemeinwesen.⁶⁰⁵ Dadurch ist die *iustitia distributiva* ebenfalls zunächst ein weitgehend formales Gerechtigkeitsprinzip.⁶⁰⁶ Insbesondere der Verteilungsmaßstab kann nur in Abhängigkeit spezifischer Kontexte bestimmt werden. Daher erkennt *Canaris* ausdrücklich, dass es bei Aussagen der *iustitia distributiva* nicht um „überzeitliche“ Aussagen gehen sollte:⁶⁰⁷ „Für die Beantwortung der Frage, nach welchem Maßstab in einer bestimmten Problemlage Gleichheit und Ungleichheit zu bestimmen sind, ergibt sich aus dem Gedanken der *iustitia distributiva als solchem* nur sehr wenig.“⁶⁰⁸

Daraus folgt für *Canaris* jedoch nicht, dass der Gerechtigkeitstpos allgemein und die Verteilungsgerechtigkeit im Besonderen unbrauchbar wären. *Canaris* wendet ein, dass die *iustitia distributiva* zwar relativ in Bezug auf den angestrebten Zweck gedacht werden müsse, aber dadurch nicht inhaltsleer werde; vielmehr komme es auf eine teleologische Folgerichtigkeit an.⁶⁰⁹ Der Zweck lasse sich dabei aus der „Natur der Sache“ ableiten.⁶¹⁰ Den einzigen – „richtigen“ – Zweck und damit den Maßstab einer Verteilung aus ihrer Natur heraus zu ermitteln, erscheint gerade unter den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Annahmen einer funktional differenzierten Gesellschaft unmöglich. *Arnold* führt hier zutreffend aus, dass man nicht exakt bestimmen kann, nach welchem Maßstäben und in welchen Situationen die Verteilung vorzunehmen ist.⁶¹¹ Wenn aber keine klaren Aussagen über den Verteilungsmaßstab in einem konkreten Fall getroffen werden können, worin besteht dann der Vorteil des Topos der *iustitia distributiva* für einen rechtstheoretischen Zugang zum Vertrag?

604 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 11 mwN.

605 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 121.

606 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 289.

607 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 15.

608 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 16.

609 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 19.

610 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 20 f.

611 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 97. Bezeichnend ist, dass dies beide an *Aristoteles* Flötenbeispiel illustrieren und damit für denselben Fall zu unterschiedlichen Zweckbeschreibungen kommen.

Arnold sieht den Vorteil insbesondere darin, dass es der Begriff ermögliche, die klassisch-liberale bipolare Perspektive auf den Vertrag mit seinen beiden Vertragsparteien aufzubrechen und damit eine größere Kontextualisierung erlaube: „Die *iustitia distributiva* berücksichtigt dagegen vertragsfremde Aspekte insoweit, als das Vertragsrecht die Entscheidung getroffen hat, den Blick vom konkreten Vertragsverhältnis zu lösen und Folgewirkungen im sozialen und ökonomischen Kontext des Falles durch Verallgemeinerung und Folgenanalyse einzubeziehen. [...] Die *iustitia distributiva* zwingt dazu, die Einbettung des Sachverhalts in soziale, ökonomische und gesellschaftliche Kontexte zu berücksichtigen.“⁶¹² Dabei sollten insbesondere die sozialen und ökonomischen Rollen der am Vertrag beteiligten Parteien berücksichtigt werden.⁶¹³

Hier zeigt sich in aller Deutlichkeit, dass der Gerechtigkeitstopos der *iustitia distributiva* maßgeblich von einer vorherigen gesellschaftstheoretischen Konstruktion bzw. wirtschafts- bzw. sozialwissenschaftlichen Analyse abhängt.⁶¹⁴ Dies können aber die Topoi der Verteilungsgerechtigkeit nur eingeschränkt selbst leisten. Die Reflexionspraxis der *iustitia distributiva* ermöglicht vielmehr *nach* einer solchen Analyse lediglich eine normative – aber auch außerhalb des Rechts stehende – Bewertung der sozialen Analyse: Sie eröffnet die Möglichkeit, die vorgefundenen Umstände mit einem Ungerechtigkeitsurteil zu versehen. Damit leistet auch der Topos der *iustitia distributiva* keinen Erkenntnisgewinn für den Stadionverbotsfall: Zwar kann er soziale Beschreibungen des Falls rechtstheoretisch verarbeiten. Aber wie der Fall konkret beschrieben werden kann, bleibt unklar. Eine rechtstheoretische Funktionsbeschreibung des Vertrages sollte nicht nur offen für jede Art von sozialem und sozialwissenschaftlichem Wissen sein. Damit tritt exakt das ein, was von Kritikern einer interdisziplinären Methode kritisiert wird: Wenn die Rechtstheorie offen für alle außerrechtlichen Wissensbestände ist, dann tritt eine Paralisierung aufgrund Überforderung ein.⁶¹⁵ Ein rechtstheoretisches Konzept des Vertrages – hier in Form einer Funktionsbeschreibung – sollte jedoch bereits eine Vorselektion treffen können. Dies leistet die *iustitia distributiva* bisher nicht.

612 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 156.

613 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 157.

614 Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 156 verweist in Fn. 743 dann auch ausdrücklich auf *Rehbinder*, Stanford Law Review 1971, 941, also auf ein Paradebeispiel für soziologische Jurisprudenz; vgl. dazu oben § 2 IV 3.

615 Vgl. dazu oben § 1 III 3 a, b.

b. Konkretisierungsansätze und ihre Probleme

Zurecht wurde daher gefordert, dass der Gedanke der *iustitia distributiva* insbesondere hinsichtlich des Vertrages konkretisiert werden müsse.⁶¹⁶ Dabei kann am Gerechtigkeitsstolos angeknüpft und Unterfälle der *iustitia distributiva* gebildet werden oder man knüpft an ihren konkreten Erscheinungsformen im Vertragsrecht an.

Zur Konkretisierung des Gerechtigkeitsstolos werden die Leistungs-, Bedarfs- bzw. Bedürfnis-⁶¹⁷, Chancen- und Verfahrensgerechtigkeit (sowie die Belastungsgerechtigkeit auf der Seite der verteilenden Instanz) als Präzisionsversuche herangezogen.⁶¹⁸ Mich überzeugen auch diese Topoi wenig; sie werfen bei einer Anwendung auf den Stadionverbotsfall mehr Fragen auf als sie beantworten können: Was sind vorliegend die maßgeblichen Leistungsgesichtspunkte, die für einen Zugang zum Stadion sprechen? Nur die Zahlungsbereitschaft? Hat sich durch die „negative Leistung“ (potentielle Störereigenschaft) der Fan den Zugang zum Stadion „verspielt“? Wie sollen im Stadionverbotsfall die Bedürfnisse ermittelt werden? Sind hier die subjektiven Bedürfnisse eines einzelnen Fans maßgeblich? Was sind in der modernen Gesellschaft objektive Bedürfnisse? Der Bezugspunkt des Stolos der Chancengerechtigkeit bleibt ebenfalls unklar. Sind davon nur die funktionssystemübergreifenden Chancen wie die Chance auf Bildung oder Erwerbsarbeit erfasst? Geht es hier um die Chance, mit einem Vertrag Zugang zu einem Fußballstadion zu erhalten? Falls ja, welche Chancen sind in diesem Fall angemessen: Genügt das Institut einer formal verstandenen Vertragsfreiheit, die die Möglichkeit eines Vertragsschlusses ermöglicht? Ist die Chance zum Zugang in ein Stadion überhaupt aus einer gesamtgesellschaftlichen Gerechtigkeitsperspektive relevant? Einzig der Stolos der Verfahrensgerechtigkeit verspricht, einen Teil des sozialen Konfliktes zu erfassen. Bereits in der Beschreibung des Stadionverbotsfalls⁶¹⁹ – und dies ist

616 Vgl. *Kaulbach/Schirmer*, AcP 220 (2020), 796 (801) – Diskussionsbeitrag von *Hellgardt*. Zu modernen Konzeptionen distributiver Gerechtigkeit, die hier nicht näher ausgewertet können, siehe den Überblick bei *Hinsch*, in: *Handbuch Gerechtigkeit*, 2016, S. 77 (79 – 83).

617 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 64 – 67 unterscheidet weiter zwischen subjektiven und objektiven (Grund-)Bedürfnissen.

618 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 21 f., 63 – 75.

619 Siehe dazu oben § 1 I 1.

später aufzugreifen⁶²⁰ – zeigte sich, dass ein zentrales Element des sozialen Konfliktes in der Vergabep Praxis von Stadionverboten liegt, nämlich dass diese häufig ohne eigenständige Sachverhaltsaufklärung der Vereine erteilt werden. Doch auch hier zeigt sich die Maßstabsarmut: Welche Verfahrensschritte sind gerecht?

Daneben existieren Präzisierungversuche der *iustitia distributiva*, die nach ihren privatrechtlichen Erscheinungsformen fragen. Für das Vertragsrecht wurden die Topoi soziale Umverteilungsgerechtigkeit, Verhaltenssteuerung bzw. Prävention, Schwächerenschutz, die Regelung von Interessen- oder Risikogemeinschaften sowie Gemeinwohlinteressen als Ausprägungen der *iustitia distributiva* identifiziert.⁶²¹ *Canaris* nannte als Ausnahmebereiche, in denen die *iustitia distributiva* in das Vertragsrecht hineinwirkt, insbesondere die Fälle, in denen der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht wirkt.⁶²² Hier interessierte ihn der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht, der dadurch geprägt sei, dass ein Arbeitgeber eine „Verteilungsmacht“⁶²³ inne habe, weil er als Instanz Vor- und Nachteile in der Organisation verteilt. Dadurch sei die Situation – wie für Fälle der *iustitia distributiva* typisch – nicht durch Gleichordnung, sondern als Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet.⁶²⁴ Der Inhalt der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung folge dann dem von ihm postulierten Gebot teleologischer Folgerichtigkeit.⁶²⁵

Der Stadionverbotsfall lässt sich nur schwer durch diese bisher identifizierten Ausprägungen der Verteilungsgerechtigkeit im Vertragsrecht re-konstruieren. Die Topoi werfen ebenfalls mehr Fragen als Antworten auf: Ist der Fußballfan gegenüber dem Verein bzw. dem DFB als Verband „schwächer“? Was macht diese Schwäche aus und warum ist sie gerade hier relevant? Liegt der Besuch eines Fußballstadions im Gemeinwohlinteresse? Es handelt sich darüber hinaus auch nicht um einen Konflikt, der sich

620 Siehe unten § 6 III 2 b cc, § 7 III 3.

621 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 158 – 160, 272 – 285.

622 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 35 f.; ähnlich auch *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 1 AGG, Rn. 6: „Der allgemeine Gleichheitssatz spricht die Verteilungsgerechtigkeit bei der Zuweisung von Gütern oder Lasten an.“

623 Den Begriff hat in diesem Kontext *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1948], S. 1 (13) geprägt.

624 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 37.

625 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 39.

in einem Arbeitsverhältnis abspielt. Dennoch hat der generalisierte Gedanke, dass die *iustitia distributiva* und der Gleichbehandlungsgrundsatz im Privatrecht zusammenhängen, etwas für sich. So wurde auf der Zivilrechtslehrtagung 2019 angedacht, dass auch der Stadionverbotsfall mit dem Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit rekonstruiert werden könne, da sich hier durch die Einbeziehung von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht die Frage nach neue Formen von Teilhabeansprüchen stellt.⁶²⁶ Doch die Verknüpfung zwischen Stadionverbotsfall, allgemeinem Gleichheitssatz und *iustitia distributiva* konnte hier leicht aus der *ex post*-Perspektive postuliert werden: Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits einen Aufschlag mit der rechtlichen Lösung des Konfliktes über Art. 3 Abs. 1 GG gemacht, der dann nachträglich über Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit kontextualisiert bzw. „gerechtfertigt“ werden konnte. Wodurch ist aber der soziale Konflikt gekennzeichnet, dass das Recht mit einer Form eines Teilhabeanspruchs⁶²⁷ darauf reagiert, der dann als Symptom der Verteilungsgerechtigkeit gedeutet wird? Der Topos der *iustitia distributiva* kann diese Frage nicht beantworten.

Die rechtsphilosophische Reflexionsperspektive auf den Vertrag allgemein, die an der Gerechtigkeitsfunktion anknüpft, und die Perspektive der *iustitia distributiva* im Besonderen sind damit – wie es *Canaris* treffend formuliert hat – zwar geeignet, eine Vielzahl von relativen Gerechtigkeitsaussagen zu treffend.⁶²⁸ Diese relativen Aussagen müssen jedoch in der Tiefe ihrer Beschreibung unterkomplex bleiben, solange kein Rückgriff auf eine vorherige (sozialwissenschaftliche) Analyse oder einen bisherigen Diskurs genommen werden kann.⁶²⁹ Damit eröffnet die Gerechtigkeitsfunktion des

626 Vgl. *Kaulbach/Schirmer*, AcP 220 (2020), 796 (801) – Diskussionsbeitrag von *Lobinger*.

627 Dies wird im Kontext der Teilhabedimension des allgemeinen Gleichheitssatzes wieder aufgegriffen, siehe unten § 9 IV.

628 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 22.

629 Ähnlich kritisch zur Operabilität von Gerechtigkeitsbegriffen *Oechsler*, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 54: „Beinahe zwangsläufig kommt es daher zur Anwendung abstrakter Gerechtigkeitsbegriffe, in die weder die im Einzelfall zu besorgenden Probleme noch die zu ihrer Lösung maßgeblichen Gründe eingearbeitet werden konnten“, wodurch „eine Scheinrationalität im Vertragsrecht Einzug“ erhält; ebenfalls kritisch im Kontext privatrechtlicher Gleichbehandlungspflichten *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2013, S. 891 f.: „Dazu kann die Dichotomie der aristotelischen Gerechtigkeitsbegriffe nichts Substantielles beitragen.“ (S. 892).

Vertrages – insbesondere mit der weiten Perspektive der *iustitia distributiva* – zwar die Möglichkeit, viele unterschiedliche Bereiche des Privatrechts unter dem gemeinsamen Topos der Gerechtigkeit zu diskutieren und zu rekonstruieren. Daher überrascht es auch nicht, dass sowohl *Canaris*⁶³⁰ als auch *Arnold*⁶³¹ auf privatrechtliche Teilgebiete zurückgreifen, die bereits relativ ausführlich im Rechtsdiskurs verhandelt worden sind. Für neue Phänomene wie den Fall der Stadionverbote eignet sich die Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages auf rechtstheoretischer Ebene weniger dafür, konkrete Aussagen über den zugrundeliegenden sozialen Konflikt zu treffen. Je weiter sich bestimmte Phänomene von den klassischen Verteilungsgütern wie Geld, Erwerbseinkommen, Ressourcen oder Chancen, insbesondere hinsichtlich Bildung,⁶³² entfernen, desto schwieriger wird die Operationalisierbarkeit der Verteilungsgerechtigkeit. Anders sieht dies – nicht überraschend – *Arnold*: Er betont, dass gerade weil die *iustitia distributiva* den Zugriff auf die entscheidenden sozialen Kontexte ermögliche, neue Fälle damit einer dogmatischen Lösung überführt werden können.⁶³³ Richtig ist dabei, dass die *iustitia distributiva* aufgrund ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit eine Vielzahl von neuen Fällen der Gesellschaft auf der Ebene des Rechtstheorie verhandelbar macht. Gleichzeitig macht es ihre inhaltliche Unbestimmtheit unmöglich, konkrete Beschreibungen des sozialen Konfliktes zu liefern; Beschreibungsversuche mithilfe der *iustitia distributiva* müssen immer mit zu abstrakten Topoi operieren.⁶³⁴ Die Gerechtigkeitsfunktion des Vertrages kann damit für diese Untersuchung nicht der richtige Anknüpfungspunkt sein.

630 *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 78 – 85.

631 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 297 – 437.

632 Vgl. zur Diskussion um diese klassischen Bezugspunkte der Verteilungsgerechtigkeit *Sen*, Gleichheit? Welche Gleichheit?, 2019 [1979].

633 *Arnold*, Vertrag und Verteilung, 2014, S. 295 f.

634 Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass und wenn das Recht moderne Konkretisierungsansätze der *iustitia distributiva* aufgreift und produktiv verarbeitet, vgl. dazu beispielsweise *Traub*, in: ders./Kittel (Hrsg.), Need-Based Distributive Justice, 2020, S. 1.

IV. Ökonomische Funktionen des Vertrages

Historischer Ausgangspunkt des heutigen Verständnisses von Vertragsfreiheit und des Vertrages waren nicht nur philosophische Konzepte der Selbstbestimmung, sondern auch – und vielleicht sogar primär – wirtschaftliche Aspekte. Der Vertrag ist damit auf das Engste mit dem Wirtschaftssystem gekoppelt.⁶³⁵ Mit der Entstehung von Märkten stellte sich unmittelbar die Frage, wie die neu entstandene freie Marktwirtschaft rechtlich zu konstituieren sei. „Oder mit anderen Worten: Es stellte sich die Frage, auf welche Weise die Verbindungen zwischen Recht und Wirtschaft durch Vertrag zu nutzen seien und ob alternative Verbindungen mit Recht, vor allem die Verbindung von Recht und Politik, zugelassen werden sollten, und wenn ja, nach welchen Regeln und in welchem Ausmaß.“⁶³⁶ Mit der rechtlichen Stabilisierung von Markttransaktionen wurde der Grundstein für das heutige – auch rechtliche – Verständnis des Vertrages gelegt. Vereinzelt wird darüber hinaus dem Vertrag sogar eine anthropologische Konstante des Wirtschaftens entnommen.⁶³⁷ Nimmt man wie hier eine differenzierungstheoretische Perspektive auf den Vertrag ein und fragt nach den ökonomischen Funktionen eines Vertrages, wird damit die Systemreferenz des Wirtschaftssystems eingenommen.⁶³⁸

1. Effizienzfunktion

Diese strukturelle Kopplung zwischen Rechts- und Wirtschaftssystem durch den Vertrag hat auch die ökonomische Analyse des Recht erkannt. Dabei verknüpft sie das subjektive Recht der Vertragsfreiheit mit der ökonomischen Rationalität; auch sie stellt die Privatautonomie an den Anfang ihrer Überlegungen. Allerdings findet eine Begriffsverschiebung statt, die die Auswechslung der Systemreferenz deutlich werden lässt: Privatautonomie wird zur Präferenzautonomie. Damit geht es immer noch um individuelle Entscheidungen der Privatrechtsakteur*innen, aber sie sind nicht mehr

635 Schon *Max Weber* beschreibt die Ausweitung der Vertragsfreiheit mit der Marktverbreiterung, siehe *M. Weber*, Studienausgabe Recht, 2014, S. 35 f. = WuG 413; aus kritischer Perspektive ebenso *Kaiser*, KJ 1976, 60.

636 *Abegg*, KritV 2004, 197 (201).

637 *Jeggle*, Historische Anthropologie 25 (2017), 265 (266).

638 Ansätze, die keinem differenzierungstheoretischen Ansatz folgen, setzen teilweise die ökonomische Systemreferenz mit einer gesamtgesellschaftlichen Perspektive gleich, so z.B. *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23.

primär relevant für die eigene menschliche Selbstbestimmung, sondern primär als Ausdruck von (wirtschaftlichen) Präferenzen.

Danach wird die Präferenzautonomie auch durch Rechtsordnungen gewährleistet und zwar in Form der Privatautonomie als autonome Gestaltung rechtlicher Verhältnisse durch den Einzelnen. Die „Privatautonomie erfasst einen wichtigen Teilaspekt der Präferenzautonomie. Präferenzautonomie betrifft die autonome Gestaltung des eigenen Lebens ‚schlechthin‘, Privatautonomie die privatautonome Gestaltung rechtlicher Verhältnisse.“⁶³⁹ Die Präferenzautonomie findet ihre Rechtfertigung bzw. ihren Ursprung im Freiheitsgedanken und im Gedanken der Selbstbestimmung. Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts ist jedoch eine andere Funktion von Bedeutung. Präferenzautonomie, und somit die Vertragsfreiheit, dient der Effizienz; Beschränkungen führen zu Effizienzverlusten: „Was dies heißt, kann man sich gut an der bereits erwähnten Institution der Vertragsfreiheit verdeutlichen. Wenn zwei Personen einen bestimmten Vertrag abschließen, dann tun sie dies, weil sie sich beide subjektiv von dieser Transaktion einen Vorteil versprechen. Beide gehen davon aus, dass sie nach Abwicklung des Vertrages besser dastehen als vorher. Dieser Kalkulation liegen ihre persönlichen Präferenzen zugrunde. Nicht jedermann würde den Vertrag abschließen wollen, den sie geschlossen haben. Denn nicht jedermann würde sich selbst aufgrund seiner persönlichen Präferenzen davon einen Vorteil versprechen. Anders diejenigen, die den Vertrag tatsächlich abschließen. Bei ihnen liegt es offenbar so, dass sie dieses Geschäft als für sich vorteilhaft ansehen und zwar auf Grundlage ihrer persönlichen Präferenzen.“⁶⁴⁰ Mithilfe von Verträgen können Individuen Güter nach ihren Präferenzen entsprechend verteilen, und so einen Zustand herbeiführen, der die Präferenzen aller Gesellschaftsmitglieder optimiert.⁶⁴¹ Geht man von gängigen Wohlfahrtstheorien aus, wonach sich die Wohlfahrt aus individuellem Nutzen ergibt, und dass sich dieser wiederum aus individuellen Präferenzen ergibt,⁶⁴² so erhöhen Verträge insgesamt den Wohlstand einer Gesellschaft.⁶⁴³ Wird nun in diesen Grundsatz der Vertragsfreiheit eingegriffen, wird „dadurch eine potentiell Pareto-superio-

639 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 332. Siehe zum Begriff der Privatautonomie oben § 3 II.

640 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333.

641 Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23 f.

642 Siehe dazu Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 24.

643 Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 471 f.

re und damit effiziente Transaktion verhindert.“⁶⁴⁴ „Freiwillig abgeschlossene Verträge Privater implizieren bei Abwesenheit externer Effekte eine Effizienzverbesserung.“⁶⁴⁵ Die Institution des Vertrages erfüllt damit als Institution im Wirtschaftssystem die Funktion, ein Niveau möglichst hoher Wohlfahrt herbeizuführen.⁶⁴⁶ „Wenn Verträge zugleich Ausdruck einer effizienten Güterallokation im Sinne einer pareto-optimalen Verteilung von Ressourcen durch Wettbewerb sind, dann gewinnt die Vertragsgerechtigkeit über ihre rechtliche, ethische und individualschützende Bedeutung für den Einzelnen hinaus eine ökonomische, auf den Wohlstand einer Gesellschaft gerichtete Dimension.“⁶⁴⁷

An der Funktionsbeschreibung, dass Verträge zu Effizienz führen, knüpfen auch die ökonomische Analyse des Vertragsrechts und die Vertragstheorie der Institutionenökonomik an. Sie untersuchen mit Begriffen wie Principal-Agenten-Problemen oder unvollständigen Verträgen Situationen, in denen der Vertrag gerade nicht zu einer effizienten Ressourcenallokation führt und versuchen mit rechtlicher Anreizsetzung und Verteilung von Eigentums- und Kontrollrechten einen effizienten Zustand wiederherzustellen.⁶⁴⁸

Die ökonomische Funktion des Vertrages ist eine außerrechtliche Beschreibung bzw. eine Beobachtung aus der Fremdreferenzperspektive des ökonomischen Systems. Ähnlich wie bei der Selbstbestimmungs- und Gerechtigkeitsfunktion ist diese Beschreibung lediglich der Ausgangspunkt für Überlegungen, welche Möglichkeiten und Grenzen die Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte im Rechtssystem selbst haben können. Oder anders formuliert, ob und inwieweit Effizienz – ähnlich wie die Vertragsfreiheit (Selbstbestimmung) und die Vertragsgerechtigkeit – ein Rechtsprinzip ist oder sein kann, entscheidet sich nach der Eigenrationalität des Systems Recht.⁶⁴⁹

644 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333.

645 Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 333 f.

646 Starke, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 23.

647 Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 65.

648 Siehe überblicksartig zur ökonomischen Vertragstheorie Erlei, ORDO 2016, 451; Schmolke, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2017, S. 131.

649 Dazu Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2005 [1995], S. 393 – 485.

2. Vertrag und Markt

Über die Funktionsbeschreibung aus der Perspektive der Ökonomie und Ökonomik, dass Verträge zu Wohlfahrtsgewinnen infolge von Effizienzgewinnen führen, ist die soziale Funktion von Verträgen für das Wirtschaftssystem jedoch viel grundlegender: Die Institution Vertrag stabilisiert erst das Wirtschaftssystem in der modernen Gesellschaft und sichert dadurch seine Eigenrationalität. Den Zugriff der Ökonomie auf eine kollektive Dimension des Vertrages betont auch *Mestmäcker*, wenn er sagt: „Die durch Verträge gestaltete wirtschaftliche Wirklichkeit ist Gegenstand wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnis.“⁶⁵⁰ Im Zentrum steht dabei die Stabilisierung der wirtschaftlichen Institution des Marktes durch privatrechtliche Institute. Der Markt kann wirtschaftssoziologisch definiert werden als „der auf wechselseitigen Nutzenvorteilen beruhende Tausch von Gütern.“⁶⁵¹ Der Markt ist dabei ein möglicher – und im modernen Wirtschaftssystem der dominierende – sozialer Mechanismus, um Güter zu produzieren und zu verteilen.⁶⁵²

Verträge und Vertragsfreiheit werden als „unverzichtbare Grundvoraussetzungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung“⁶⁵³ oder als das „zentrale Funktionselement jeder privatrechtlich verfassten, marktwirtschaftlichen Gesellschaftsordnung“⁶⁵⁴ angesehen: Wenn Güter und Leistungen nicht nach einem vorgefertigten Plan verteilt werden, sondern Angebot und Nachfrage sowie die individuellen Präferenzen der Marktakteure über die Güterverteilung entscheiden, bedarf es Mechanismen, mit denen die Marktteilnehmer*innen ihre Präferenzen durch Kauf- bzw. Verkaufentscheidungen ausdrücken können und ggf. über Preise und sonstige Bedingungen frei verhandeln können. Die moderne Marktwirtschaft setzt auf eine dezentrale Allokation und Verteilung durch den Marktmechanismus. Dabei ist es aber genau genommen der Konsens beider Marktseiten –

650 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (441).

651 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (215); die Nähe des Marktes zur Idee des Austausches hebt auch *J. Flume*, Marktaustausch, 2019, S. 9 – 11 hervor.

652 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (215).

653 *Neuner*, BGB AT, 2020, S. 101 f. (§ 10 Rn. 33).

654 *Möslein*, in: BeckOGK, § 145 BGB Rn. 2; ähnlich *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 25: „essentieller Bestandteil einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung“.

also jeder Vertragsschluss zwischen Angebots- und Nachfrageseite – der die Marktparameter (insbesondere Menge und Preis) erzeugt: „Die marktwirtschaftliche Ordnung basiert also auf gegenseitiger Koordination durch Konsens, dessen rechtliche Verkörperung wiederum der Vertrag ist.“⁶⁵⁵ Indem der Vertrag also individuelle Entscheidungen im wirtschaftlichen Kontext ermöglicht, wird der Markt als wirtschaftliche Institution stabilisiert;⁶⁵⁶ die moderne Wirtschaftsordnung, die auf dem Marktprinzip und Wettbewerb⁶⁵⁷ aufbaut, und mit diesen beiden Institutionen Bezug zu eigenständigen Entscheidungen der Marktakteure nimmt, hängt damit eng mit dem Selbstbestimmungsgedanken zusammen.⁶⁵⁸ Die Wirtschaftsordnung baut weitgehend nicht auf – juristisch gesprochen – Realakten, sondern auf Verträgen auf.⁶⁵⁹ „Markets are social institutions that facilitate exchange transactions. Therefore, they require a regime of freedom of exchange – a contract regime.“⁶⁶⁰ Der Vertrag ist eine – aber auch nur eine von vielen – institutionelle Voraussetzung, die strukturierte Muster des Austauschs schafft.⁶⁶¹ Aus der Sicht des Wirtschaftssystems und seiner wissenschaftlichen Reflexionspraxis der Ökonomik geht der individuelle Vertrag in quantifizierbaren Größen unter, sodass die Wirkungen einer dezentral geplanten Wirtschaft wissenschaftlich erfassbar werden.⁶⁶² Mit dem Auswechseln der Systemreferenz ändern sich auch die Rollen der am Vertrag beteiligten Akteur*innen: Aus Käufern und Verkäufern – um die Vertragsrollen des wohl wirtschaftlich (noch) wichtigsten Vertragstyps zu wählen – werden wirtschaftliche Rollen: Anbieter und Nachfrager bzw. Produzenten und Konsumenten.⁶⁶³ Diese ökonomische Rollenbeschreibung wirkt wiederum

655 Möslein, in: BeckOGK, § 145 BGB Rn. 2.

656 Ähnlich auch Frankel, 73 Boston University Law Review 389, 398 (1993): „Binding contracts are essential for the creation of our markets.“

657 Je nach Definition ist der Wettbewerb keine eigenständige Institution des Wirtschaftssystems, sondern bereits Teil der Institution Markt, vgl. dazu *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (216).

658 Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 31, 34.

659 Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 31; J. Flume, Marktaustausch, 2019, S. 53: Verträge als „den Markt konstituierende Einzelakte“.

660 Frankel, 73 Boston University Law Review 389, 389 (1993).

661 Zu den Voraussetzungen und der historischen Entwicklung von Märkten *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (217 – 220).

662 Mestmäcker, JZ 1964, 441 (442).

663 *Aspers/Beckert*, in: Maurer (Hrsg.), Handbuch der Wirtschaftssoziologie, 2017, S. 215 (217).

auf das Privatrecht zurück: Das Verbraucherrecht ist wohl das Teilrechtsgebiet, an dem am besten die bereits oben diskutierte These *Rehbinders* exemplifiziert werden kann, dass das moderne Vertragsrecht stark durch ein Rollendenken geprägt ist.⁶⁶⁴ Die Begriffe Konsumenten und Produzenten werden in das Recht mit den Rollenbegriffen Verbraucher⁶⁶⁵ und Unternehmer zurückübersetzt.

Die strukturellen Kopplungen zwischen Recht und Wirtschaft durch rechtliche Institutionen sind der Ausgangspunkt für verschiedene Erkenntnisse: Beispielsweise, dass unterschiedliche Rechtsinstitute unterschiedliche Formen von Märkten konstruieren und das Recht hier bewusst zum *market design* eingesetzt werden kann.⁶⁶⁶ Oder dass die heutigen Finanzmärkte primär privatrechtlich codiert sind.⁶⁶⁷

Erst die ökonomische Funktionsbeschreibung des Vertrages – also die Berücksichtigung ökonomischer Makrostrukturen und ihre Interdependenzen mit dem Vertrag – kann die Interdependenzen zwischen allgemeinem Vertragsrecht und dem Wettbewerbsrecht aufzeigen.⁶⁶⁸ Der Vertrag kann vor allem dann zu einem angemessenen Interessenausgleich der Parteien führen, wenn der Vertrag entweder bei annähernder Vertragsparität ausgehandelt wird oder wenn ausreichender Wettbewerb auf Anbieterseite besteht, sodass ein ausreichendes Maß an selbstbestimmter Auswahlfreiheit auf Nachfrageseite besteht. Dass das Wettbewerbsrecht damit an den Makrostrukturen im Wirtschaftssystem anknüpft (Wettbewerb),⁶⁶⁹ um Funktionsvoraussetzungen des Instituts des Vertrages zu sichern, das primär

664 Siehe dazu oben § 2 IV 3; vgl. auch *G.-P. Calliess*, in: Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 213 (216 – 221, 234 – 237).

665 Siehe zum Verbraucherbegriff als Rollenbegriff *Hoffmann*, *Die Verbraucherrolle*, 2019, insb. S. 70 – 81.

666 *J. Flume*, *Marktaustausch*, 2019, S. 49 – 54, 78 – 81.

667 *Pistor*, *Der Code des Kapitals*, 2020.

668 Grundlegend *Mestmäcker*, *AcP* 168 (1968), 235; zuvor ansatzweise *ders.*, *JZ* 1964, 441 (443 f.).

669 Im juristischen Diskurs wird sich zwar intensiv über die Funktion des Wettbewerbsrechts („Schutzzwecke“) gestritten – siehe dazu *Mohr*, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, 2015, S. 418 – 502 – gemein ist allen jedoch, dass sie sich ausschließlich auf das Wirtschaftssystem mit seiner Institution Wettbewerb beziehen und *innerhalb* dieser ökonomischen Rationalität unterschiedliche Positionen betonen (Wohlfahrt, individuelle Freiheit, Schutz der Institution Wettbewerb, usw.).

entlang seiner Selbstbestimmungsfunktion re-konstruiert wird, gilt heute als gesicherte Erkenntnis.⁶⁷⁰

3. Perspektive auf den Stadionverbotsfall

Aus dieser Perspektive ist der Zuschauervertrag in das ökonomische System eingebettet. Aus dieser Sicht ist der Vertrag eine ökonomische Kommunikation: eine Transaktion. Es gibt keinen Anlass, an der Effizienz eines zustande gekommenen oder nicht zustande gekommenen Zuschauervertrag zu zweifeln: Zwar werden steigende Fußballticketpreise von Fußballfans als Problem artikuliert,⁶⁷¹ jedoch ist dies Ausdruck von Angebot und Nachfrage. Dies ist auch nicht das Problem im Stadionverbotsfall; es geht nicht darum, dass sich der fragliche Fußballfan ein Ticket nicht hätte leisten können. Der soziale Konflikt mag eventuell auch eine wirtschaftliche Komponente haben, weil die Stadionbetreiber ein ökonomisches Interesse daran haben, gefährliche Fußballfans auszuschließen, um allen Zuschauer*innen ein sicheres Fußballereignis bieten zu können.⁶⁷² Der Schwerpunkt des Konflikts spielt sich aber nicht im Wirtschaftssystem selbst ab.

4. Grenzen des Wettbewerbsrechts

Die Interdependenz zwischen Einzelvertrag und den wirtschaftlichen Institutionen Markt und Wettbewerb eröffnen grundsätzlich auch den Zugriff auf das Wettbewerbsrecht.⁶⁷³ Vertragsrecht und Wettbewerbsrecht stehen dahingehend in enger Verbindung, als dass das Wettbewerbsrecht einige der wichtigsten Funktionsvoraussetzungen von Verträgen, nämlich Ge-

670 Auf diesem Zusammenhang bauen beispielsweise auf: *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 296 – 301; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 198 – 201; *H. Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544 (563).

671 *Bleeker-Dohmen et al.*, in: Mittag/Nieland (Hrsg.), Das Spiel mit dem Fußball, 2007, S. 499 (512, 517).

672 Siehe dazu unten § 6 I, III 1; § 7 II 2 a.

673 Der Begriff des Wettbewerbsrechts soll abstellend auf den Schutzzweck und den Sprachgebrauch im Unionsrecht dem Begriff des Kartellrechts vorgezogen werden – wie hier *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 58 f.; *Meessen/Kersting*, in: Loewenheim et al. (Hrsg.), Kartellrecht, 2020, Einführung Rn. 5.

währleistung von Wettbewerb⁶⁷⁴ und dadurch Neutralisierung von Machtasymmetrien, absichert.⁶⁷⁵ Die ökonomische Funktion des Vertrages erlaubt damit einen Zugriff auf den Topos des Monopols und auf das Wettbewerbsrecht. Beide führen jedoch nach hier vertretener These für den Stadionverbotsfall nicht weiter.

a. Grenzen des Monopolbegriffs

Auch die Interdependenzen zwischen Einzelvertrag und Markt bzw. Wettbewerb spielen hier keine Rolle. In der Literatur tauchte in der Rezeption des Stadionverbotsbeschlusses zwar vereinzelt der überkommene Monopoltopos in Bezug auf den DFB auf.⁶⁷⁶ Zunächst spielt eine Monopolstellung aus der Perspektive der ökonomischen Funktion des Vertrages keine Rolle. Der Monopoltopos spielt im Wettbewerbsrecht keine eigenständige Rolle mehr, sondern wurde von allgemeineren Begriffen wie der Marktmacht oder der Markbeherrschung abgelöst.⁶⁷⁷ Wenn es um diesen Missbrauch der Marktmacht geht, geraten zwar bezüglich Sportverbände einige potentielle Problemkreise hinsichtlich seiner (un)mittelbaren Mitglieder, beispielsweise in Form von aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen,⁶⁷⁸ oder hinsichtlich gegenüber Nichtmitgliedern, beispielsweise im Bereich der Veranstaltungsausrichtung, des Sponsoring oder der Sportartikel,⁶⁷⁹ in den Blick. Aber Stadionverbote sind keine solchen wirtschaftsbezogenen – eben markt- bzw. wettbewerbsbeschränkenden – Verhaltensweisen. Soweit erkennbar, gibt es ebenfalls keine Bedenken hinsichtlich des Marktes für Zuschauertickets (Ticketing), dass der DFB hier eine potentielle markt-

674 Es existieren zwar unterschiedliche Funktionszuschreibungen des Wettbewerbsrechts, die jedoch dem Grunde nach alle auf die Sicherung des Wettbewerbs gerichtet sind; im Detail wird „nur“ dem Wettbewerb als sozialer und wirtschaftlicher Institution jedoch eine andere Bedeutung und Funktion zugesprochen.

675 Grundlegend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 2010 [1933], S. 108 – 205; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235; *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 198 – 201.

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

677 Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 18 GWB Rn. 91 – 95, 98 f., Art. 102 AEUV Rn. 73 – 81; vgl. auch zur gesunkenen Bedeutung des Monopoltopos in den ökonomischen Wettbewerbstheorien *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 284 – 315.

678 *Heermann*, WRP 2015, 1288.

679 *Heermann*, WRP 2016, 147.

mächtige Stellung – beispielsweise in Form zu hoher Preise oder durch Exklusivvereinbarungen⁶⁸⁰ – missbraucht hätte.

Man kann zwar den Monopoltopos hier so verstehen, dass insbesondere bei bundesweiten Stadionverboten einer betroffenen Person keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, andere Fußballveranstaltungen zu besuchen. Aber damit verdunkelt der Monopolbegriff aus mehreren Gründen nur die (Wertungs-)Zusammenhänge: (1.) Sind aus rein ökonomischer Perspektive der Besuch eines Fußballspiels und der Konsum eines Spiels durch Radio oder Fernsehen substituierbar. (2.) Geht man dennoch von der ökonomischen Funktion des Vertrages aus, dann ist der Monopoltopos unterkomplex; das moderne Wettbewerbsrecht hat hier – u.U. auch unter Rückgriff auf eine industrieökonomische Reflexionsperspektive⁶⁸¹ – mit den Begriffen Marktabgrenzung, Marktmacht und Marktmachtmissbrauch spezifischere und präzisere Instrumente entwickelt, um ökonomische Macht zu adressieren. Zwar wird auch aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive manchmal von einer Monopolstellung der Sportverbände aufgrund des Ein-Platz-Prinzips gesprochen.⁶⁸² Meistens wird der Monopoltopos dann aber wirtschaftsbezogen konkretisiert. Präzise formuliert beispielsweise *Heermann*: „Ein nationaler oder internationaler Sport(dach)verband verfügt aufgrund des Ein-Platz-Prinzips grundsätzlich über eine marktbeherrschende Stellung zumindest auf dem Markt für die Organisation und Durchführung von Veranstaltungen der von ihm repräsentierten Sportart sowie auf dem Markt für die Zulassung von Athleten oder Clubs zu verbandsseitig durchgeführten Sportwettkämpfen.“⁶⁸³ Die sportbezogene Alleinstellung des DFB und anderer Sportdachverbände ist damit nicht für sich genommen der Anknüpfungspunkt für das Wettbewerbsrecht, sondern eine potentiell (!) daraus folgende Marktmacht für spezifische Märkte.

680 Siehe zu Exklusivvereinbarungen beim Ticketing BKartA, Beschl. v. 04.12.2017, B 6-132/14-2 – *CTS Eventim*.

681 Grundlegend *Motta*, Competition Policy, 2004; *Ewald*, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2020, S. 176.

682 So z.B. *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 3; *Heermann*, WRP 2019, 145 (145): „monopolistische pyramidenförmige Sportverbandsstrukturen“.

683 *Heermann*, WRP 2016, 147 (148).

b. Wettbewerbsrecht und Leistungsrollenträger im Sport

Insbesondere in den letzten Jahren wurden die Zugriffsmöglichkeiten des Wettbewerbsrechts auf den sportlichen Bereich intensiv diskutiert. Ausgangspunkt ist die Kommerzialisierung des Profisports.⁶⁸⁴ Besonders der Fußballsport ist in Deutschland eine bedeutende wirtschaftliche Branche, was den grundsätzlichen Zugriff des Wettbewerbsrechts nahelegt: „Aus der Perspektive des Wirtschaftsrechtlers ist der Sport samt seiner vielfältigen Ausprägungen eine Branche, in der Unternehmen am Markt tätig werden, die wie – jede Branche – ihre Eigenheiten hat. [...] Auf die wirtschaftlichen Aktivitäten im Sport sind die wirtschaftsrechtlichen Regeln anwendbar.“⁶⁸⁵ Es gibt keinen eigenständigen wettbewerbsrechtlichen Ausnahmebereich für den Sport; die einstige Sonderregel des § 31 GWB für die Sportrechtevermarktung ist längst aufgehoben.⁶⁸⁶ Trotzdem ist besonders die Handhabung von sportbezogenen Regelungen problematisch. Hintergrund für ein spezielles wettbewerbsrechtliches Prüfungsraster für Maßnahmen im Bereich des Sports ist, dass sich das Produkt „Sport“ in einer Hinsicht von anderen Produkten unterscheidet, nämlich in gewisser Hinsicht sind Wettbewerber aufeinander angewiesen, um im sportlichen Wettkampf miteinander antreten zu können;⁶⁸⁷ die Eigenrationalität des Sports erfordert teilweise Unterwerfungen an gemeinsame Regeln. Der EuGH entwickelte daher in der Entscheidung *Meca-Medina* wichtige klärende Leitlinien: Während die genuin wirtschaftliche Tätigkeit von Sportverbänden immer schon unter das Wettbewerbsrecht fiel, waren Regeln rein sportlichen Charakters problematisch. Der EuGH entschied, dass selbst Regeln rein sportlichen Charakters („sportliche Regelwerke“), wie z.B. die Regeln der Dopingkontrolle und daran anknüpfende Ausschlüsse als Sanktionen, grundsätzlich einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle unterliegen können.⁶⁸⁸

Damit liegt zwar eine allgemein akzeptierte Ausdehnung des Wettbewerbsrechts auf sportinterne Sachverhalte vor. Aber: Das Wettbewerbsrecht

684 Siehe zur Kommerzialisierung auch unten § 6 I.

685 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (138).

686 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (140).

687 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (141).

688 EuGH, Urt. v. 18.07.2006, C-519/04 P – *Meca-Medina*, Rn. 27, 32 f.; zusammenfassend *Podszun*, NZKart 2021, 138 (142).

verbleibt bei einer prinzipiell wirtschaftlichen Logik⁶⁸⁹ und umfasst nur die verbandsinternen Sachverhalte, die auch neben dem Sportbezug auch einen starken Wirtschaftsbezug, insbesondere zur Institution des Wettbewerbs haben. „Dem Kartellrecht kommt dabei besondere Bedeutung zu, da es das Rechtsgebiet ist, das auf asymmetrische Situationen wirtschaftlicher Macht zugeschnitten ist. In Fällen, in denen durch die Ausübung der Verbandsautonomie wirtschaftliche Wirkungen für die Beteiligten entstehen, die Ausdruck einer Wettbewerbsbeschränkung sind, wird die privatautonome Regelung kartellrechtlich beschnitten.“⁶⁹⁰ Dies lässt sich für alle Sportkartellrechtsfälle zeigen: Der (zeitweise) Ausschluss von Sportler*innen aufgrund eines Doping-Verstoßes wirkt sich auf ihre wirtschaftliche Handlungsfreiheit⁶⁹¹ aus, ebenso geht es bei der Entsendung von Wertungsrichtern oder beim Abstellen von Nationalspielern für internationale Wettbewerbe um ihre jeweilige Berufsfreiheit.⁶⁹² Bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften geht es immer auch um wirtschaftliche Auswirkungen – das Wettbewerbsrecht verbleibt bei einer ökonomischen Rationalität. Diese (auch) wirtschaftliche Dimension mag zwar in fast allen Konstellationen zwischen Vereinen, Verbänden, professionellen Sportler*innen sowie Sponsoren, Veranstaltern o.ä. zu bejahen sein.⁶⁹³ Die sportbezogenen Regelungen, die bisher dem Kartellrecht unterlagen, betrafen aber soziologisch gesprochen immer nur Leistungsrollenträger im Sportbereich. Nur die Leistungsrollenträger im Sportbereich können diese (auch) wirtschaftliche Dimension auslösen, die für die Eigenrationalität des Wettbewerbsrechts essentiell ist. Die Stadionverbote adressieren hingegen Fußballfans, also soziologisch gesprochen eine Teilmenge der Publikumsrolle des Sports. Durch Stadionverbote sind sie nicht in ihrer wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt. Eine wirtschaftliche Dimension lässt sich nur über das Ticketing herstellen, welches jedoch – wie oben dargelegt – unproblematisch ist. Das Wettbewerbsrecht gerät aufgrund seiner wirtschaftlichen Logik hier an seine Grenzen.

Zwar gibt es auch vereinzelt jüngere Ansätze, die in Auseinandersetzung mit aktuellen Fällen der Gesellschaft, den strikten Bezug des Wettbewerbs-

689 Die Beschränkung des Wettbewerbsrechts auf *wirtschaftliche* Machtphänomene kommt ausdrücklich beispielsweise bei *Mohr*, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 4, 80 f. zum Ausdruck.

690 *Podszun*, NZKart 2021, 138 (145).

691 *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 5 – 7 spricht daher zutreffend von den *wirtschaftlichen* Interessen der Sportler*innen und Dritten.

692 Vgl. die Fälle bei *Podszun*, NZKart 2021, 138 (144).

693 So *Seyb*, Autonomie der Sportverbände, 2020, S. 65.

rechts zur wirtschaftlichen Rationalität aufzubrechen versuchen und seinen Anwendungsbereich ausdehnen möchten.⁶⁹⁴ Wenn man so möchte, kann die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung des BGH zu Facebook,⁶⁹⁵ die zentral auf die Stellung der Verbraucher*innen⁶⁹⁶ – soziologisch also die Publikumsrolle im Wirtschaftssystem – abstellt und teilweise nicht- bzw. nicht primär ökonomische Wertungen in den Missbrauchstatbestand mit einbezieht,⁶⁹⁷ in einem solche Sinne gelesen werden.⁶⁹⁸ Hier ist jedoch noch erheblicher Forschungsbedarf notwendig. Die bisherigen Strukturen des Wettbewerbsrechts sprechen gegen eine allgemeine Responsivität in den hier diskutierten Fällen der Gesellschaft: Macht und Partizipationsprobleme kann das Wettbewerbsrecht nur auffangen, solange sie einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen. Das Wettbewerbsrecht knüpft gerade nicht an einen allgemeinen Machtbegriff an, wie ihn *Böhm* vor Augen hatte, sondern an Machtpositionen im Wirtschaftssystem.⁶⁹⁹

V. Ordnungs- bzw. Infrastrukturfunktion und Kooperationsfunktion

1. Der Vertrag als Teil der Privatrechtsgesellschaft

Die ökonomische Funktion des Vertrages betont unter anderem die Stabilisierung von ökonomischen Transaktionen durch privatrechtliche Verträge. Darin kann über die wirtschaftliche Komponente hinaus eine Ausprägung einer weiteren Vertragsfunktion gesehen werden: die Ordnungsfunktion. Die Funktion des Vertrages kann aus der Sicht beider Parteien darin gesehen werden, dass durch den Vertrag eine stabile Grundlage für die Zukunft

694 *Kingreen*, JöR 65 (2017), S. 1 (38): „Eine wichtige Rolle bei der einfach-rechtlichen Regulierung sozialer Macht spielt schließlich das Kartellrecht.“; *Reinelt*, in: *Hetmank/Rechenberg* (Hrsg.), *Kommunikation, Kreation und Innovation*, 2019, S. 173.

695 BGH, Beschl. v. 23.06.2020, KVR 69/19 – *Facebook*.

696 Die Verbraucher*innen als Marktakteure betont in diesem Kontext *Podszun*, GRUR 2020, 1268 (1273 – 1276).

697 Siehe für eine eingehende Analyse des Falls und des rechtlichen Problems *Grewe*, *Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument*, 2020; *C. Schönberger*, *Struktur und Grenzen des Missbrauchsbegriffs*, 2022.

698 Siehe dazu *Reinelt*, in: *Hetmank/Rechenberg* (Hrsg.), *Kommunikation, Kreation und Innovation*, 2019, S. 173.

699 Überzeugend *H. Schweitzer*, in: *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, S. 447 (471 – 473).

gebildet wird, was sich auch im vertragsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* ausdrückt.⁷⁰⁰

Darüber hinaus – und hier wird die bilaterale Perspektive der am Vertrag beteiligten Parteien verlassen – kommt dem Vertrag eine objektive, gesamtgesellschaftliche Ordnungsfunktion zu, die sich aus der Einbettung der Privatautonomie in das Gefüge der Rechtsordnung ergibt: Die Interessenverwirklichung der Parteien erfolge immer vor dem Hintergrund einer konkreten Sozialordnung. Deshalb „kann sich die Funktion der Privatautonomie als Rechtsinstitut nicht in der unterschiedslosen Anerkennung der Parteivereinbarung erschöpfen.“⁷⁰¹ Die Privatautonomie, insbesondere in ihrer Erscheinungsform der Vertragsfreiheit, ist eine „Form sozialer Ordnung“⁷⁰² Diese soziale Ordnung wird als dezentrale gesellschaftliche Ordnung beschrieben, wobei die Regelung der Güterzuteilung im Gegensatz zu einer zentralen staatlichen Ordnung – also ähnlich wie die ökonomische Funktion – betont wird: Größere Sachnähe, Kreativität und Eigenverantwortung der Parteien werden für das Ziel der gesellschaftlichen Ordnung eingesetzt.⁷⁰³ Der Vertrag weist eine über die Parteien hinausreichende Ordnungsfunktion bzw. eine „organisatorische Natur“ auf, weil er als Einzelvertrag nicht nur zwei Parteien miteinander verbindet, sondern als wiederkehrendes Muster (Institution) die Personen miteinander verbindet, die in dauerhaften oder wiederkehrenden Vertragsbeziehungen stehen.⁷⁰⁴ Gesellschaftliche Ordnung und die (privatrechtliche) Rechtsordnung stehen damit in einem engen Zusammenhang: „Gesellschaftliche *Steuerung durch Privatautonomie* bei gleichzeitiger Bindung an die *objektive Rechtsordnung*: Mit dieser Kurzformel lässt sich die auf materielle Gerechtigkeit des Ver-

700 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (279).

701 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 62.

702 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 62, der dies jedoch auf eine Gerechtigkeitsforderung bezieht, da jede Privatrechtsordnung auf Gerechtigkeit gerichtet sein müsse.

703 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 64.

704 Vgl. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1989 [1913], S. 51: „Die organisatorische Natur aller dieser Verträge tritt sofort deutlich zutage, wenn nicht bloß, wie das gewöhnlich zu rein praktisch-juristischen Zwecken geschieht, die beiden Parteien, die den Vertrag abschließen, sondern der ganze Kreis von Personen ins Auge gefaßt wird, die miteinander durch regelmäßigen vertragsmäßigen Güteraus-tausch verbunden sind.“

einbarten gegründete Ordnungsfunktion der Vertragsfreiheit zusammenfassen.⁷⁰⁵

Damit bezieht sich *Wendland* implizit auf die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, welche auf *Franz Böhm* zurückgeht:⁷⁰⁶ Demnach sei das Privatrecht infolge der Französischen Revolution zugleich zu einem wesentlichen Teil der Gesellschaftsordnung als Ganzes geworden.⁷⁰⁷ Indem die herrschende Ständeordnung überwunden werden konnte, konnte das Privatrecht Grundelement einer neuen Gesellschaftsordnung werden, die auf der Gleichordnung aller Mitglieder aufbaut. „Das Privatrecht stellt nun die Grundordnung für das Verhältnis der Einzelnen zueinander dar. Die Bezeichnung als Privatrechtsgesellschaft bringt zum Ausdruck, dass das Privatrecht nicht nur einen rechtlichen Rahmen für Individualbeziehungen begründet, sondern eine Gesellschaftsverfassung.“⁷⁰⁸ Der Vertrag als privatrechtliches Institut und gesellschaftliche Institution ist damit wesentlicher Teil dieser Gesellschaftsverfassung.⁷⁰⁹ Dem Privatrecht und seinen Grundinstitutionen kommt damit eine Infrastrukturfunktion⁷¹⁰ zu: Der Vertrag ist die primäre gesellschaftliche Handlungsform, von der die Privatrechtsakteure nach eigenem Belieben Gebrauch machen können.

Dieses Bild einer Gesellschaft entspricht nicht den hier gewählten gesellschaftstheoretischen Grundannahmen einer modernen, funktional differenzierten Gesellschaft. Bereits *Ludwig Raiser* wies darauf hin, dass das Bild der Privatrechtsgesellschaft rückwärts gewandt ist.⁷¹¹ Damit hat sich aber der Topos nicht erledigt: Die Privatrechtsgesellschaft war vielmehr einer der historischen Ausgangspunkte – und damit Bedingung – für die funktionale Differenzierung der Gesellschaft. Indem die Privatrechtsgesellschaft mit den offenen Begriffen des Privatrechts Pluralismus ermöglichte, war sie die Grundlage für die Entstehung und Ausdifferenzierung der

705 *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 64; die Ordnungsfunktion des Vertrages betont ebenfalls *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64 f.).

706 Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75.

707 *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (2).

708 *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (4).

709 Siehe *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 1 (5) zu den konkreten Bestandteilen der Privatrechtsgesellschaft.

710 So *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 56 – 59.

711 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1967], S. 162 (179); ders. in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], S. 208 (221 Fn. 26).

modernen Gesellschaft.⁷¹² Die Bedeutung des Topos der Privatrechtsgesellschaft besteht damit heute nicht mehr darin, die gesellschaftliche Ordnung als solche zu beschreiben. Sie besteht vielmehr darin zu verdeutlichen, dass privatrechtliche Institute Teil der gesamtgesellschaftlichen Ordnung sind. Oder um es konkreter für den Vertrag in der funktional differenzierten Gesellschaft auszudrücken: Der Vertrag ist nicht mehr Teil *der* Gesellschaftsordnung, sondern Teil *einer Vielzahl von* gesellschaftlichen Ordnungssystemen. Der Vertrag ist wesentliches Element von privaten Ordnungen⁷¹³, die sich jeweils systemspezifisch ausdifferenziert haben und ausdifferenzieren. Damit ist auch das Verhältnis von subjektiven Freiheitsrechten – hier: der Vertragsfreiheit – und kollektiven Strukturen angesprochen: „Aus freiheitlichem Handeln der Einzelnen entstehen kollektive Ordnungen. Diese Ordnungen, die hier als soziale Systeme beschrieben werden, strukturieren ihrerseits die Spielräume für autonomes Handeln.“⁷¹⁴ Die Selbstbestimmungsfunktion des Vertrages ermöglicht demnach nicht nur Kooperation und den Aufbau sozialer Ordnungen. Aus soziologischer Perspektive sind es gerade die so entstandenen kollektiven Strukturen – insbesondere soziale Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene –, die faktisch über die Ausübung weiterer subjektiver Rechtspositionen entscheiden.

Diese Ordnungsfunktion sollte nicht auf die oben diskutierten Ausprägungen der wirtschaftlichen Funktion des Vertrages – also die Ordnung von Märkten oder Effizienz – beschränkt werden. „Der vertragliche Austausch ist indessen nicht nur in seiner ökonomischen Funktion eine Erscheinungsform gesellschaftlicher Kooperation.“⁷¹⁵ Indem das Recht der Gesellschaft seine Institution Vertrag bereitstellt, können die einzelnen Akteure in jedem Funktionssystem den Vertrag als Instrument sozialer Ordnung und Kooperation nutzen. Damit ist aber jede aus der Privatautonomie (Selbstbestimmungsfunktion) entstehende Ordnung nicht nur irgendeine normative Ordnung, sondern eine genuin rechtlich-normative Ordnung – eine soziale Ordnung, die mit einer rechtlicher Institution stabilisiert

712 Ähnlich *Canaris*, in: FS Lerche, 1993, S. 873 (875); speziell zum Vertrag und seinem Beitrag zu sozialer Differenzierung *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 61, 65 – 68. Siehe allgemein zum Übergang zur funktional differenzierten Gesellschaft *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 707 –743.

713 Ausführlich dazu unten § 7.

714 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 67.

715 *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (442).

wird.⁷¹⁶ Dieser Zusammenhang ist es auch, der es aus rechtlicher Sicht geboten erscheinen lässt, die Wechselwirkungen von subjektiven Rechten und den darauf aufbauenden sozialen Ordnungen als rechtliche Probleme zu thematisieren: Wenn durch die Ausübung von privatrechtlichen Instituten Dysfunktionen auf der Ebene kollektiver Strukturen entstehen, dann ist es das Recht, das zum Entstehen dieses Zustandes geführt hat bzw. dazu beiträgt, dass dieser Zustand aufrecht erhalten wird.

Diese Erweiterung der Ordnungsfunktion des Vertrages erlaubt es auf rechtstheoretischer Ebene, diese Funktionsbeschreibung für andere, nicht-ökonomische, soziale Systeme zu re-spezifizieren. Wir können dann die Frage stellen, wie Verträge in einem konkreten sozialen System – z.B. dem Sport- oder dem Kunstsystem – eingesetzt werden, um soziale Ordnung innerhalb dieses Systems zu stabilisieren. Dieser Zusammenhang von Vertrag und seinen kollektiven Strukturen wird später unter dem Schlagwort „Private Ordnung“ wiederaufgegriffen werden.⁷¹⁷

2. Kooperationsfunktion im Wirtschaftssystem

Wie Verträge in einem bestimmten sozialen System, nämlich dem Wirtschaftssystem⁷¹⁸ und dort insbesondere in Organisationen sowie zur Bildung und/ oder Stabilisierung sozialer Ordnung genutzt wurden und werden haben *Maccaulay* und *MacNeil* mit ihren Untersuchungen zu den *relational contracts* sowie *Williamson* gezeigt. Zutreffend führt *Starke* aus, dass aus institutionenökonomischer Perspektive der Markt nicht die einzig relevante ökonomische Institution ist. Verträge lediglich in Bezug zum Markt zu setzen, erscheint inzwischen zu eng.⁷¹⁹

Williamson wird zwar häufiger der hier bezeichneten ökonomischen Funktion des Vertrages zugeordnet, weil seine Überlegungen zu *markets-hybrids-hierarchies* Ausgangspunkt der Vertragstheorie der Institutionenökonomik waren. *Williamson* beobachtete, dass Waren und Dienstleistungen nicht nur am Markt oder in (vertikal integrierten) Organisationen

716 So wohl auch *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (442), der aber nur von „normative[r] Ordnung“ spricht.

717 Siehe dazu unten § 7.

718 Die enge Verbindung der *relational contract theory* und der ökonomischen Analyse des Rechts betonen auch *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 68.

719 *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 28.

ausgetauscht und erbracht werden, sondern dass sich auch hybride Kooperationen ausgebildet haben. Die Art und Weise, wie Waren und Dienstleistungen als ökonomische Transaktionen durchgeführt werden, lasse sich daher als Kontinuum zwischen den beiden Idealtypen Markt und (hierarchische) Organisation beschreiben, in deren Mitte hybride Kooperationsstrukturen liegen.⁷²⁰ Das Erkenntnisinteresse liegt dabei darauf zu ermitteln, in welchen Fällen welche Organisationsform die geringsten Transaktionskosten erwarten lässt.⁷²¹ Aber *Williamsons* Beobachtungen sind von viel allgemeinerer Natur: Als einer der ersten hat er die Kooperationsfunktion von Verträgen in ökonomischen Kontexten herausgearbeitet. Denn die hybriden Formen sind nichts anderes als spezielle, auf längere Zeit angelegte Vertragsbeziehungen.

Weitgehend unabhängig davon und auch zunächst unabhängig voneinander beobachteten *Maccaulay* und *Macneil*, dass in verschiedenen ökonomischen Branchen Verträge nicht mehr ausschließlich durch ihren punktuellen Transaktionscharakter beschrieben werden können.⁷²² Vielmehr ließen sich immer mehr Vertragskonstellationen beobachten, in denen die Vertragsparteien beispielsweise ihre Warenzulieferungen über einen längeren Zeitraum mit komplexen dauerhaften Vertragsbeziehungen regeln. Die Verträgen dienen hier nicht mehr primär dem jeweils punktuellen Austausch Waren gegen Geld, sondern legen nun in erster Linie Verhaltenspflichten oder Anpassungsmöglichkeiten der weiteren Geschäftsbeziehungen fest.⁷²³ „*In the ‚relational‘ view of Maccaulay and Macneil, parties treat their contracts more like marriages than like one-night stands.*“⁷²⁴ Verträge ließen sich – so die Generalisierung – als „transactional contracts“ bzw. „discrete transactions“ und als „contractual relations“ bzw. „relational contracts“ beschreiben.⁷²⁵ Dabei bilden der Transaktions- und der Beziehungspol jeweils Extreme vertraglichen Verhaltens, wobei eine Tendenz zum Beziehungscharakter von Verträgen attestiert wird.⁷²⁶ Dies offenbart und verdeutlicht zwei Aspekte von Verträgen und ihrer Beziehung zur Umwelt

720 *Williamson*, *Markets and Hierarchies*, 1975.

721 Vgl. *Starke*, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, S. 28 – 30.

722 Zu den Unterschieden und zur Rezeption von *Maccaulay* und *MacNeil* siehe *Wheeler*, *Journal of Law and Society* 44 (2017), S74 – S92.

723 Ähnlich auch die Rezeption bei *Martens*, in: *BeckOGK-BGB*, § 314 Rn. 21.

724 *Gordon*, *Wis. L. Rev.* 1985, 565 (569).

725 *MacNeil*, *Southern California Law Review* 47 (1974), 691 (720 – 725); *ders.*, *Wis. L. Rev.* 1985, 483; *Maccaulay*, *American Sociological Review* 28 (1963), 55; *ders.*, *Wis. L. Rev.* 1985, 465.

726 *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 110.

des Rechts: Verträge sind zum einen stark in soziale, außerrechtliche Beziehungsgeflechte eingebettet, die über den Vertrag nachgezeichnet werden oder diesen stabilisieren:

„To express this in another way, their work shows how economic purposes and actions are deeply embedded in social fields, in densely woven webs of local customs, conventional morals, bonds of loyalty and entrenched power hierarchies.“⁷²⁷

Zum anderen verdeutlicht diese relationale Vertragstheorie⁷²⁸, dass Verträge auch zum Aufbau von längerfristigen sozialen, primär ökonomischen, Beziehungen genutzt werden können. Verträgen kommt damit eine Kooperationsfunktion zu.⁷²⁹ Während im angloamerikanischen Recht die Theorie der *relational contracts* primär der Bewältigung von Problemen mit Dauerschuldverhältnissen dient,⁷³⁰ wurden die Beobachtungen von *MacNeil* und *Macaulay* ansatzweise für das deutsche Recht dahingehend fruchtbar⁷³¹ gemacht, komplexe Langzeitverträge als Sonderfall von Dauerschuldverhältnissen zu etablieren.⁷³²

Trotz des großen Erkenntnisgewinns⁷³³ der Unterscheidung zwischen *transactional* und *relational contracts* sind diese Konzepte Limitierungen unterworfen: Unmittelbar sind sie lediglich auf wirtschaftliche Vertragskontexte anzuwenden. Dies stellt die Kooperationsfunktion des Vertrages in dieser Untersuchung vor eine Herausforderung: Sie bietet für ökonomische Systemkontexte ein adäquates Begriffsinstrumentarium, um soziale Relationen vertragstheoretisch abzubilden. Doch was ist mit „Kooperationen“ in nicht-ökonomischen Kontexten, wie z.B. im Stadionverbotsfall? Auch der

727 *Gordon*, Wis. L. Rev 1985, 565 (574); siehe auch zur sozialen Einbettung des Vertrages *Grundmann*, ERPL 2016, 409 (414).

728 So der Begriff bei *Hennemann*, Interaktion und Partizipation, 2020, S. 62 – 64.

729 Den Kooperationscharakter der *relational contracts* betonen auch *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 70 f.

730 So *Oechsler*, RabelsZ 60 (1996), 91 (109); *Martens*, in: BeckOGK-BGB, § 314 Rn. 21.

731 Kritisch zur dogmatischen Rezeptionsfähigkeit *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 82 – 88, die aber gleichzeitig die ökonomischen und soziologischen Erkenntnisgewinne betonen.

732 *Martinek/Omlor*, in: Staudinger BGB, 2017, Vor §§ 662 ff. Rn. 68 – 77; *Nicklisch*, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987, insbesondere S. 17; in der Sache auch *Doral*, Langzeitverträge, 2018, S. 154 – 180.

733 *Wheeler*, Journal of Law and Society 2017, S74 (S75): „Their work suggests that the doctrinal model is embracing not only the wrong values but in doing so is limiting its relevance to a very small number of business transactions.“

Fußballfan war mit dem FC Bayern München über seine Dauerkarte in einer langfristigen Vertragsbeziehung eingebunden. Auch die Einbindung der Hausordnung und anderer Verhaltensregeln in das Vertragsverhältnis erinnern an *relational contracts*. Jedoch handelt es sich dabei nicht um eine langfristige wirtschaftliche Beziehung, die wirtschaftliche Dimension der Beziehung ist im Moment des Austausch Geld gegen Ticket abgeschlossen. Beide Vertragsparteien sind darüber hinaus in das Sportsystem eingebunden. Die aufgestellten Verhaltensregeln bestimmen ihr Verhältnis im Sportsystem. Nach hier vertretener These sollte das Konzept der *transactional* und *relational contracts* vertragstheoretisch nicht aus seiner wirtschaftlichen Einbettung herausgerissen werden. Vielmehr soll später⁷³⁴ auf der wirtschaftlichen Kooperationsfunktion des Vertrages aufgebaut werden, aber insbesondere mit dem Begriff der Inklusionsfunktion des Vertrages eine besondere Form von „Kooperation“ in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft beschrieben werden.

3. Ordnung durch Konfliktlösung

Eine andere Dimension der Ordnungsfunktion des Vertrages ist die der Konfliktvermeidung bzw. Konfliktlösung. Indem das Privatrecht das Institut des Vertrages – insbesondere für ökonomische Transaktionen – zur Verfügung stellt, können auch Konflikte zwischen den Vertragsparteien über das Rechtssystem ausgetragen werden.⁷³⁵ Der Vertrag und seine rechtliche Stabilisierung ermöglicht den Parteien, auch zukünftiges Verhalten der anderen Vertragspartei erwartbar zu machen: Sie müssen sich nicht auf die persönliche Einstellung einer Vertragserfüllung verlassen, sondern können durch das Rechtssystem die Leistungserfüllung oder Kompensation verlangen. Damit schaffen Verträge Vertrauen dafür, dass Zusagen eingehalten und Transaktionen durchgeführt werden.⁷³⁶ Gleichzeitig kann dadurch ein möglicher Konflikt zwischen den Parteien über geordnete Prozesse im Rechtssystem ausgetragen werden.⁷³⁷ Auch wenn wichtiger Ausgangspunkt der Beobachtungen von *relational contracts* oder privaten Ordnungen⁷³⁸

734 Siehe unten § 4 II, III 2 b.

735 Collins, *Regulating Contracts*, 1999, 321 – 354; MacMahon, *Oxford Journal of Legal Studies* 38 (2018), 270 (271 f.).

736 Starke, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, 2016, S. 23 f.

737 MacMahon, *Oxford Journal of Legal Studies* 38 (2018), 270 (274 f.).

738 Ausführlich dazu unten § 7 I.

das Ausweichen auf außerrechtliche Streitschlichtungsinstrumente ist,⁷³⁹ bleibt die Austragung über rechtliche Verfahren ein bedeutsamer Anker des Vertrages.

VI. Regulierungsfunktion

Eine weitere Funktion knüpft primär an der politischen Rationalität an und betrifft zunächst das Vertragsrecht mehr als die Institution des Vertrages: die Regulierungsfunktion. Sie soll hier verstanden werden als „Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.“⁷⁴⁰ Das Recht ist damit ein wesentliches Instrument der Politik für gesellschaftliche Steuerung.⁷⁴¹ Dabei kann das politische System nicht nur auf das öffentliche Recht, sondern auch auf das Privatrecht zurückgreifen;⁷⁴² Öffentliches Recht und Privatrecht können aus Steuerungsperspektive als „wechselseitige Auffangordnungen“ beschrieben werden, die jeweils unterschiedliche Vor- und Nachteile für die Erreichung von Steuerungszielen aufweisen.⁷⁴³ Mit den Ideen von Regulierung und Verhaltenssteuerung ist der Gedanke einer Folgenorientierung bei der Gesetzgebung,⁷⁴⁴ aber auch bei der Rechtsanwendung,⁷⁴⁵ eng verknüpft.

Mit dem Fokus auf der Gesetzgebung trifft die Funktionsbeschreibung der Regulierung zunächst auf das (Vertrags-)Recht zu: Das neu gesetzte Recht ist Instrument zur Erreichung bestimmter politischer Steuerungsziele. Werden aber Normen und Normgefüge wie beispielsweise das Mietrecht

739 Siehe Schmid, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 101 – 108.

740 Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 und 50 – 55 für Erläuterungen der Definitionsbestandteile.

741 Vgl. T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 187 f.; Baer, Rechtssoziologie, 2021, S. 90 – 94.

742 Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 64 – 97; für das Deliktsrecht grundlegend Wagner, AcP 206 (2006), 352 (451 – 471).

743 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.

744 Zur Gesetzesfolgenabschätzung und verwandten Instrumenten siehe Wrase, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, 2019, S. 127.

745 Zur Vereinbarkeit prinzipienorientierter und folgenorientierter Rechtsanwendung siehe Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 365 – 389.

allgemein oder § 556d Abs. 1 BGB („Mietpreismbremse“) im Besonderen aus der Regulierungsperspektive beschrieben,⁷⁴⁶ wird auch der einzelne Vertrag zum Regulierungsinstrument.⁷⁴⁷

Aber auch diese Funktionsbeschreibung des Vertrages ermöglicht keine gewinnbringende rechtstheoretische Perspektive auf den Stadionverbotsfall. Die (nationale) Sportpolitik mag zwar ein bedeutsamer Teilbereich des politischen Systems sein, insbesondere wenn man an die Sportförderung und die Teilnahme nationaler Sportler*innen an internationalen Wettkämpfen denkt. Geht es jedoch darum, dass sportliche (Spiel-)Regeln festgelegt oder wie im Stadionverbotsfall Zugangsregelungen zum Stadion in Zuschauerverträgen getroffen werden, nimmt das politische System keinen verhaltenssteuerenden Einfluss. Das Sportsystem ist diesbezüglich von einer umfassenden „Politikferne“ beherrscht; das Sportsystem wird von der Verbandsautonomie dominiert.⁷⁴⁸ An dieser Stelle zeigt sich ein Phänomen, das von der modernen soziologischen Jurisprudenz beschrieben wird: In der funktional differenzierten Gesellschaft gibt es immer mehr gesellschaftliche Teilbereiche, die politisch nicht oder nur rudimentär reguliert sind.⁷⁴⁹ Selbst wenn politische Steuerung auf gesellschaftliche Teilbereiche zugreifen möchte, muss sie nicht zwingend erfolgreich sein.⁷⁵⁰ Dennoch werden diese sozialen Bereiche häufig durch privatrechtliche Grundinstitutionen stabilisiert.⁷⁵¹ Auf rechtstheoretischer Ebene ist dann nach einer passenden

746 *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 158.

747 Der Vertrag als Regulierungsinstrument taucht bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 449 – 492 nicht als eigenständiges Regulierungsinstrument auf. Dies liegt daran, dass er als Regulierungsinstrumente lediglich rechtliche Normen untersucht, denen eine Regulierungsfunktion zukommen (S. 449). Handelt es sich dabei aber um vertragsrechtliche Normen gehören diese nach der hier vertretenen Auffassung zur Institution des Vertrages dazu. Regulierung durch Vertragsrecht baut auf der (Grund-)Institution des Vertrages auf und setzt voraus, dass Verträge tatsächlich geschlossen werden, damit die vertragsrechtlichen Regulierungsnormen ihre Wirkung entfalten können.

748 Siehe dazu auch unten § 7 II 1 a.

749 Vgl. *Wielsch*, ZfRSoz 38 (2018), 304 (306 – 310).

750 Vgl. zur Handlungsfähigkeit des Staates in der funktional differenzierten Gesellschaft *Trute*, DVBl. 1996, 950.

751 *Hellhardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 447 – 449 entwickelt zwar „übergreifende Regulierungskonzepte in anderen Regulierungsbereichen“ muss dabei aber auf bestehende „gesetzliche Maßstäbe“ in Form von Einzelnormen zurückgreifen. Zwar ist jeder gesellschaftliche Bereich, der z.B. mit der Grundinstitution des Vertrages stabilisiert wird, mit rechtlichen Strukturen durchzogen; zu einem „rechtlich regulierten Lebensbereich“ wird er aber nur dann, wenn es spezifische Vertragsrechtsnormen gibt.

Funktionsbeschreibung zu suchen. Für Bereiche, in denen kein politisch-regulativer Zugriff erfolgt, hilft die Regulierungsfunktion des Vertrages nicht weiter.

VII. Zwischenergebnis

Die Durchsicht durch verschiedene jüngst rezipierte und weiterentwickelte Funktionsbeschreibungen des Vertrages hat gezeigt, dass keine Beschreibung für sich genommen eine klare rechtstheoretische Perspektive auf den Stadionverbotsfall eröffnet. Die Selbstbestimmungsfunktion – besonders wenn man sie materiell versteht – ist und bleibt zwar normativer und sozialer Kern des Vertrages und des Vertragsrechts. Der Begriff Selbstbestimmung kann jedoch selbst nicht das erklären, was er eigentlich beschreiben sollte: die konkreten Bedingungen und Voraussetzungen tatsächlicher Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft. Bisherige Konkretisierungsversuche nahmen lediglich Phänomene von potentieller Fremdbestimmung durch einen bereits geschlossenen Vertrag wahr. Auch die Gerechtigkeitsfunktion bleibt mit ihren Topoi zu vage. Zwar bietet der Zugriff über die *iustitia distributiva* eine Möglichkeit, eine Vielzahl neuer Fälle der Gesellschaft unter einem gemeinsamen Begriff zu verhandeln. Für den Stadionverbotsfall verbleibt jedoch nur die Einsicht, dass es in diesem Fall in irgendeiner Weise um die Verteilung von Teilhabe(chancen) gehen könnte; woraus sich hier Probleme von Teilhabe ergeben, bleibt hingegen offen. Die ökonomische Funktion des Vertrages bietet hier keinen geeigneten Anknüpfungspunkt, weil nach hier vertretener These der soziale Konflikt nicht primär im Wirtschaftssystem verortet werden kann. Die Ordnungs- bzw. Kooperationsfunktion des Vertrages eröffnet einen Blick dafür, dass mithilfe des Zuschauervertrages eine längerfristige Ordnung und Kooperation zwischen den Parteien ermöglicht wird. Warum gerade Stadionverbote diese Kooperation auflösen und welche Konsequenzen und Bedeutung dies für die Fußballfans hat, bleibt dabei jedoch unberücksichtigt.

§ 4 Inklusionsfunktion des Vertrages

Die bisherige Untersuchung der Institution Vertrag und seiner Funktionen hat drei verallgemeinerbare Schwachstellen dieser Funktionen offenbart: (1.) Klassische Betrachtungen des Vertrages verkürzen oft die Perspektive auf bilaterale Phänomene zwischen den Vertragsparteien, (2.) Funktionsbeschreibungen wie die Selbstbestimmungs- oder Gerechtigkeitsfunktion sind zu abstrakt, um einen rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt für die Beschreibung eines sozialen Konfliktes zu bieten und (3.) die ökonomische Funktionsbeschreibung und die bisher diskutierten Strömungen der Kooperationsfunktion weiten zwar den Blick für die Umwelt des Vertrages, verengen die vertragstheoretische Perspektive aber zu stark auf strukturelle Kopplungen mit dem Wirtschaftssystem. Damit weisen die Funktionsbeschreibungen des Vertrages sowie ein darauf aufbauendes Vertragsrecht wesentliche *blind spots* auf. Die diskutierten Vertragstheorien betonen entweder zu stark die einzelnen am Vertrag beteiligten Personen oder adressieren die gesamtgesellschaftlichen Verknüpfungen von Verträgen, was entweder dazu führt, dass zu abstrakte Begriffe verwendet werden oder die Gesamtgesellschaft mit wirtschaftlicher Rationalität gleichgesetzt wird. Dazwischen liegen blinde Flecken, die die soziale Bedeutung von Verträgen für einzelne Menschen ausblenden. Diese soziale Dimension – gemeint ist damit die Verknüpfung von Menschen und gesellschaftlichen Strukturen – von Verträgen bringt *Lomfeld* essayistisch zum Ausdruck:

„*Menschen leben in Verträgen.* Ein Tag beginnt, die Sonne steigt. In einer Mietwohnung springt ein Paar aus dem Bett. Nach lang ersehnter Wartung gibt die Dusche wieder mehr als ein paar Tropfen Wasser der Stadtwerke her. Beide nippen zur abonnierten Zeitung geschenkten Tee. Sie fährt mit geleastem Auto, er mit Bus und Monatsticket pünktlich zur Arbeit. Angestellt und selbstständig regeln Verträge Tätigkeit und Einkommen. Mobilfunkvertrag und Providervertrag sichern die Kommunikation. Krankenkasse, Haftpflicht und Hausrat versichern das Unglück. Ihre Bank führt das Konto und gibt Kredit. Essen kaufen sie im Supermarkt. Sie schwitzt mit Fitnessvertrag. Er ist Mitglied in einem Sportclub.

Sie gehen ins Kino, ins Theater oder zum Tanzen. Der moderne Mensch lebt von morgens bis abends in Verträgen.⁷⁵²

Dieses Kapitel skizziert eine Funktionsbeschreibung von Verträgen in der modernen Gesellschaft, die diese soziale Dimension von Verträgen beschreiben kann. Methodologisch wäre es auch möglich, die nachfolgenden Überlegungen von den bisher diskutierten Vertragsfunktionen ausgehend zu entwickeln. Dieser Weg soll hier nicht eingeschlagen werden. Die bisherigen Funktionsbeschreibungen des Vertrages können möglicherweise die soziale Dimension ebenfalls rekonstruieren. Damit verbunden sind jedoch begriffliche und ideengeschichtliche Pfadabhängigkeiten.⁷⁵³ Um diese zu vermeiden, soll hier die Inklusionsfunktion des Vertrages als eigenständige Funktionsbeschreibung des Vertrages etabliert werden. Da das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung primär auf dem Stadionverbotsfall liegt, kann es sich bei dieser Beschreibung nur um eine Skizze handeln. Die Inklusionsfunktion des Vertrages soll nur insoweit hergeleitet und begründet werden, dass eine rechtstheoretische Annäherung an den Stadionverbotsfall möglich ist.

Dazu werden zunächst die angesprochenen *blind spots* in der bisherigen Vertragstheorie konkretisiert und Ansätze zu ihrer Aufdeckung vorgestellt (I.). Als rechtstheoretischer Anknüpfungspunkt für die Inklusionsfunktion des Vertrages wird anschließend auf eine bisher noch nicht thematisierte Funktionsbeschreibung des Vertrages zurückgegriffen: die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser* (II.). Dabei wird sich herausstellen, dass *Raiser* zwar gewinnbringende Anknüpfungspunkte bietet, die Begriffe und Ideen jedoch zu unspezifisch oder zu zeitgebunden sind, um sie in ein generalisierbares rechtstheoretisches Analyseraster zu überführen. Anknüpfend an die gesellschaftstheoretische Beschreibung der modernen Gesellschaft als funktional differenzierter Gesellschaft wird für die Konkretisierung der sozialen Funktion des Vertrages der differenzierungs- bzw. systemtheoretische Begriff der Inklusion eingeführt (III.). Er erlaubt eine generalisierbare Beschreibung von Verträgen als Instrument sozialer Inklusion in der modernen Gesellschaft. Um die bis dahin entwickelte Idee der Inklusionsfunktion des Vertrages zu einer These zu verdichten, wird der bisherige Privatrechtsdiskurs nach der Verwendung des Inklusionsgedankens mit Bezug zum Vertrag durchsucht; dabei treten insbesondere das Immaterialgüterrecht und das Nichtdiskriminierungsrecht hervor (IV.).

752 *Lomfeld*, Die Gründe des Vertrages, 2015, S. 1.

753 Zum Konzept der Pfadabhängigkeit siehe bereits die Nachweise oben in Fn. 277.

Aus all diesen Überlegungen wird abschließend die These der Inklusionsfunktion des Vertrages in der modernen Gesellschaft ausgebreitet und ihr analytisches Potenzial auf der Ebene der Rechtstheorie auf drei Ebenen aufgefächert (V).

I. Blind spots der Vertragstheorie – crucial contracts

Die angesprochenen sozialen *blind spots* werden teilweise in der Literatur erkannt. Im Kontext der französischen Vertragsrechtsreform⁷⁵⁴ im Jahr 2016 stellt *Fabre-Magnan* fest, dass diese Reform spezifische aktuelle Probleme nicht adressiert und sich dabei offenbart, dass sowohl die Vertragstheorie als auch das Vertragsrecht blind für aktuelle soziale Probleme sind:

*„Generally speaking, the vision of the contract conveyed by contemporary law is too abstract and inter-individual. It would benefit from becoming more concrete, and focusing more on the goods and services which are obtained by means of the contract. It should contextualise and situate the contract more closely, taking into account contemporary phenomena such as production chains and the privatisation of access to a large number of goods and services. These are some of the many blind spots in the general theory of contracts, even if some of them can only be dealt with adequately by going beyond contract law.”*⁷⁵⁵

Als Beispiel für eines dieser sozialen Probleme nennt sie den Zugang zu essentiellen Gütern und Dienstleistungen für eine Person:

*“The issue of access to the goods and services provided by a contract is indirectly that of access to the contract itself. This issue is not really addressed in the general theory of contracts. Since contractual freedom is the ability to enter, or not to enter, into contract, no one can claim to have a right to contract. The issue only arises in the context of certain special contracts, for instance rules concerning refusal of sale or anti-discrimination (for example, in labour or tenancy contracts).”*⁷⁵⁶

754 Dazu überblicksartig *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (378 – 380).

755 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (380).

756 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (380).

Dieser Problembereich wird zwar im europäischen Recht mit den Nichtdiskriminierungsrecht⁷⁵⁷ adressiert. Allerdings versperrt der Fokus auf die Ungleichbehandlung den Blick für ein weiteres – für die Vertragstheorie das eigentliche – Problem: In der modernen Gesellschaft erlangen Personen fast ausschließlich Zugang zu essentiellen Gütern nur über einen Vertrag(sschluss).⁷⁵⁸ Dieser Zusammenhang zwischen dem Institut Vertrag und den Gütern und Dienstleistungen, zu denen der Vertrag Zugang ermöglicht, verdeutlicht die Bedeutung des Kontrahierungszwanges im Nichtdiskriminierungsrecht⁷⁵⁹ sowie des allgemeinen Kontrahierungszwanges im deutschen Privatrecht⁷⁶⁰ als dogmatische Institute.

1. Life Time Contracts

Auf rechtstheoretischer – mit vereinzelt dogmatischen Ansätzen⁷⁶¹ – Ebene nennt *Fabre-Magnan* zwei Versuche, sich dieser Problematik anzunähern. Der erste Versuch arbeitet mit dem Begriff der „*Life Time Contracts*“, womit insbesondere Arbeit, Miete und Verbraucherdarlehen adressiert werden sollen.⁷⁶² Es handelt sich hierbei um einen gemeinsamen Topos für unterschiedliche Verträge, die den Zugang zu essentiellen Gütern eröffnen und häufig Langzeitverträge sind:⁷⁶³ „*Life time contracts are long-term social relationships providing goods, services and opportunities for work and income creation. They are essential for the self-realisation of individuals and their participation in society at various stages in their life.*“⁷⁶⁴ Diese Strömung kann damit als Adaption der Kooperationsfunktion des Vertrages,⁷⁶⁵

757 Siehe dazu unten § 4.

758 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381).

759 Siehe zur Diskussion, ob § 21 AGG auf Rechtsfolgenseite einen Kontrahierungszwang vorsieht: *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 49 – 53; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, § 21 AGG, Rn. 17 – 30; *Sprafke*, Diskriminierungsschutz durch Kontrahierungszwang, 2013, S. 214 – 253.

760 Siehe dazu unten § 8.

761 Siehe dazu die Beiträge in Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018.

762 Grundlegend *Nogler/Reifner* (Hrsg.), *Life Time Contracts*, 2014; eine Übersicht zur Rezeption geben *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 3 (3 – 10).

763 So die Beschreibung von *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381 f.).

764 Principle 1 of *Life Time Contracts*, abgedruckt in Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 319.

765 Siehe dazu oben § 3 V 2.

insbesondere mit Blick auf Langzeitverträge, angesehen werden. Anders als die oben vorgestellten Ansätze, verlässt die Perspektive der *Life Time Contracts* jedoch die ausschließlich ökonomische Rationalität, indem die Bedeutung des Vertrages für das (soziale) Leben einer einzelnen Privatrechtsakteur*in und nicht die primär ökonomische Interessenlage bei Dauerschuldverhältnissen betont wird.⁷⁶⁶ Das Konzept der *Life Time Contracts* verbindet verschiedene Vertragstypen, die im klassischen privatrechtlichen Denken weitgehend unabhängig voneinander betrachtet werden. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass die klassische Privatrechtsdogmatik Verträge tendenziell nach technischen Gesichtspunkten⁷⁶⁷ oder nach der Art der ökonomischen Transaktion (Kauf, Werkherstellung, Dienstleistung, etc.)⁷⁶⁸ und nicht nach sozialen Überlegungen hin ordnet.⁷⁶⁹ Auch bei der Entwicklung moderner Vertragstypen, scheint die Art der ökonomischen Transaktion maßgeblich zu sein.⁷⁷⁰ *Nogler* und *Reifner* sehen zwar als potentiell verbindendes Element den Begriff der menschlichen Grundbedürfnisse, identifizieren hier jedoch weiteren Forschungsbedarf.⁷⁷¹ Für diese Untersuchung ist interessant, dass sie beispielsweise Verträge mit Bezug zu kulturellen Aktivitäten wie Theaterbesuche oder Massenkommunikation eher dem Konzept der *Life Time Contracts* zuordnen würden als klassische Bereiche der Daseinsvorsorge wie die Versorgung mit Strom oder Wasser.⁷⁷²

Fabre-Magnan schlägt vor, dieses Konzept zu erweitern und zu generalisieren.⁷⁷³ Es gehe grundsätzlich darum, dass essentielle Güter und Dienstleistungen mehr und mehr von privaten Organisationen bereitgestellt werden. Die relevante Frage lautet dann, wie sichergestellt werden kann, dass Zugang zu diesen Gütern und Dienstleistungen bzw. zu den Verträgen, die

766 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 3 (11 – 14).

767 Zur klassischen Art der Unterscheidung verschiedener Vertragsarten siehe *Bork*, in: *Staudinger BGB*, 2020, Vorb. zu §§ 145-156, Rn. 87 – 98; *Herresthal*, in: *BeckOGK-BGB*, § 311 Rn. 35 – 114.

768 *Feldmann*, in: *Staudinger BGB*, 2018, § 311 Rn. 29: geschäftlicher, wirtschaftlicher Zweck.

769 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 3 (14).

770 Deutlich bei *Martinek*, *Moderne Vertragstypen*, 1991 – 1993.

771 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 3 (14 – 17).

772 *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2018, S. 3 (15).

773 *Fabre-Magnan*, *ERCL* 2017, 376 (382).

wiederum den Zugang dazu ermöglichen, besteht. Eine Verteilung über reine Marktmechanismen sei dabei nicht ausreichend.

2. Crucial companies

Ein anderer Ansatz adressiert zwar nur das Wirtschaftssystem, ist jedoch hier dennoch hilfreich, weil er die Perspektive auf die Angebotsseite – die Unternehmen – lenkt. Der Ansatz der „*crucial companies*“ nähert sich dem Problemkreis aus der Perspektive des Regulierungsrechts: *Frison-Roche* identifiziert bestimmte Unternehmen als „*crucial*“, weshalb sie einer speziellen Regulierung bedürfen.⁷⁷⁴ Dabei nimmt sie zwei sich ergänzende Definitionen vor: Ein Unternehmen sei negativ *crucial*, wenn bei einem Fall dieses Unternehmens, die gesamte damit verbundene Industrie bzw. Wirtschaftszweig fällt und positiv *crucial*, wenn ein Unternehmen eine Industrie voranschreiten lässt, sodass in der Zukunft womöglich ein öffentliches Gut zur Verfügung gestellt wird.⁷⁷⁵ Dabei hatte sie zunächst – aus der Brille des Regulierungsrechts – primär Netzindustrien vor Augen, dann aber sekundär auch Unternehmen, die darauf abzielen, einen „*crucial space*“ einzunehmen.⁷⁷⁶ Wichtig ist ihr dabei, dass ein Regulierungsbedarf jetzt nicht mehr auf bestimmte Wirtschaftssektoren beschränkt ist bzw. werden sollte.⁷⁷⁷

3. Die Suche nach crucial contracts

Nach *Fabre-Magnan* ist Aufgabe eines modernen Vertragsrechts und einer modernen Vertragstheorie, den Blick dafür zu öffnen, dass es bestimmte „*crucial contracts*“ gibt, die einer spezifischen rechtlichen Regelung bedürfen. Dies muss nicht auf bestimmte Wirtschaftssektoren oder Vertragstypen wie Miete oder Arbeit beschränkt sein, sondern könne auch die Gesundheitsversorgung, Bankverträge, Versicherungen oder auch Internetzugänge

774 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies“ and their Regulation, Working Paper 2014.

775 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies“ and their Regulation, Working Paper 2014, B. 1. und 2. a.

776 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (382 mwN). Mit „*crucial space*“ sind insbesondere Google oder andere größere Internetplattformen gemeint, siehe *Frison-Roche*, The „Crucial Companies“ and their Regulation, Working Paper 2014, A. 2.

777 *Frison-Roche*, The „Crucial Companies“ and their Regulation, Working Paper 2014, B. 2. So auch *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (382).

erfassen. Daran sollten rechtliche Regelungen anknüpfen, die den Zugang zu diesen Verträgen regeln:

„Rules should be laid down which, even if they do not give a right, at least facilitate access to the contracts by which these goods and services may be obtained. One - but only one - of these rules is non-discrimination.“⁷⁷⁸

Dies lässt zwei Fragenkomplexe offen: (1.) Welche Verträge sind „crucial“? Unter welchen Gesichtspunkten können wir Verträge analysieren, um diese Frage zu diskutieren? (2.) Wenn wir diese Verträge ermittelt haben, wie genau können und sollen rechtliche Regelungen aussehen, um den Zugang zu diesen Verträgen zu regeln? Gibt es bereits Rechtsinstitute, die dies gewährleisten? Das Nichtdiskriminierungsrecht ist – nach *Fabre-Magnan* – bereits eine rechtliche Regelungsoption. Außerdem antwortet im deutschen Privatrecht bereits das Institut des Kontrahierungszwanges über das Nichtdiskriminierungsrecht hinaus weitgehend auf die von *Fabre-Magnan* erwähnten Bereiche Gesundheitsversorgung⁷⁷⁹, Girokonten⁷⁸⁰, Telekommunikation⁷⁸¹ sowie Versicherungen⁷⁸². Der Internetzugang wurde im Kontext des Schadensrechts als wesentliches Gut für die eigene Lebensführung angesehen, sodass bei einem Ausfall auch (abstrakter) Nutzungsausfallschaden geltend gemacht werden kann.⁷⁸³

Alle diesen Fragen kann und möchte diese Untersuchung nicht beantworten. Im Fokus steht die Analyse des Stadionverbotsfalls. Aber die im Kontext des Stadionverbotsfalls verwendeten Topoi rücken den Fall in die Nähe des Problems der „crucial contracts“: Wie in den vorherigen Kapiteln gezeigt werden konnte, bestehen Parallelen zum Kontrahierungszwang, das Bundesverfassungsgericht betonte die Bedeutung des Zugangs zum Stadion und damit auch den Zugang zum Zuschauervertrag, der Fall wurde vom Gericht über den allgemeinen Gleichheitssatz gelöst, was eine Nähe zum Nichtdiskriminierungsrecht kennzeichnet. Der Topos der „crucial

778 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376(383).

779 § 193 Abs. 5 S. 1 VVG; § 5 Abs. 1 SGB V iVm § 175 Abs. 1 S. 2 SGB V; siehe zur Frage einer Behandlungspflicht von Ärzt*innen *Wagner*, in: MüKo-BGB, § 630a Rn. 45 – 48.

780 § 31 Abs. 1 S. 1 ZKG.

781 § 156 Abs. 1 S. 1 TKG.

782 Über die in Fn. 779 genannten Vorschriften hinaus beispielsweise § 5 Abs. 2 S. 1 PflVG.

783 BGH, Urt. v. 24.01.2013, III ZR 98/12; siehe dazu auch *Gruber*, in: Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, 2017, S. 115; dies greifen auch *Nogler/Reifner*, in: Ratti (Hrsg.), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, 2017, S. 3 (16) auf.

contracts“ bietet damit eine – wenn auch vage – Antwort darauf, warum die „klassischen“ Funktionsbeschreibungen des Vertrages keinen sinnvollen Zugang zum Stadionverbotsfall liefern: Der Stadionverbotsfall ist im *blind spot* der Vertragstheorie.

II. Die soziale Funktion des Vertrages (Ludwig Raiser)

Crucial contracts verweisen auf soziale Probleme, die sich insbesondere durch die Differenzierung der modernen Gesellschaft stellen – auf Inklusionsprobleme. Im Folgenden soll daher eine rechtstheoretische Funktionsbeschreibung des Vertrages entwickelt werden, die zumindest eine Annäherung dafür gibt, wann ein Vertrag *crucial* ist. Diese Funktionsbeschreibung baut auf einer klassischen Vertragstheorie auf, die in der bisherigen Untersuchung noch nicht betrachtet wurde: die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser*. Anders als im vorangegangenen Kapitel geht es hier nicht mehr um eine (bloße) Arbeit *mit* der Funktionsbeschreibung, sondern – um eine Perspektive auf den Stadionverbotsfall zu ermöglichen – um eine Arbeit *an* dieser Vertragstheorie.

Ludwig Raiser hat im Laufe mehrerer Jahrzehnte sein Privatrechtsverständnis allgemein und seine Konzeption des Vertrages als Rechtsinstitut im Besonderen entwickelt. Für diese Untersuchung sollen dabei zwei für die Forschungsfrage relevanten Aspekte herausgegriffen werden: *Raisers* Verständnis von Macht im Privatrecht sowie die Auffächerung des Vertrages nach verschiedenen Funktionen. Dabei fällt nicht nur die Ähnlichkeit zur hier angenommenen Multilateralität des Vertrages auf, sondern auch, dass *Raiser* bereits früh das Problem der *crucial contracts* erkannt hat.

1. Individuelle und kollektive Privatrechtsakteure

Ausgangspunkt der Überlegungen *Ludwig Raisers* ist die Beobachtung eines Wandels gesellschaftlicher Strukturen zu Beginn des 20. Jahrhunderts, welche gleichzeitig zu einem Wandel des rechtlichen Verständnisses von Vertragsfreiheit und ihren Voraussetzungen führt bzw. führen sollte: Der Wandel einer von einem (unabhängigen) Besitzbürgertum getragenen liberalen Wirtschaftsgesellschaft hin zu einer industriellen Massengesellschaft. Dadurch ändere sich auch das Verständnis von Autonomie der einzelnen Privatrechtsakteure: Dem Einzelnen stehen immer weniger Autonomieräu-

me zur Verfügung. Die zentralen, gestaltenden Akteure sind nicht mehr individuelle Akteure, sondern vielmehr kollektive Akteure wie Gruppen, Verbände und Unternehmen.⁷⁸⁴ Innerhalb dieser Akteurskonstellationen beschreibt *Raiser* die Stellung individueller Akteur*innen als Abhängigkeit von „Apparaten und ihrer anonymen Macht“.⁷⁸⁵ „Sein Freiheitsraum ist klein geworden und ringsum von Mächten umstellt, denen er sich unterlegen fühlt.“⁷⁸⁶ Auch seine Überlegungen zum Gebrauch privatrechtlicher Institute adressieren das „Problem der Bändigung gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Macht mit den Mitteln des Rechts“.⁷⁸⁷

An dieser Stelle könnte man es sich leicht machen und *Raisers* Ausführungen zu Macht und Unterlegenheit als (etwas) pathetisch und unpräzise abtun.⁷⁸⁸ Der Bedeutungswandel von Autonomie kann dabei präziser als Verlagerung von der Gestaltungs- hin zur Rollenauswahlfreiheit (*Reh-binder*)⁷⁸⁹ beschrieben werden. Aber die beschriebenen gesellschaftlichen Veränderungen mündeten später u.a. in dogmatische Figuren wie dem verbandsrechtlichen Zugangsanspruch⁷⁹⁰ oder in die Frage nach der grundrechtlichen Relevanz der Verbändediskussion⁷⁹¹. Zudem betont *Raiser* mit dem Machttopos die Stellung individueller Privatrechtsakteure in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft und ihre Bedeutung für das Privatrecht.⁷⁹² Um den Bezug zu den *crucial contracts* herzustellen: Mit *Raiser* könnte gesagt werden, dass sich viele der *crucial contracts* dadurch auszeichnen, dass diese Verträge zwischen einer individuellen Privatrechtsakteur*in und „Apparaten und ihrer anonymen Macht“ geschlossen werden. Diesen Gedanken gilt es im nächsten Abschnitt zu präzisieren.

Raiser betont weiterhin, dass diese Veränderungen zu einem Strukturwandel der Vertragsfreiheit insbesondere im Arbeits- und Mietrecht geführt haben.⁷⁹³ In der Privatrechtswissenschaft wurde jedoch als dominante Strategie versucht, diese Irritationen als Ausnahme abzutun.⁷⁹⁴ An dieser

784 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).

785 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).

786 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43).

787 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124 (134 f.).

788 Siehe zur Diskussion von Machtbegriffen im Recht unten § 5.

789 Siehe dazu bereits oben § 2 IV 3.

790 Siehe dazu unten § 8 III 3.

791 Siehe dazu unten § 5 IV 2.

792 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (43) deutet in Fn. 16 Ansätze der soziologischen Differenzierungstheorie an.

793 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (44).

794 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1958], S. 38 (44 f.).

Beobachtung hat sich auch über ein halbes Jahrhundert nichts geändert; die Veränderungen in der Umwelt des Vertragsrechts werden fast immer als Ausnahmerecheinungen diskutiert werden, die dann zu Spezialrechtsgebieten transformiert werden, um das allgemeine Vertragsrecht mit dem dominierenden Prinzip der Vertragsfreiheit „rein“ von solchen sozialen Irritationen zu halten.⁷⁹⁵ *Raiser* zeigte jedoch Weitblick: Für die Bereiche des Vertragsrechts, die als Spezialmaterien bezeichnet werden können, wurde nur die rechtliche Relevanz von sozialen Veränderungen von Legislative und Judikative erkannt; aber die „Tendenz, die Herrschaft der Privatautonomie zurückzudrängen“ zeigt sich im gesamten – und damit auch im allgemeinen – Vertragsrecht.⁷⁹⁶ Genau dieses dichotome Denken in allgemeines und besonderes Vertragsrecht zeigt sich auch in der Diskussion um den Stadionverbotsfall: Einer der Kritikpunkte war, dass es sich hierbei nicht um einen Fall in einem Spezialrechtsgebiet handle, sondern um einen Fall des allgemeinen Vertragsrechts, weshalb auch Verfahrensanforderungen o.ä. unangebracht seien.⁷⁹⁷

2. Auffächerung der Vertragsfunktionen

Vor diesem Hintergrund sind *Raisers* Versuche zu verstehen, die Funktionen des Vertrages zu beschreiben. Er betrachtet dabei den Vertrag primär als Institut bzw. Institution.⁷⁹⁸ Für ihn ist der Vertrag dabei nicht nur ein Institut, das Freiheit zur selbstverantwortlichen Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse ermöglicht.⁷⁹⁹ Verträge können vielmehr auch auf ihre wirtschaftliche oder soziale Funktion hin untersucht werden.⁸⁰⁰ Der Vorteil einer solchen Perspektive bestehe darin, dass der Blick auf die außerrechtlichen Erscheinungen der Verträge gelenkt werde, sodass der Vertrag in einen größeren sozialen Wirkungsmechanismus eingeordnet

795 Vgl. *Lepsius*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, S. 82 (87); so auch *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 135 – 139.

796 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1958], S. 38 (44 f.).

797 *Hellgardt*, *JZ* 2018, 901 (902); *Kischel*, in: BeckOK, GG, Art. 3 Rn. 93c.

798 Siehe dazu auch oben § 2 II.

799 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1960], S. 62 (77).

800 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1960], S. 62 (77 f.); den Begriff der sozialen Funktionen des Vertrages greift auch *Schmid*, *Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages*, 1983, S. 196 – 199.

werden kann.⁸⁰¹ Nicht nur die Konzeption des Vertrages als Institution, sondern auch speziell der Gedanke, dass aus der sozialen Funktion des Vertrages Schranken formaler Vertragsfreiheit abgeleitet werden sollen,⁸⁰² begegnet im deutschen Rechtswissenschaftsdiskurs oft in Anbetracht nationalsozialistischen Gedankenguts Bedenken.⁸⁰³ Zwar wurde auch *Ludwig Raiser* in den 1930er Jahren wissenschaftlich sozialisiert. Er stellte sich jedoch zusammen mit anderen Dozenten und Habilitanden offen gegen das nationalsozialistische Regime,⁸⁰⁴ was sich unmittelbar auch auf seine wissenschaftliche Karriere auswirkte.⁸⁰⁵ Damit sind seine Ansätze einer sozialen Funktionsbeschreibung des Vertrages politisch „unbedenklich“ und als genuiner Ausdruck wissenschaftlicher Erkenntnis zu bewerten. *Raiser* stellte sich und der Rechtswissenschaft „die bisher vernachlässigte Frage nach der Funktion und Wirkung des Vertrages in der Gesamtrechtsordnung“⁸⁰⁶ Dabei betont er die Ordnungs- und Kooperationsfunktion des Vertrages⁸⁰⁷ und differenziert zwischen vier verschiedene Arten von Verträgen, die sich hinsichtlich ihrer Funktion für die Begründung und Stabilisierung unterschiedlicher sozialer Ordnungen unterschieden: Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, Organisationsverträge sowie Normverträge.⁸⁰⁸

Diese genuin rechtliche Beschreibung des Vertrages – mit der hier verwendeten Terminologie: als Institut – hat *Raiser* später durch eine Beschreibung mit deutlichem außerrechtlichem Bezug – mit der hier verwendeten Terminologie: als Institution – ergänzt. Das Privatrecht begreift er dabei als offenes System, das nicht nur aus den „klassischen“ Rechtsprinzipien besteht, sondern dem auch neue hinzugefügt werden können. Neben

801 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (78), der hier auch explizit betont, dass es sich dabei nicht um eine Einzelfallprüfung handele, ob ein Vertrag sozial oder ökonomisch „wertvoll“ sei.

802 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1963], S. 124 (129); *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 185.

803 Vgl. dazu oben im Kontext des Institutionenbegriffs § 2 II 3 a.

804 *Kübler*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, 2007, S. 287 (288).

805 Siehe zum Lebenslauf *T. Raiser*, in: DNB 2003, S. 123 (123); nach seiner Berufung nach Göttingen war *Raiser* auch für die Entnazifizierung des Lehrkörpers zuständig, vgl. *Kübler*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Bd. 1, 2007, S. 287 (288 f.).

806 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64).

807 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (64 f.).

808 *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1960], S. 62 (68 – 72).

grundrechtlichen Impulsen⁸⁰⁹ ist eines dieser neuen Prinzipien der Gedanke der „sozialen Gliedstellung des Einzelnen“ in der Gesellschaft.⁸¹⁰ Aufgrund dieser sozialen Einbettung der einzelnen Privatrechtsakteure müsse das Privatrecht anerkennen, dass es einer Vielzahl von Lebensbereichen ausgesetzt ist. Dieser Vielzahl von Lebensbereichen kann das Privatrecht einer modernen Gesellschaft dadurch Rechnung tragen, indem die Rechtsinstitute nicht nur auf eine gesellschaftliche Funktion hin festgelegt werden. Dadurch werde der Blick für die Mehrheit und Veränderlichkeit der Funktionen geschärft.⁸¹¹ *Raiser* schlägt deshalb vor, das Privatrecht nach seinen jeweiligen Funktionsbereichen zu gliedern.⁸¹² Dies ermögliche, Wertmaßstäbe je nach Funktionsbereich, in dem ein Rechtsinstitut eingesetzt wird, herauszuarbeiten. Damit ist gleichzeitig eine Abkehr von „der formalen Allgemeingültigkeit zivilrechtlicher Normen“ verbunden.⁸¹³ Mit dieser Auffächerung nach unterschiedlichen sozialen Lebensbereichen⁸¹⁴ ist die Brücke zur funktional differenzierten Gesellschaft geschlagen. Die Funktion des Vertrages muss jeweils nach seinen strukturellen Kopplungen zu anderen Funktionssystemen der Gesellschaft bestimmt werden. *Raiser* ist diesen Schritt (noch) nicht gegangen und arbeitete vier Funktionen heraus, die er jeweils danach bestimmt, wie stark die jeweiligen Bereiche durch die Topoi „privat“ und „öffentlich“ geprägt sind.⁸¹⁵ Zwei dieser Funktionsbereiche sind dabei im modernen Privatrechtsdiskurs etabliert: (1.) Die Regelung

809 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1958], S. 38 (46 – 49).

810 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], S. 208 (209); vgl. bereits zuvor *ders.*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1963], S. 124 (125): „Auch die Privatrechtswissenschaft muß sich der Einsicht heutiger Anthropologie und Soziologie öffnen, daß der Begriff des autonomen Individuums eine Abstraktion darstellt, deren Grenzen nicht verkannt werden dürfen, daß das Personsein des Menschen sich nur im mitmenschlichen Zueinander und Füreinander entfaltet und daß darum auch alles menschliche Planen, Entscheiden und Handeln von vornherein in Zuwendung und Abwehr auf den Mitmenschen bezogen ist.“

811 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], S. 208 (222).

812 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], S. 208 (224).

813 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], S. 208 (222).

814 Vgl. bezüglich des Vertrages bereits vorher *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1960], S. 62 (68 f.): „Innerhalb des sozialen Raums, der den Rechtsgenossen zur eigenen Ordnung ihrer Beziehungen durch den Vertrag offensteht, treten nun deutliche Funktionsunterschiede solcher Ordnungen auf, die auch der Rechtsdogmatik die Unterscheidung verschiedener Arten von Verträgen nach Kriterien nahelegen, die mehr besagen als die Einteilung nach Rechtsgebieten oder nach der Willens- oder Interessenrichtung der Parteien.“

815 *L. Raiser*, in: ders., *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977 [1971], 208 (224 – 229).

der privaten Lebenssphäre⁸¹⁶ sowie (3.) die Regelung des Wirtschaftsverkehrs⁸¹⁷. Raiser erkannte darüber hinaus jedoch schon damals die soziale Dimension des Privatrechts, die auch das Konzept der *Life Time Contracts* zu adressieren versucht. Dieser (2.) zwar private Lebensbereich zeichne sich dadurch aus, dass in der modernen Industriegesellschaft „die Individualbeziehungen und -interessen hinter typisierten Gruppeninteressen zurücktreten.“⁸¹⁸ Das Privatrecht verwendet zwar die „alten Rechtsinstitute“, aber für Bereiche, die nach anderen Maßstäben beurteilt werden müssten. Dies sind für Raiser die moderne technisierte Güterproduktion, die Frage ihrer gesellschaftlichen Verteilung sowie Verträge über Waren und Dienstleistungen, die „elementare und verfeinerte Bedürfnisse“ von Menschen betreffen.⁸¹⁹

Von größerer Bedeutung für diese Untersuchung ist der letzte (4.) von Raiser identifizierte Funktionsbereich: die Berührungspunkte von den klassischen Privatrechtsinstitutionen mit „für unsere Industriegesellschaft charakteristischen Großorganisationen“, die sich als „intermediäre Machtzentren“ zwischen Individuum und Staat geschoben hätten.⁸²⁰ Diese seien als Wirtschaftssubjekte zwar hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Machtstellung dem Wettbewerbsrecht unterworfen,⁸²¹ hinsichtlich ihrer Machtausübung in anderen sozialen Kontexten jedoch nicht: „Dagegen ist für die rechtliche Ordnung der großen Verbände als intermediärer Machtzentren noch wenig geschehen. Das weithin dispositive Vereinsrecht des BGB, das ihre Grundlage bildet, kann zur internen Verteilung der Gewichte zwischen den Vereinsorganen und zum Schutz der Mitgliedrechte, z.B. gegenüber Straf- und Ausschlussregeln in der Satzung, nicht sehr viel, zur Kontrolle der nach außen gerichteten Verbandsmacht gar nichts beitragen.“⁸²² Der erste Teil dieser Beobachtung ist aus heutige Sicht zu relativieren, weil das Privatrecht mit anderen Rechtsinstituten auf diese „Verbandsmacht“ reagiert hat: insbesondere mit dem verbandsrechtliche Aufnahmeanspruch und die damit verbundene Inhaltskontrolle der Satzung sowie mit gleichheitsrechtlichen Anforderungen.⁸²³ Der zweite Teil von Raisers Beobachtung – die Erstre-

816 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (224 f.).

817 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (227 f.).

818 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (225 f.).

819 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (226).

820 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (228).

821 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (229).

822 L. Raiser, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1971], 208 (229).

823 Siehe dazu unten § 5 IV 1, 2; § 8 III 3, IV 3.

ckung der „Verbandsmacht“ nach außen – ist jedoch immer noch aktuell und ist, wie noch zu zeigen sein wird,⁸²⁴ auch eine adäquate Teilbeschreibung des Stadionverbotsfalls: Über den Zuschauervertrag werden ähnliche Entscheidungsmuster, die traditionell nur innerhalb des Verbandes (Mitgliedschaft) virulent wurden, auch auf weitere Personenkreise erstreckt.

Auch wenn im Stadionverbotsfall dominant ein kollektiver Akteur als Verband (der DFB) auftritt,⁸²⁵ erscheint eine rechtstheoretische Begrenzung auf Verbände nicht mehr zeitgemäß. Die Verbändediskussion hat sich heute als gesamtgesellschaftliche Frage weitgehend erledigt. Verbände können immer noch als ein sozial mächtiger kollektiver Akteur beschrieben werden; aber nicht als einziger. In Anbetracht von Plattformen, Netzwerken oder anderen, neuen gesellschaftlichen Organisationsformen stellt sich die Frage, ob die von *Raiser* beschriebenen Probleme generalisiert werden können. Bereits oben konnte seine Auffächerung der Vertragsfunktionen mithilfe soziologischer Differenzierungstheorien konkretisiert werden. Nun stellt sich die Frage, ob auch die Machtaspekte sowie die „soziale Gliedstellung des Einzelnen“ von *Raisers* sozialer Funktion des Vertrages für die heutige Zeit konkretisiert und präzisiert werden können.

III. Systemtheoretische Überprägung – Inklusion

Bereits oben wurde eine institutionelle Perspektive auf den Vertrag mit einer differenzierungs- bzw. systemtheoretischen Perspektive verbunden. Dadurch konnte die Funktionsbeschreibung des Vertrages dahingehend konkretisiert werden, dass Funktionsbeschreibungen nur relativ – insbesondere in Bezug auf andere Funktionssysteme (Makroebene) – möglich sind. In diesem Abschnitt soll die soziale Funktionsbeschreibung des Vertrages von *Ludwig Raiser* mithilfe eines Begriffes der Differenzierungstheorien präzisiert und sowohl generalisiert als auch konkretisiert werden: der Begriff der Inklusion. Die Nähe zwischen den Begriffen Inklusion, sozialer Funktion des Vertrages und *Life Time Contracts* wurde in der Forschung bereits für Darlehensverträge, die mit Hypotheken abgesichert werden, hervorgehoben: Darlehensverträge erfüllen u.a. die soziale Funktion, sich

824 Siehe unten § 7 I, II.

825 Siehe dazu unten § 7 II 1 b.

ein Haus oder Güter zu erwerben. Dadurch werden Personen sozial inkludiert.⁸²⁶

1. Inklusion und funktionale Differenzierung

Den inhärenten Zusammenhang zwischen den soziologischen Begriffen funktionaler Differenzierung und Inklusion fasst *Stichweh* konzise zusammen: „Der Prozess der Ausdifferenzierung eines Funktionssystems lässt sich als eine charakteristische Sequenz von Schritten beschreiben. Er beginnt mit vereinzelt anfallenden Situationen funktional spezialisierter Kommunikation, setzt sich fort mit der Entstehung und Institutionalisierung spezialisierter Rollen, deren Definition zugleich als Identifikation des funktionalen Problembezugs dient, und er findet einen eigentlich überraschenden Abschluss dadurch, dass zusätzlich zu systemdefinierenden Leistungsrollen Publikumsrollen entstehen, welche die Inklusion der Gesamtbevölkerung in das jeweilige Sozialsystem über komplementär zu den Leistungsrollen definierte Formen der Partizipation sichern.“⁸²⁷

Inklusion meint nicht, dass einzelne Operationen eines Systems (z.B. des psychischen) in einem anderen System (z.B. eines Sozialsystems) ablaufen, sondern vielmehr, dass „das Gesellschaftssystem Personen vorsieht und ihnen Plätze zuweist, in deren Rahmen sie erwartungskomplementär handeln können; etwas romantischer könnte man auch sagen: sich als Individuen heimisch fühlen können.“⁸²⁸ Präziser kann man formulieren, dass Inklusion die Form der Berücksichtigung von Personen in Sozialsystemen meint.⁸²⁹ Hier ist auch der Bezugspunkt zur Rolle zu sehen: Die den Personen zugewiesene Plätze können als Rollen bezeichnet werden. Bei *Luhmann* ist der Inklusionsbegriff dabei ausschließlich auf einer Makroebene angesiedelt und meint lediglich die Berücksichtigung durch soziale Funktionssysteme; ihm geht es nicht um den Zugang zu Interaktionen (Mikroebene) oder

826 *Domurath*, *European Law Journal*, 2016, 758 (759 f.), wobei hier jedoch unklar bleibt, worauf sich diese Inklusion bezieht. Gemeint ist wohl eine allgemeine soziale Teilhabe aufgrund von Wohnraum. Dieser und eine damit verbundene Adresse ist aber auch aus differenzierungstheoretischer Sicht Inklusionsvoraussetzung für andere soziale Systeme (z.B. Angabe einer Adresse beim Arbeitgeber oder bei der Immatrikulation an einer Hochschule) vgl. dazu *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 631.

827 *Stichweh*, *Inklusion und Exklusion*, 2016, S. 17.

828 *Luhmann*, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, S. 621.

829 *Stichweh*, *Soziale Systeme* 3 (1997), S. 123 (123 f.).

Organisationen (Mesoebene).⁸³⁰ Wie jedoch die weiteren Überlegungen zu den Formen der Inklusionen zeigen werden, setzt Inklusion auf der Makroebene auch immer Inklusion auf zumindest einer der anderen Ebenen voraus.

Die Regelungen der Inklusion in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft werden den Teilsystemen überlassen.⁸³¹ Die konkreten Personen sind dabei nicht mehr Teil eines festen Systems. „Sie müssen an allen Funktionssystemen teilnehmen können, je nachdem, in welchen Funktionsbereich und unter welchem Code ihre Kommunikation eingebracht wird.“⁸³² Dadurch wechselt die strukturelle Kopplung zwischen Personen und den sozialen Funktionssystemen von Moment zu Moment. Inklusion ist jetzt nicht mehr mit einem festen sozialen Status verbunden, sondern macht die Inklusion von hochdifferenzierten Kommunikationschancen abhängig.⁸³³

2. Formen der Inklusion in Funktionssysteme

Luhmann ist in seiner (allgemeinen) Gesellschaftstheorie bei der abstrakten Beschreibung von Inklusion stehengeblieben. Vereinzelt hat er zwar die Rolle von Organisationen bei der sozialen Inklusion betont.⁸³⁴ Erst die weitere soziologische Forschung hat insbesondere mit der Unterscheidung von Leistungs- und Publikumsrolle adäquate Präzisierungen gefunden.

a. Leistungs- und Publikumsrolle als grundsätzliche Form der Inklusion

Um verschiedene Formen von Inklusion zu beschreiben, hat sich in der soziologischen Forschung die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Publikumsrollen herausentwickelt. In handlungstheoretischer Konzeption können unter die Leistungsrolle die Personen in einem sozialen System gefasst werden, die an der Leistungsproduktion des Systems (aktiv) mitwirken. Spiegelbildlich werden unter die Publikumsrolle diejenigen Personen gefasst, die die gesellschaftliche Leistung des Systems (passiv) annehmen.

830 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 619.

831 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625, 630.

832 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625.

833 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 625.

834 *Luhmann*, in: ders., Schriften zu Organisation 2, 2019, S. 451 (455 – 457).

Unterschiedliche Formen der Inklusion werden darauf aufbauend als unterschiedliches Verhältnis der Leistungsrollen- und der Publikumrollenträger zueinander beschrieben. Bereits hier wird deutlich, was in der juristischen Rezeption der Differenzierungs- bzw. Systemtheorie verloren gegangen ist: Nur weil *Luhmann* einzelne Personen nicht zum Hauptgegenstand seiner Forschung und Theorie gemacht hat, existieren auch aus differenzierungstheoretischer Perspektive einzelne und kollektive Akteure weiterhin. Inklusion und andere Operationen der Systeme laufen nicht allein durch Kommunikation auf der Makroebene ab, sondern sie benötigen Organisations- und Interaktionssysteme (Meso- und Mikroebene). Dementsprechend kann heute innerhalb der Leistungsrolle zwischen kollektiven und individuellen Leistungsrollenträgern unterschieden werden.⁸³⁵

Eine der dominanten Formen von Inklusion in der modernen Gesellschaft ist die Inklusion als professionelle Betreuung des Publikums durch die Leistungsrollenträger. Leistungs- und Publikumsrolle werden hier als Professioneller/ Klient spezifiziert. Solche Inklusionsformen finden sich insbesondere im Rechtssystem als Beziehung zwischen Anwält*in und Mandant*in oder im Gesundheitssystem als Beziehung zwischen Ärzt*in und Patient*in; darüber hinaus auch im Erziehungs- und Religionssystem.⁸³⁶

Eine zweite häufig zu beobachtende Inklusion erfolgt über „*exit/voice*“-Optionen. Dabei realisieren Funktionssysteme Inklusion des Publikums darüber, indem sie das Publikum über die beiden Äußerungsformen „*exit*“ oder „*voice*“ in den Systemprozess einbeziehen. Funktionssysteme, die auf dieser Inklusionsform aufbauen sind insbesondere die Politik, die Wirtschaft, die Kunst, die Massenmedien und der Sport. Diesen Funktionssystemen ist gemein, dass sie eine strukturelle Präferenz für große Zahlen haben. Dadurch kommen Interaktionssysteme, die zur Inklusion in die jeweiligen Systeme führen, primär in Form großer Interaktionssysteme – wie z.B. Fußballstadien oder Konzerte – vor.⁸³⁷ Die Sonderfälle⁸³⁸ der Inklusion in Intimbeziehungssysteme sowie die indirekte Form von Inklusion bezüglich des Wissenschaftssystems sind hier nicht relevant. Zudem existieren vielfältige Überbrückungsmechanismen bzw. Reaktionen auf die Asymmetrien im

835 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 44 f.: Leistungsrollen und Leistungsorganisationen.

836 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 24 f.

837 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 26 – 28.

838 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 28 – 32.

Verhältnis Leistungs- und Publikumsrolle,⁸³⁹ die jedoch für diese Untersuchung problembezogen weiter unten⁸⁴⁰ thematisiert werden sollen.

b. Vertrag als Form der Inklusion

Welche Rolle spielen diese soziologischen Beschreibungen von Inklusion in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft für das Recht allgemein und für die Funktionsbeschreibung des Vertrages im Besonderen? Der Begriff der Inklusion mit seinen Unterbegriffen der Leistungs- und Publikumsrolle ermöglicht eine generalisierte und präzisierte Beschreibung der Phänomene, die zuvor als „Angewiesenheit“, „*crucial contracts*“, „anonyme Machtzentren“ o.ä. beschrieben worden sind.

Die unscharf gehaltene Angewiesenheit kann jetzt als Inklusionsfrage behandelt werden: In der modernen Gesellschaft findet Inklusion immer in der Unterscheidung von Publikums- und Leistungsrolle statt. Insbesondere den Publikumsstatus nehmen eine Vielzahl von Personen ein. Die Inklusion in die jeweiligen Funktionssysteme kann dann nur erfolgen, wenn Zugang zur systemeigenen Publikumsrolle gewährt wird. Man könnte jetzt fragen, welche Form wiederum diese Inklusion über die Publikumsrolle (aber auch über die Leistungsrolle) annimmt. Genau an dieser Stelle hört jedoch das Erkenntnisinteresse der allgemeinen Soziologie auf. Aus rechtlicher Perspektive lässt sich hier eine Antwort geben. Viele der von der allgemeinen Soziologie beschriebenen Inklusionsphänomene nehmen eine rechtliche Form ein: die Form des Vertrages.⁸⁴¹

Die Inklusion in das Rechtssystem über die professionelle Betreuung der Mandant*in durch die Anwält*in erfolgt über einen Anwaltsvertrag, regelmäßig in Form des Dienstvertrages mit Geschäftsbesorgungscharakter.⁸⁴² Die Patient*in muss einen Behandlungsvertrag⁸⁴³ abschließen, um in das Gesundheitssystem inkludiert werden. Findet Erziehung in einer privaten Schule statt, so findet auch hier Inklusion nur über einen Vertragsschluss

839 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 34 – 42.

840 Siehe unten § 6 II 3.

841 Hier eröffnet sich ein ganz neues rechtssoziologisches Forschungsfeld, das nach den rechtlichen Formen von soziologischen Grundbegriffen allgemein und rechtlichen Formen von Inklusion im Besonderen fragen kann.

842 Zum Anwaltsvertrag *Teichmann*, in: BeckOGK, BGB, § 675 Rn. 856 – 1152.

843 Dazu *Walter*, in: BeckOGK, BGB, § 630a Rn. 1.

zwischen der jeweiligen Schule und dem Kind bzw. den Eltern statt.⁸⁴⁴ Ist – und dies ist in der modernen Gesellschaft der Regelfall – der Vertrag entgeltlich bzw. eine andere Gegenleistung vereinbart, die als wirtschaftliche Transaktion vom Wirtschaftssystem beobachtet wird, dann sind Vertragsschlüsse die primäre Form, in der „exit“ und „voice“ im Wirtschaftssystem erklärt werden.⁸⁴⁵ An dieser Stelle wird der Zuschauervertrag relevant, der – wie oben ausgeführt – den Zugang zum Fußballstadion überlagert.⁸⁴⁶ Das Fußballstadion als Institution bzw. großes Interaktionssystem im Sportsystem ist – neben medialer Berichterstattung und dem Breitensport⁸⁴⁷ – die wesentliche Form der Inklusion des Publikums in das System (Fußball-)Sport. Zugang zu diesem Interaktionssystem und damit Inklusion in das Sportsystem wird jedoch nur über den Zuschauervertrag gewährt. Der Zusammenhang von Vertrag und Inklusion kann auch durch eine soziologische Beschreibung der Inklusion im Alltag verdeutlicht werden, wenn man sie dem eingangs angeführten Zitats *Lomfeld* gegenüberstellt:

„Über ihre – zumeist berufliche – Leistungsrolle ist eine Person z.B. als Starkstromelektrikerin ins Wirtschaftssystem, als Richter ins Rechtssystem oder Krankenpfleger ins Gesundheitssystem inkludiert; zusätzlich hat jemand mehr oder weniger intensiv Publikumsrollen aller oder fast aller anderen Teilsysteme inne. Man ist regelmäßig Konsumentin, Zeitungsleserin und Freizeitsportlerin; unregelmäßig tritt man auch als Patientin, Wählerin oder Museumsbesucherin auf, hoffentlich nicht zu oft als Klägerin vor Gericht.“⁸⁴⁸

Damit ist der privatrechtliche Vertrag eine Form sozialer Inklusion. Der Vertrag als Institution erfüllt die Funktion sozialer Inklusion. Eine Funktion des Vertrages in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft ist die Inklusionsfunktion. Durch Verträge werden Personen von sozialen Funktionssystemen berücksichtigt. Durch Verträge werden Personen in die Gesellschaft inkludiert. Damit ist nicht gesagt, dass Inklusion ausschließlich durch (privatrechtliche) Verträge erfolgt. Inklusion in das Politiksystem z.B. erfolgt noch immer über staatlich vermittelte Interaktionen, insbeson-

844 Zum Privatschulvertrag im Kontext einer – aus Sicht von Exklusion interessanten – Kündigung OLG Köln, Urt. v. 20.03.2020, 20 U 240/19 = NJW 2020, 1976.

845 Siehe dazu bereits im Kontext der ökonomischen Funktion des Vertrages oben § 3 IV 2.

846 Siehe oben § 2 I 2.

847 Siehe dazu unten § 6 II 1.

848 *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 58.

dere Wahlen. Aber hier lässt sich die Beobachtung fruchtbar machen, dass in der modernen Gesellschaft immer mehr „wichtige“ Dienstleistungen durch privatrechtliche Verträge angeboten werden.⁸⁴⁹ Präziser kann man jetzt formulieren: Immer häufiger findet soziale Inklusion über Verträge statt. Dadurch ist zugleich eine Teilpräzisierung der „Angewiesenheit“ bzw. der „*crucial contracts*“ gefunden: Dabei handelt es sich oft um Verträge bezüglich einer Dienstleistung, welche wiederum Inklusion in die Funktionssysteme gewährt. Dies erklärt auch den Forschungsfokus der *Life Time Contracts* auf Langzeitverträge: Mit diesen Verträgen werden Personen auf Dauer sozial inkludiert. Gleichzeitig wird der Schleier der Undeutlichkeit vor den „anonymen Machtzentren“ gelüftet und die Bedeutung von Verbänden generalisiert: Auf der anderen Seite der Inklusion des Publikums stehen Leistungsrollenakteure. Dabei kennen nahezu alle Funktionssysteme neben individuellen Leistungsrollenakteure auch kollektive Leistungsrollenakteure, insbesondere in Form von Organisationen.⁸⁵⁰ Verbände sind nur eine spezifische Erscheinungsform von Organisationen, welche wiederum eine spezielle Erscheinungsform von kollektiven Akteuren bilden. Wie noch zu zeigen sein wird, sind es insbesondere diese kollektiven Akteure, die die wesentlichen Struktur-, Prozess- und Ordnungsmerkmale eines sozialen Systems prägen bzw. festlegen.⁸⁵¹ Dies trifft auch für den DFB im Sportsystem zu: Als zentraler Verband an der Spitze einer Hierarchie der einzelnen Fußballvereine legt er nicht nur sportliche Regeln oder Teilnahmebedingungen von Sportler*innen zu Wettkämpfen fest, sondern regelt auch in den Stadionverbotsrichtlinien die einheitliche Regelung der Vergabe von Stadionverboten durch die Einzelvereine.⁸⁵² Hier deutet sich der zentrale soziale Konflikt an, der durch Stadionverbote ausgelöst wird: Durch die Stadionverbote werden bestehende Zuschauerverträge gekündigt bzw. keine neuen mehr mit den betroffenen Personen geschlossen. Ohne einen Zuschauervertrag ist eine Inklusion in der Publikumsrolle in das Sportsystem – zumindest teilweise – nicht mehr möglich, weil kein Zugang zum Fußballstadion als dem zentralen Interaktionssystem gewährt wird. Es kommt zu sozialer Exklusion.

Die Inklusionsfunktion des Vertrages kann an zwei in der Privatrechtswissenschaft diskutierten Phänomenen anknüpfen und ihnen weitere Kon-

849 *Fabre-Magnan*, ERCL 2017, 376 (381).

850 Vgl. *Schimank*, Gesellschaft, 2013, S. 44 f.

851 Siehe unten § 5 IV 2 b.

852 Siehe unten § 7 II.

tur verleihen: Bereits angesprochen wurde *Rehbinders* Iteration der gewandelten Vertragsfunktionen hin zu einer Stabilisierung von sozialen Rollen.⁸⁵³ Die Inklusionsfunktion nimmt darauf Bezug⁸⁵⁴ und liefert ein Komplementärstück auf der gesellschaftlichen Makroebene: Durch Verträge werde Personen in die sozialen Funktionssysteme inkludiert, wo sie bestimmte Rollen zugewiesen bekommen. Damit ist zugleich die Ausdifferenzierung⁸⁵⁵ des Vertragsrechts angesprochen, also die Entwicklung spezieller Vertragstypen und Vertragsrechtsnormen. Man kann von „Sonderprivatrechten“ sprechen.⁸⁵⁶ Dies kann als Folge der stärkeren Berücksichtigung der unterschiedlichen Rollen von Privatrechtsakteur*innen angesehen werden.⁸⁵⁷ Die Inklusionsfunktion kann eine theoretische Brücke zur Erklärung schlagen, warum sich das Vertragsrecht immer stärker ausdifferenziert: Weil sich die Gesellschaft an sich immer stärker ausdifferenziert und gleichzeitig die Inklusion in immer mehr soziale Funktionssysteme durch Verträge geregelt werden. Dadurch gerät auch das Vertragsrecht unter Druck, weil es die jeweiligen Rollenerwartungen teilsystemspezifisch verarbeiten muss.⁸⁵⁸

853 Siehe oben § 2 IV 3.

854 Bereits *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 14 spricht einleitend vom „Beitrag des Vertrages zur Integration des Einzelnen in das komplexe Beziehungsnetz moderner Gesellschaften“, untersucht diese Inklusionsfunktion jedoch nicht. Da in seiner Untersuchung die Vertragsbeschreibung *Rehbinders* (siehe dazu oben § 2 IV 3) jedoch einen hohen Stellenwert einnimmt (S. 208 – 213), könnte die Aussage darauf bezogen sein.

855 *Schmid*, Zur sozialen Wirklichkeit des Vertrages, 1983, S. 212 spricht von einem partikularisierten Vertragsrecht, welches einem rollenstrukturierten Vertragsrecht entspreche.

856 Zu Sonderprivatrechten siehe *Hey*, in: FS Canaris II, 2017, S. 791.

857 Vgl. *Nagelmüller/Krafka*, JURA 2013, 762 (767): „[J]e höher die Diskrepanz zwischen sozialen Rollen [...] festgelegt wird, desto mehr Regelungsbedarf entsteht, sei es in Form neuer Normen und immer umfangreicherer Paragraphen, sei es in Form immer länger werdender höchstrichterlicher Entscheidungsketten.“

858 Die Inklusionsfunktion kann dabei aber lediglich Ausdifferenzierungstendenzen erklären, die an Personen bzw. Rollen anknüpfen. Objektbezogene Ausdifferenzierungstendenzen, wie z.B. die §§ 327 ff. BGB für digitale Produkte, können damit nicht erklärt werden, vgl. dazu *Wendland*, ZVglRWiss 118 (2019), 191.

3. Abgrenzung zu anderen Topoi

a. Traditioneller Inklusionsbegriff im Recht

Die Begriffe der Inklusion und Exklusion tauchen vor allem im rechtlichen Diskurs, aber auch in anderen sozialwissenschaftlichen Diskursen mit einer abweichenden Bedeutung auf. Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird er vor allem im Kontext des Gleichstellungsrechts⁸⁵⁹ oder im Sozialrecht⁸⁶⁰ in Bezug auf das Kriterium der Behinderung und meistens im Kontext von Bildung oder Erwerbsarbeit verwendet.

Damit spiegelt das positive Recht weitgehend die sozialwissenschaftlichen Diskurse, in denen es primär darum geht, Gelingensvoraussetzungen von Inklusion herauszuarbeiten.⁸⁶¹ Thematisch fokussieren sich diese ebenfalls auf das Kriterium Behinderung in den Systemzusammenhängen Bildung und Erwerbsarbeit. Der Begriff der Inklusion ist damit auf einen engen Personenkreis, von Menschen mit einer Behinderung, sowie auf zwei wesentliche soziale Kontexte, Bildung und Erwerbsarbeit, beschränkt. Über diese (wissenschaftliche) Bedeutungsebene hinaus kann Inklusion auch eine politische Forderung sein, mit der eine größere Teilhabe in unterschiedlichen Kontexten gemeint ist.⁸⁶²

Auch wenn zwischen den verschiedenen Bedeutungsebenen erhebliche Wechselwirkungen bestehen und aus wissenschaftlicher Sicht eine Zusammenführung der Begriffsebenen möglich erscheint,⁸⁶³ sollen hier diese Begriffe jedoch streng differenzierungstheoretisch benutzt werden, was bedeutet, dass Inklusion und Exklusion immer teilsystemspezifisch betrachtet werden sollen. Eine solche Sichtweise schließt es aber nicht aus, einen besonderen Schwerpunkt auf bestimmte Funktionssysteme wie den Arbeitsmarkt oder das Bildungssystem zu legen, weil sich Exklusion aus diesen Bereichen unmittelbar auf die Exklusion aus anderen Systemzusammenhängen auswirkt.⁸⁶⁴ Es überrascht daher nicht, dass der Topos der Inklusion in den oben genannten Bereichen – auch im Recht – thematisiert

859 Poscher/Rux/Langer, Von der Integration zur Inklusion, 2008; Degener, RdJB 2009, 200; Tolmein, ZRP 2014, 177 (178 – 180).

860 Statt aller Jabben, in: BeckOK, SGB IX, § 1 Rn. 3.

861 Vgl. Ellger-Rüttgardt, Inklusion, 2016; Dietze et al. (Hrsg.), Inklusion – Partizipation – Menschenrechte, 2020.

862 Behrendt, DZPhil 2019, 464 (466); vgl. auch Collins, 66 Modern Law Review 16, 21 f. (2003).

863 So der Ansatz von Behrendt, DZPhil 2019, 464 (485 f.).

864 Stichweh, Soziale Systeme 3 (1997), 123 (127 f.).

wird; es handelt sich dabei um teilsystemische Inklusionen, die auch zu weiteren Inklusionen führen. Damit handelt es sich um die zentralen sozialen Bereiche von Exklusion. Das Recht wurde in seinen darauf bezogenen Teilrechtsgebieten bereits für die Probleme sozialer Inklusion und Exklusion sensibilisiert und ggf. irritiert. Der hier verwendete Inklusions- und Exklusionsbegriff ist jedoch allgemeiner und nicht auf diese Bereiche beschränkt. Er ist allgemeiner, um das Recht auch für andere Inklusions- und Exklusionsphänomene zu sensibilisieren.

b. Integrationsbegriff

Der hier verwendete Begriff Inklusion mit einer starken system- bzw. differenzierungstheoretischen Konnotation ist nicht mit dem soziologischen Topos Integration zu verwechseln. In der klassischen *Luhmann*'schen Systemtheorie verliert der Begriff Integration an eigenständiger – soziologischer – Bedeutung; Fragen der Integration stellen sich nicht mehr sinnvoll, weil nur noch die teilsystemische Inklusion Relevanz habe. Inklusion ist deckungsgleich mit Integration:⁸⁶⁵ „Soziale‘ Integration wird zur abhängigen Variablen der differenzierten Teilsysteme und stellt keine eigenständige Ordnungsdimension mehr dar.“⁸⁶⁶

In der zeitgenössischen Soziologie werden die beiden Begriffe jedoch wieder auseinandergelassen, um jeweils eigene Erkenntnisinteressen und Perspektiven zu betonen. Integration ist „ein Begriff für die wechselseitige Passung der Elemente eines sozialen Systems. Der Begriff kann einen Zustand der Integration meinen, der eingetreten ist, aber auch die Anstrengung, die jemand unternimmt, diesen Zustand zu erreichen.“⁸⁶⁷ Dieses Moment der „Passung“ setzt die Inklusion als elementareren und formaleren Begriff voraus: Inklusion setzt lediglich die Adressierung einer Person durch die Funktionssysteme voraus, während Integration darüber hinaus entweder die „Passung“ der Person innerhalb eines Funktionssystem oder die „Passung“ der Funktionssysteme untereinander (Passung innerhalb der Gesamtgesellschaft) meint. Mit Inklusion wird nicht automatisch über Integration mitentschieden.⁸⁶⁸ „Es gibt aber Probleme, die ein Eigenrecht und

865 *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 618 f.

866 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (213).

867 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 65.

868 *Stichweh*, Inklusion und Exklusion, 2016, S. 65.

Eigengesetzlichkeiten aufweisen und die sich folglich nicht aus anderen Strukturprinzipien einfach ableiten lassen, sondern wo gerade die Wechselwirkungen verschiedener Strukturprinzipien in den Mittelpunkt treten müssen. Zu solchen Problemen mit einer Eigengesetzlichkeit gehört die soziale Integration.⁸⁶⁹

Man könnte damit sagen, dass die Frage der Integration die „Verklammerung“ einzelner Inklusionen bildet.⁸⁷⁰ Dabei gibt es unterschiedliche Ansätze, wie diese Verklammerung beschrieben wird: *Luhmann* konzentrierte sich noch – als rudimentäre Überbleibsel des Integrationsbegriffs – auf wechselseitige Abhängigkeiten einzelner Funktionssysteme,⁸⁷¹ während andere beispielsweise im Nationalstaat den wesentlichen Akteur für Integration erblicken.⁸⁷² Diese Frage spielt für diese Untersuchung jedoch keine Rolle. Gerade der formale Begriff der Inklusion als Begriff zur Strukturbeschreibung moderner Gesellschaften soll hier genutzt werden, um das Recht produktiv über seine soziale Einbettung zu informieren und irritieren.

Der Begriff der Integration hat zwar auch in jüngerer Zeit in der Rechtswissenschaft eine gewisse Aufmerksamkeit erfahren. Dabei geht es jedoch um migrationsphänomenologische Probleme, an die sich Fragen der gesellschaftlichen Integration anschließen, nicht um Inklusionsprobleme.⁸⁷³ Integratives Recht ist dabei zwar primär das Asylrecht,⁸⁷⁴ aber es gibt eine Vielzahl von Rechtsgebieten, in denen Migrations- und Integrationsprobleme verhandelt werden.⁸⁷⁵ Integratives Recht spielt für diese Untersuchung keine Rolle, da hier das Erkenntnisinteresse auf die Responsivität des Rechts hinsichtlich Inklusionsprobleme gerichtet ist.

869 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (214).

870 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211 (215 f.).

871 Vgl. *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, S. 618 f.

872 *Schwinn*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2001, 211.

873 Daher auch die Definition Integrativen Rechts als „alle Regelungen, die ‚integrationspezifische Sachverhalte‘ explizit oder implizit regeln.“ – so *Croon-Gestefeld*, in: *Buchholtz/Croon-Gestefeld/Kerkemeyer* (Hrsg.), Integratives Recht, 2021, S. 219 (220).

874 Vgl. *Stadler*, in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann* (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2010, 2011, S. 31; der Begriff Integration verweist aus differenzierungstheoretischer Perspektive auf Effekte multipler Inklusion, siehe *H. Esser*, Zeitschrift für Soziologie, 2009, 358 (359).

875 Siehe *Croon-Gestefeld*, in: *Buchholtz/Croon-Gestefeld/Kerkemeyer* (Hrsg.), Integratives Recht 2021, S. 219 (226 – 231).

IV. Inklusion als bisheriger Topos in der Privatrechtswissenschaft

Die bisherige Idee einer Inklusionsfunktion des Vertrages soll in diesem Abschnitt plausibilisiert werden, indem der Inklusionsbegriff im bisherigen Privatrechtswissenschaftsdiskurs aufgegriffen wird. Dabei lassen sich zwei Bereiche ausmachen, in denen Inklusion im hier verwendeten Sinne implizit oder explizit auftaucht: im Immaterialgüterrecht, insbesondere mit dem rechtstheoretischen Topos der Zugangsregeln, sowie in verschiedenen Spielarten im Nichtdiskriminierungsrecht.

1. Inklusion und Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht

a. Zugangsregeln im Immaterialgüterrecht

In seiner Habilitationsschrift entwickelt *Dan Wielsch* das rechtstheoretische Konzept der Zugangsregeln. Zugangsregeln⁸⁷⁶ seien ein notwendiges normatives Komplement der Einrichtung von subjektiven Rechten an Immaterialgütern, um so Wissensteilung zwischen sozialen Systemen (weiterhin) zu ermöglichen.⁸⁷⁷ Aufbauend auf einer systemtheoretischen Differenzierungstheorie entwickelt *Wielsch* die These der Multilateralität bzw. Multifunktionalität von Immaterialgüterrechten:⁸⁷⁸ Das Immaterialgüterrecht hat nicht nur Relevanz für die Funktionssysteme Recht oder Wirtschaft, sondern auch für die Wissens(re)produktion in Systemen wie der Kunst oder Wissenschaft. Indem aber das Recht durch Immaterialgüterrechte subjektive Rechte an einzelne Privatrechtsakteure verteilt, liegt die Bestimmungsmacht über die Wissensteilung in den Händen dieser einzelnen Akteur*in: „Damit greifen Schutzrechte in die Formen der Wissensteilung in anderen Sozialsystemen ein.“⁸⁷⁹

Damit greift *Wielsch* die wechselseitige Abhängigkeit von subjektiven Rechten und ihren kollektiven Strukturen auf, die auch in dieser Arbeit betont wird: „Nach diesen Überlegungen besitzen subjektive Verfügungsrechte an Immaterialgütern einen hohen Stellenwert für die Operationsweise sozialer Funktionssysteme. Ihre Relevanz für die Autonomie des Einzelnen

876 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 50 – 66.

877 Prägnant *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 267.

878 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 32, 46.

879 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 41; ausführlich zu den institutionellen Formen dieser rechtlichen Zugangsbeschränkungen S. 42 – 50.

wird damit nicht in Abrede gestellt. Im Gegenteil wird diese gerade vorausgesetzt, um für den Aufbau von Systemkomplexität ausnutzbar zu sein. Dennoch findet eine funktionale Perspektivierung subjektiver Eigentumsrechte statt: *Der Schutz subjektiver Rechte dient dem Schutz transindividueller Strukturen, auf die der Einzelne jedoch für sein eigenes autonomes Handeln angewiesen ist.* Individuelles Handeln und kollektive Ordnungen bedingen einander wechselseitig.⁸⁸⁰ *Wielsch* untersucht darauf aufbauend verschiedene Rechtsinstitute darauf, inwieweit sie den Zugang zu einzelnen Funktionssystemen regeln bzw. regeln können.⁸⁸¹ Alle Erkenntnisse generalisiert er zu Elementen einer Rechtsverfassung der Wissensteilung.⁸⁸²

Der Inklusionsbegriff taucht bei *Wielsch* dabei nur am Rande auf.⁸⁸³ Dies überrascht nicht: *Wielsch* interessiert sich primär für die strukturellen Kopplungen von Recht und anderen Funktionssystemen über Immaterialgüterrechte auf der Makroebene. Inklusion – im hier verstandenen Sinne als Berücksichtigung von Personen durch soziale Funktionssysteme – ist für ihn nur sekundär von Bedeutung, weil Wissensproduktion in den Funktionssystemen gerade über psychische Systeme (Personen) vermittelt wird.⁸⁸⁴ Dennoch lassen sich aus seinem rechtstheoretischen Konzept der Zugangsregeln auch Verallgemeinerungen ableiten.⁸⁸⁵ Die Ausübungen von subjektiven Rechten – für diese Arbeit relevant ist die Ausübung der Vertragsfreiheit – kann nicht nur Zugangsschranken zwischen Funktionssystemen auf der Makroebene aufrichten. Zugangsschranken kann das Recht primär zwischen Funktionssystemen und (individuellen) Privatrechtsakteur*innen errichten. Diesen Zusammenhang setzt *Wielsch* zumindest implizit voraus: Voraussetzung der Erweiterung des expliziten Wissens eines sozialen Systems ist die Inklusion einer (individuellen) Akteur*in in dieses System. Die Ausschließlichkeitsrechte von Immaterialgüterrechten erschwe-

880 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 47.

881 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 117 – 266.

882 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 267 – 282.

883 Beispielsweise *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 41.

884 *Wielsch*, Zugangsregeln 2008, S. 32 – 34; prägnant auf S. 271: „Neues Wissen wird durch den Einzelnen in transsubjektiven Prozessen erzeugt. Das Immaterialgut (das Werk, die Erfindung) ist eine qualifizierte Kommunikation im Rahmen eines sozialen Systems (Wissenschaft, Kunst). Die Variationsfähigkeit von Kommunikation in diesen Systemen hängt von der freien Aktualisier- und Anschließbarkeit des Systemwissens ab, was sich in eine dezentrale Nutzbarkeit von kommunikativen Artefakten oder von technischem Wissen durch psychische Systeme übersetzt.“

885 Siehe auch unten zu Verallgemeinerungen im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts § 4 IV 2.

ren primär die Inklusion einer Person in andere Funktionssysteme (Kunst, Wissenschaft), weil sie individuell nicht auf das gespeicherte Wissen eines bestimmten Immaterialgüterguts zugreifen kann. Die erschwerte Wissens- teilung auf der Makroebene ist dann „nur“ Folge einer erschwerten Inklusi- on.

Was bedeutet das für diese Untersuchung des Vertrages? Folgt man bis- her der Idee einer Inklusionsfunktion des Vertrages kann die Ausübung der Vertragsfreiheit – insbesondere in Form der Abschlussfreiheit – Zugangs- beschränkungen zu sozialen Systemen aufstellen. Die Ablehnung eines An- trags bzw. die Kündigung eines bestehenden Vertrages führt dazu, dass die Inklusion in ein Funktionssystem durch den Vertrag zumindest erschwert wird. So wie das Recht durch die Zuteilung der Vertragsfreiheit in Form subjektiver Rechte solche Zugangsbarrieren aufrichtet, kann es jedoch auch Zugangsregeln schaffen, welche die Inklusion (wieder) ermöglichen.

Wielsch weist zudem speziell auf die Bedeutung des allgemeinen Gleich- heitssatzes im Rahmen seiner normativen Rechtsverfassung der Wissens- teilung hin: Die Aktivierung des Gleichheitssatzes ermögliche, nutzungsab- hängige Freiheiten zu gewährleisten.⁸⁸⁶ Er verweist dabei auf frühe privat- rechtswissenschaftliche Ansätze,⁸⁸⁷ die die Wirkung des Gleichheitssatzes im Privatrecht damit begründet haben, dass Privatrechtsakteure von ande- ren Privaten „irgendwie abhängen“ und es damit zu verschiedenen Formen der Angewiesenheit kommt. Auf die Bedeutung des Gleichheitssatzes als Zugangsregel wird auch in dieser Arbeit noch zurückzukommen sein.⁸⁸⁸

b. Inklusiv Immaterialgüterrechte

Während es *Wielsch* mit seiner rechtstheoretischen Re-Konstruktion des Verhältnisses von immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten und der gesellschaftlichen Wissensteilung primär um Zuordnungsfragen auf der gesellschaftlichen Makroebene geht, schlägt *Anna Rogler* ausdrück- lich die semantische Brücke zum Inklusionsbegriff. Aufbauend auf der Beobachtung, dass „[o]bwohl der Public Domain und dem Prinzip des offe- nen Zugangs seit den letzten Jahren vermehrt Aufmerksamkeit gewidmet

886 *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 282.

887 Ausdrücklich verweist *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 282 auf *L. Raiser*, in: ders., Die Aufgabe des Privatrechts, 1977 [1948], S. 1 (12 – 14).

888 Siehe unten § 9 IV, V 5.

wird, spielt das Zugangsinteresse der Allgemeinheit zu immateriellen Gütern im Vergleich zu dem Schutzrechtsinteresse der Eigentümer im Zusammenhang mit den politischen Vorgaben zur Informationsgesellschaft immer noch eine eher untergeordnete Rolle.⁸⁸⁹ Während Zugangs- und Nutzungsregeln von und zu immateriellen Gütern eine Art Fremdkörper im deutschen Privatrecht bilden,⁸⁹⁰ bilde das exklusive Recht, also andere von der Nutzung auszuschließen, das Herzstück des Immaterialgüterrechts.⁸⁹¹

Für Rogler ist das Immaterialgüterrecht mit der Exklusionsdimension nicht adäquat beschrieben. Insbesondere bei Gemeinschaftsgütern und gemeinfreien Gütern werde das immaterialgüterrechtliche Prinzip der Ausschließlichkeit ins Gegenteil umgekehrt (Inklusion statt Exklusion):⁸⁹² Gemeinfreie Güter und Gemeinschaftsgüter⁸⁹³ seien primär auf Zugang und gerade nicht auf den Ausschluss von Nutzern angelegt.⁸⁹⁴ Rogler schlägt daher im Kontext der Public-Domain-Forschung das „normativ-positive“ Konzept des „inklusive Rechts“ vor, um den freien Zugang zu gemeinfreien Ressourcen und Gemeinschaftsgütern abzusichern:⁸⁹⁵ „Inklusive Rechte sind symmetrisch bestehende, durchsetzbare, positive Zugangsregeln, die Nutzern uneingeschränkten Zugang und Nutzung von gemeinfreien Ressourcen zuerkennen, wodurch Inklusion systemspezifisch aufrechterhalten und auf diese Weise eine breitgefächerte Freiheit der Nutzer hervorgerufen wird.“⁸⁹⁶ Ihr Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, die Bedeutung von Inklusion neben klassischer Exklusion im Immaterialgüterrecht aufzuzeigen.⁸⁹⁷ Dazu greift sie u.a. auch auf rechtsphilosophische Re-Konstruktionen des Eigentumsbegriffs zurück und zeigt aufbauend auf *Hanoch Dagan* „*right to be included*“⁸⁹⁸ auf, dass dem Eigentumsbegriff auch regelmäßig eine inklusive Dimension zukommt.⁸⁹⁹

889 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 12 u.a. unter Verweis auf *Peukert*, *Die Gemeinfreiheit*, 2012, S. 1.

890 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 13; vgl. auch *Wielsch*, *Zugangsregeln*, 2008, S. 6.

891 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 13.

892 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 14.

893 Zum Unterschied *Peukert*, *Gemeinfreiheit*, 2012, S. 46 – 49.

894 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 14.

895 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 15.

896 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 99.

897 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 21.

898 *Dagan*, *Tel Aviv University Law Faculty Papers* 109 (2009), S. 13 – 19.

899 Rogler, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 89 – 95.

Zwar verwendet *Rogler* den Begriff der Inklusion. Ihr geht es mit dem Fokus auf Immaterialgüterrechte aber lediglich um inklusive Rechte als Nutzungsrechte (Nutzungsfreiheit) an gemeinfreien Gütern oder Gemeinschaftsgütern. Der Rahmen ihres Inklusionsbegriffs ist damit eng an bestimmte Erscheinungsformen von Immaterialgütern geknüpft. Dennoch zeigt auch ihre Untersuchung: Recht kann sowohl Inklusionsbarrieren errichten als auch Zugangsregeln schaffen. Auch wenn *Rogler* Inklusion nicht im hier verwendeten Sinne der Berücksichtigung von Personen durch die Funktionssysteme versteht, führen inklusive Immaterialgüterrechte – um an *Wielschs* Überlegungen anzuknüpfen – ebenfalls zu einer teilweisen bzw. leichteren Inklusion einzelner Personen in Funktionssysteme wie Wissenschaft oder Kunst. Inklusive Rechte an Immaterialgütern sichern die Wissensteilung in den Funktionssystemen dadurch ab, indem auch einzelne Personen auf bestimmte Immaterialgüter zugreifen können, und somit an weiteren sozialen Kommunikationsprozessen partizipieren können.

In ihrer Auseinandersetzung mit verschiedenen rechtsphilosophischen Ansätzen für inklusive Rechte geht es *Rogler* um die privatrechtliche Grundinstitution des Eigentums.⁹⁰⁰ Aber nicht nur die Institution des Eigentums weist im Kontext von Immaterialgüterrechten eine inklusive Dimension auf, sondern auch der Vertrag. Deutlich wird dies bei der Frage des inklusiven Zugangs zu Open Source Software⁹⁰¹. *Rogler* definiert dabei „copyleft“-Software als spezielle Form der Open Source Software, die bei der Lizenzierung eine sog. *copyleft*-Klausel enthält.⁹⁰² Bei der *copyleft*-Lizenz handelt es sich um einen Vertrag,⁹⁰³ der es den Nutzern ermöglicht, einen Quellcode in größere Programme zu integrieren oder zu modifizieren und weiterzuentwickeln. Diese Lizenz wird aber nur unter der Bedingung (*copyleft*-Klausel) gewährt, dass der Nutzer den modifizierten Quellcode unter den gleichen, freien Bedingungen wie die Ursprungssoftware vertreiben muss.⁹⁰⁴ Daher spricht *Rogler* der *copyleft*-Lizenz auch eine

900 Vgl. *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 100 – 158.

901 Zum Begriff und der (wirtschaftlichen) Bedeutung von Open Source Software *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2020, S. 1 – 19.

902 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 45 f.

903 So auch *Lehmann/Spindler*, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2021, § 82 Rn. 76; ausführliche Diskussion bei *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 220 – 226, den schlussendlich auch eine Qualifizierung als gegenseitiger Lizenzvertrag überzeugt; eingehend zu verschiedenen Vertragskonstellationen im Kontext Freier Software *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2020, S. 192 – 232.

904 *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, 2020, S. 47.

inklusive Dimension zu: Gerade durch den Lizenzvertrag bzw. dessen konkrete Gestaltung mit einer *copyleft*-Klausel, die die freie Verbreitung von Weiterentwicklungen und Bearbeitungen sichern soll, entstehen inklusive Nutzungsberechtigungen.⁹⁰⁵ Begreift man damit mit *Wielsch* und *Rogler* Immaterialgüterrechte als eine besondere Form der strukturellen Kopplung nicht nur zwischen einzelnen Funktionssystemen (Recht, Wirtschaft und insbesondere Kunst/Wissenschaft), sondern auch als strukturelle Kopplung zwischen Personen (psychische Systeme) und diesen Funktionssystemen, dann hat auch die Institution des Vertrages eine inklusive Dimension, wenn der Zugang zu Immaterialgüterrechten vertraglich geregelt und gewährleistet wird.

Wie bei *Wielsch* deutet sich auch bei *Rogler* die Bedeutung gleichheitsrechtlicher Institute für die dogmatische Absicherung inklusiver Rechte ab. Zwar geht es ihr ausdrücklich nicht darum, das Konzept inklusiver Rechte (als rechtstheoretischen Begriff) in konkrete dogmatische Zugangsrechte zu überführen.⁹⁰⁶ Übersetzt man in weiteren Arbeiten dieses Konzept jedoch in rechtsdogmatische Begriffe, werden wahrscheinlich gleichheitsrechtliche Institute eine zentrale Rolle spielen, da es bei inklusiven Rechten entscheidend auf einen symmetrischen, also gleichen, Zugang aller Nutzer zu einem inklusiven System ankomme.⁹⁰⁷

2. Inklusion und Nichtdiskriminierungsrecht

a. Soziale Inklusion als Ziel des Nichtdiskriminierungsrechts

Noch stärker als im Immaterialgüterrecht wird der Gedanke der sozialen Inklusion im Nichtdiskriminierungsrecht diskutiert. Relativ früh ist im Nichtdiskriminierungsrecht über sein Ziel gestritten worden.⁹⁰⁸ *Collins* arbeitete heraus, dass das Nichtdiskriminierungsrecht zwar eine starke, wenn nicht sogar dominante, gleichheitsrechtliche Komponente aufweist. Diese kann jedoch das Nichtdiskriminierungsrecht nicht vollständig erklären, da oftmals eine unterschiedliche Behandlung gefordert wird.⁹⁰⁹ Für ihn zeich-

905 *Rogler*, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 62.

906 *Deutlich Rogler*, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 159 f.

907 *Rogler*, *Inklusive Immaterialgüterrechte*, 2020, S. 96 f.

908 Einen Überblick gibt *Grünberger*, in: *WiR* (Hrsg.), *Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht*, S. 79 (87 – 120).

909 *Collins*, 66 *Mod. L. Rev.* 2003, 16 (16 f.).

net sich das Nichtdiskriminierungsrecht durch eine Spannung zwischen dem Prinzip der (formalen) Gleichbehandlung und „*substantiv conceptions of equality*“ aus, wobei er mit dem zweiten Begriff das Ziel meint, eine gleichere Verteilung der Wohlfahrt oder Ressourcen zwischen allen Bürger*innen zu erreichen.⁹¹⁰ Sein Erkenntnisinteresse ist darauf gerichtet, dieses schwierige Verhältnis zwischen beiden Konzepten aufzulösen, u.a. indem er versucht zu konkretisieren, welches materielle Gleichheitsverständnis dem Nichtdiskriminierungsrecht zugrunde liegt.

Für *Collins* lassen sich die Konstellationen, in denen der (formale) Gleichbehandlungsgrundsatz nicht angewendet wird, am ehesten mit Formen distributiver Gerechtigkeit erklären. Die relevante Frage ist dann aber, worauf diese Distribution gerichtet ist.⁹¹¹ Da ihn insbesondere Deutungen von „*equality of opportunity*“ nicht überzeugen, findet er in den legislativen Begründungen einen Anknüpfungspunkt: soziale Inklusion (neben ökonomischen Vorzügen).⁹¹² Diskriminierungen führen regelmäßig zu sozialer Exklusion – in welchen Formen auch immer.⁹¹³ Diese Exklusionen sollen mit Inklusion durch das Nichtdiskriminierungsrecht gemindert werden. Zwar stellt hier *Collins* vor allem auf ein politisches Verständnis von Inklusion⁹¹⁴ ab, doch dieses ist bei ihm so allgemein, dass es dem hier vertretenen differenzierungstheoretischen Verständnis nahekommt:

*„The category of the socially excluded is more precise than those suffering from economic poverty. The group of the socially excluded is defined rather as people who are effectively prevented from participating in the benefits of citizenship or membership of society owing to a combination of barriers, of which poverty is merely one. Other barriers include poor educational opportunities, membership of a disfavoured racial minority, an inaccessible location, responsibility for family dependants, or, more commonly a combination of such factors.“*⁹¹⁵

910 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (18).

911 Siehe zu diesem zentralen Problem bereits oben im Kontext der Vertragsfunktionen § 3 III 3.

912 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (21); *Grünberger*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (94 f.) identifiziert in der Rspr. des EuGH zutreffend die von *Collins* angeführten Aspekte sozialer Inklusion.

913 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (21).

914 Siehe dazu bereits oben § 4 III.

915 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (22).

Collins begreift soziale Inklusion als ein Ziel bzw. Prinzip von (distributiver) Gerechtigkeit,⁹¹⁶ das neben materiellen Aspekten auch immaterielle Elemente wie Möglichkeiten der Partizipation am sozialen Leben wie Bildung, Politik, kulturellen Aktivitäten oder Arbeit umfasst.⁹¹⁷ Interessant ist dabei, dass er diese Elemente eines „*well-being*“ zunächst objektivierend denkt, weil es ganz spezifische Aktivitäten wie Arbeit, Bildung oder Kultur identifiziert, die objektiv wichtiger seien als andere Aktivitäten; zugleich aber auch subjektiv, weil es einzelnen Personen freisteht, zwischen diesen Aktivitäten zu wählen und ihre Ziele in Bezug auf jede dieser Aktivitäten zu wählen.⁹¹⁸

Soziale Inklusion setzt voraus, dass soziale Institutionen reguliert werden.⁹¹⁹ Dies ist der Zusammenhang von sozialer Inklusion und dem Nichtdiskriminierungsrecht, da es – neben direkten bzw. unmittelbaren Diskriminierungen – auch strukturelle Diskriminierungen mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung adressiert. *Collins* versteht unter strukturellen Diskriminierungen Strukturen und Muster bestehend aus permanenten Arrangements, Praktiken, Institutionen und sozialen Strukturen, die eine bestimmte Gruppe von Personen unverhältnismäßig und dauerhaft in eine schlechtere soziale Position rücken.⁹²⁰ Das soziale Feld der Arbeit bildet dabei das Hauptgebiet des Nichtdiskriminierungsrechts, weil durch das Einkommen eine materielle Grundlage für soziale Inklusion auch in anderen Bereichen geschaffen werden kann. Dies erklärt jedoch noch nicht – so *Collins* –, warum dieses Ziel durch die Ermöglichung von Verträgen erreicht werden soll und nicht über Steuern oder Geldleistungen durch den Staat:

„*What is required in addition is an explanation why the distribution of the jobs themselves matters, not just the economic benefits flowing from them.*“⁹²¹ Und weiter: „*The problem of social exclusion is that some groups*

916 Ausdrücklich *Collins*, Mod. L. Rev. 2003, 16 (22); inhaltlich stimmt dem auch *Grünberger*, in: WiR (Hrsg.), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht, 2014, S. 79 (112 f.) mit der Konzeption des Nichtdiskriminierungsrechts als Kompatibilitätsnorm zu – er kritisiert jedoch die ausschließliche Begründung des Nichtdiskriminierungsrechts über Argumente distributiver Gerechtigkeit und sozialer Ordnung bzw. Stabilität.

917 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (23).

918 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (23 f.).

919 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (25).

920 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (26).

921 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (29).

in society are denied the opportunity to participate in the mechanisms offered by society through which they may establish meaning for their lives, the connections of a community, and a sense of self-respect. Work provides for most people one of the principal mechanisms for constructing meaning, community, and status. Redistributive welfare programmes, though important for the relief of economic hardship, cannot tackle except at the margins the problem of social exclusion. Social inclusion thus provides an argument for targeting access to employment as the primary concern of discrimination laws. It explains why access to jobs should be the principal target of discrimination laws.”⁹²²

Damit greift *Collins* Überlegungen auf, die auch differenzierungstheoretische Konzepte von Inklusion betonen: Sozialstaatliche Sicherungsinstrumente können nur Teilaspekte sozialer Exklusion auffangen. Da Inklusion jedoch teilsystemspezifisch erfolgt, kann soziale Inklusion zu spezifischen sozialen Systemen – im Kontext der Arbeit das Wirtschaftssystem, möglicherweise eine damit verbundene Leistungsrolle in einem anderen Funktionssystem sowie auf der Mesoebene die Mitgliedschaft in der Organisation eines Unternehmens – auch nur spezifisch in Bezug auf dieses System mit den systemeigenen Zugangsinstrumenten erfolgen. Wenn in der modernen Gesellschaft Arbeit und Beruf vor allem Erwerbsarbeit – insbesondere als Arbeitnehmer*in – heißt, dann bedeutet der Zugang zur Arbeit aber auch gleichzeitig den Zugang zu einem Arbeitsvertrag. Nach *Collins* erlaubt der Topos der sozialen Inklusion eine Rechtfertigung für die rechtliche Regelung bestimmter Bereiche und der Typen der Benachteiligungen.⁹²³ Ein differenzierungstheoretisches Verständnis erlaubt daran anknüpfend eine noch präzisere Beschreibung der Bereiche (soziale Systeme) sowie der Typen der Benachteiligung (strukturelle, systemische Zugangs- bzw. Inklusionsbarrieren).

b. Soziale Inklusion durch Zugang zum Vertrag

Den Gedanken sozialer Inklusion – mit einem Fokus auf Verträgen – greift *Lauber* auf. Dabei stellt sie – ähnlich wie *Collins* – primär Gerechtigkeitsüberlegungen an, die jedoch bei näherer Betrachtung implizit auf differen-

922 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (29).

923 *Collins*, 66 Mod. L. Rev. 2003, 16 (30).

zierungstheoretische Aspekte sozialer Inklusion aufbauen. Ziel ihrer Untersuchung ist die Legitimation von Diskriminierungsverboten im Privatrecht. Da sich private Diskriminierungsverbote im Vertragsrecht befinden, greift sie auf verschiedene Konzeptionen von Gerechtigkeit im Vertragsrecht zurück, aus denen sich Diskriminierungsverbote ableiten lassen.⁹²⁴ Dabei entwickelt sie den Begriff der „Vertragszugangsgerechtigkeit“. Ausgangspunkte sind dabei prozedurale Sichtweisen auf den Vertrag, die – wie z.B. *Schmidt-Rimpler* – den Vertragsmechanismus selbst als Erzeugung von Gerechtigkeit ansehen.⁹²⁵ Durch Aushandeln wird ein (formal) gerechtes Ergebnis erzielt.

An dieser Stelle wendet sie überzeugend ein, dass diese Gerechtigkeitskonzeptionen an ihre Grenzen gelangen, wenn eine Person erst gar nicht in eine Position kommt, einen Vertrag auszuhandeln, da hier der Prozess, der für Richtigkeit, Fairness und Gerechtigkeit sorgen soll, überhaupt nicht in Gang gesetzt wird. Dies adressiere das Nichtdiskriminierungsrecht: Das Nichtdiskriminierungsrecht gewähre Zugang zum Vertragsmechanismus; sie spricht dann von der Vertragszugangsgerechtigkeit aus der Perspektive der potentiellen Vertragspartei.⁹²⁶ Mit dem Begriff der Vertragszugangsgerechtigkeit reagiert sie auf Schwachstellen der Konzepte formaler und materieller Vertragsfreiheit. Die klassische Idee der formalen Vertragsfreiheit stellt auf die formale Gleichheit der Vertragsparteien ab und sei damit auf eine bipolare Situation zugeschnitten: „Sie ignoriert die Ungleichheit zwischen mehreren potentiellen Vertragspartnern, weil sie nur auf die prozedurale Gerechtigkeit einer bipolaren Beziehung zugeschnitten ist.“⁹²⁷ Aber auch „moderne Interpretationen der Vertragsgerechtigkeit“⁹²⁸ – gemeint ist materiale Vertragsfreiheit im Sinne tatsächlicher Selbstbestimmung – können die Situation einer Diskriminierung bereits bei Vertragsschluss nicht adäquat abbilden, da sie sich auf die Probleme eines bereits bestehenden Vertrages konzentrieren.

Mit Argumenten der Vertragsgerechtigkeit sowie der Materialisierung des Vertragsrechts weist *Lauber* somit darauf hin, dass das Kernproblem privatrechtlicher Diskriminierungsverbote innerhalb der Vertragsabschlussfreiheit zu verorten ist. Es geht also darum, mit Hilfe des Nichtdis-

924 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 105 – 147.

925 Siehe dazu auch oben § 3 III 2.

926 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 118.

927 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 119.

928 *Lauber*, Paritätische Vertragsfreiheit, 2010, S. 119.

kriminierungsrechts, Zugang zu Verträgen zu erhalten. Dies konstruiert *Lauber* als Forderung der (Vertragszugangs-)Gerechtigkeit.

c. Nichtdiskriminierungsrecht und politische Inklusion

Der Inklusionsgedanke taucht zentral in der Monographie von *Mangold* „Demokratische Inklusion durch Recht“ auf. Ziel ihrer Untersuchung ist eine verfassungstheoretische Rekonstruktion privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes. Im Fokus steht dabei die Legitimation des Nichtdiskriminierungsrechts, wobei mit Legitimation der Schutzzweck von diskriminierungsrechtlichen Regelungen gemeint ist.⁹²⁹

Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist die Diskurstheorie (allgemein) und die deliberative Demokratietheorie (im Besonderen) von *Habermas*.⁹³⁰ Danach wird das politische System⁹³¹ grundsätzlich von anderen sozialen Systemen getrennt; allerdings haben die Inklusions- und Interaktionsordnungen der übrigen sozialen Systeme unmittelbare Auswirkung auf das politische, demokratische System: „Wie sich Bürger*innen in der gesellschaftlichen Sphäre behandeln, ist unmittelbar relevant für die deliberativen demokratischen Interaktionen. Aus den öffentlichen Deliberationen in der Gesellschaft speisen sich über verschiedene Kanäle die politischen Entscheidungen in den institutionalisierten demokratischen Verfahren („Schleusenmodell der Demokratie“). Die gesellschaftliche Begegnung der Bürger*innen formt die Öffentlichkeit, in der demokratische Deliberationen stattfinden.“⁹³²

Das privatrechtliche Nichtdiskriminierungsrecht hat für *Mangold* die Funktion, „für bestimmte besonders relevante Bereiche im Privatrecht der rechtlichen Umgestaltung von tatsächlich exkludierenden gesellschaftlichen Verhältnissen hin zum Ideal demokratischer Gleichheit“ zu verhelfen.⁹³³ Zentrale These ist, dass das „Antidiskriminierungsrecht die Voraussetzungen von öffentlicher Deliberation in der Demokratie absichert, indem es die Möglichkeit gleichrangiger demokratischer Begegnung von Bürger*in-

929 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 3.

930 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 27 – 32, 41, 376 – 397.

931 Für eine kohärente Terminologie werden die diskurstheoretischen Überlegungen hier in eine differenzierungstheoretische Terminologie überführt.

932 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 40.

933 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 42.

nen auf Augenhöhe schafft.⁹³⁴ Indem intentionalen und strukturellen Exklusionen in den übrigen gesellschaftlichen Teilbereichen entgegengetreten wird, ermögliche das Antidiskriminierungsrecht die Chance auf gleichberechtigte Teilnahme am öffentlichen Diskurs – und somit die Inklusion in das politische System (Ermöglichungsfunktion).⁹³⁵

Auch an Private gerichtetes Antidiskriminierungsrecht sei Ermöglichungsbedingung für die demokratische Begegnung von Gleichen und Freien, wobei ein Wechselverhältnis von demokratischem Staat und privater Gesellschaft mitgedacht wird.⁹³⁶ „Die ‚private‘ Diskriminierung einer Person hat Auswirkungen auf ihre ‚öffentliche‘ Position. [...] Wenn privat die gleichrangige, diskriminierungsfreie Behandlung verweigert wird, wenn also privat Diskriminierung geschieht, so hat dies Auswirkungen auf die öffentliche Autonomie der Betroffenen wie aller anderen Mitglieder dieser Gesellschaft.“⁹³⁷

Mangold rekonstruiert im Wesentlichen das Nichtdiskriminierungsrecht als Inklusionsinstrument. Dabei beschränkt sie sich jedoch auf das politische System, welches vom demokratisch verfassten Staat aus gedacht wird. Im Zentrum von *Mangolds* Ausführungen stehen damit Überlegungen zur Inklusion in das politische System. Diese Inklusion wird jedoch mit der Inklusion in andere gesellschaftliche Teilsysteme verknüpft, weil der deliberativen Diskurstheorie *Habermas* gefolgt wird: Eine öffentliche demokratische Deliberation (Inklusion in das politische System) sei dann möglich (bzw. besser möglich), wenn Personen in anderen Systemen inkludiert sind. *Mangold* geht es in ihren Überlegungen also ausschließlich um die Inklusion in das (demokratische) System Politik. Dabei setzt sie jedoch Inklusion in andere soziale gesellschaftliche Funktionssysteme voraus;⁹³⁸ diese werden vom privatrechtlichen Nichtdiskriminierungsrecht erfasst. Somit ermöglicht ein spezielles Rechtsgebiet – das Nichtdiskriminierungsrecht – nicht nur (demokratische) Inklusion in das politische System, sondern vorgelagert auch in andere gesellschaftliche Teilbereiche.

934 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 397 f.

935 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 397 – 403.

936 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 405 – 417.

937 *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 415.

938 Dies wird teilweise dadurch verdeckt, dass *Mangold* die anderen gesellschaftlichen Funktionssysteme auf ein marktwirtschaftliches Aufeinandertreffen der Privatrechtsakteur*innen reduziert.

d. Grenzen des Nichtdiskriminierungsrechts

Damit könnte auf den ersten Blick diese Untersuchung bereits an ihrem Ende sein. Das Nichtdiskriminierungsrecht reagiert auf soziale Exklusionsphänomene in der Umwelt des Rechts und kann so für soziale Inklusion sorgen. „Das Nichtdiskriminierungsrecht sichert den gleichen Zugang zu allen Funktionssystemen der Gesellschaft.“⁹³⁹ Dies wird auch aus differenzierungstheoretischer Reflexionsperspektive bestätigt: Diskriminierungen können als spezifische Marker beschrieben werden, nach denen Inklusion und Exklusion in den jeweiligen Funktionssystemen der Gesellschaft geregelt werden.⁹⁴⁰ Eigentlich dürfte es solche diskriminierenden Inklusionsregeln auf der gesellschaftlichen Makroebene nicht geben, weil alle Funktionssysteme auf eine möglichst breite Inklusion aller psychischer Systeme – also Menschen⁹⁴¹ – ausgelegt sind. Inklusion findet in Idealform nur nach der durch die binäre Kodierung und das spezifische Kommunikationsmedium relevante Rationalität statt: Wer Geld hat, wird in das Wirtschaftssystem inkludiert. Wer zur Wahrheitsuche beiträgt, wird in das Wissenschaftssystem inkludiert. Wer die entsprechenden Leistungen zeigt, hat keine Probleme über den Arbeitsmarkt in das Wirtschaftssystem (Lohn) und in spezifische Leistungsrollen (beispielsweise als Erzieher in das Bildungssystem oder als Managerin in Organisationssystemen) inkludiert zu werden. Dennoch finden sich insbesondere auf der Mesoebene Strukturen, die Exklusionsstrukturen errichten, die quer zu diesen Inklusions- / und Exklusionsregeln liegen. Das Nichtdiskriminierungsrecht greift dies u.a. über die Dogmatik zur mittelbaren Diskriminierung⁹⁴² auf, mit deren Hilfe primär strukturelle Diskriminierungen⁹⁴³ abgebaut werden können. Das Nichtdiskriminierungsrecht reagiert damit sowohl rechtlich als auch politisch auf Irritationen in den einzelnen Funktionssystemen, die durch das Aufeinandertreffen von idealtypischen Inklusionserwartungen in der funktional differenzierten Gesellschaft und real existierenden Exklusionsstrukturen ausgelöst werden. Diese Beschreibung des Nichtdiskrimi-

939 Grünberger, NJW 2021, 2517 (2517).

940 Vgl. Scherr, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 35 (42 f.).

941 Vgl. Wielsch, Zugangsregeln, 2008, S. 34 f. Fn. 90 zu der hier nicht notwendigen analytischen Unterscheidung von Mensch, Bewusstsein und psychischem System.

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

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

nierungsrechts kann auch dogmatisch verarbeitet werden, um so seine Funktion(en) zu effektivieren.⁹⁴⁴

Allerdings zeigen sowohl der Inklusionstopos im Immaterialgüterrecht als auch die hier präsentierten Fälle der Gesellschaft – allen voran der Stadionverbotsfall –, dass es über die durch das Nichtdiskriminierungsrecht adressierten Exklusionsphänomene hinaus Fälle gibt, in denen gesellschaftliche Exklusionsstrukturen auf normative Erwartungen der Inklusion treffen. Im Immaterialgüterrecht ist es der Grundsatzkonflikt zwischen (wirtschaftlicher) Verwertbarkeit, die weitgehende Exklusivität verlangt, und der Verfügbarkeit von in Immaterialgütern gespeichertem gesellschaftlichen Wissen für unterschiedliche soziale Systeme, welche einen offenen Zugang in Form von z.B. Urheberrechtsschranken⁹⁴⁵ oder Gemeingebrauch nahelegen. Die Begriffe des Immaterialgüterrechts sind aber – so banal dies klingen mag – auf Immaterialgüter beschränkt. Der Stadionverbotsfall hingegen offenbart, dass das Recht oft nicht über die notwendigen dogmatischen Strukturen und Operationen verfügt, um alle sozialen Exklusionen rechtsintern verarbeiten zu können. Um dies klarzustellen: Dabei geht es nicht darum, dass diese sozialen Exklusionen durch das Recht zwingend unterbunden werden müssen und so das Recht zu sozialer Inklusion verhelfen muss. Es geht darum, dass das Recht über Strukturen und Operationen, Modelle und Begriffe verfügt, mit deren Hilfe der soziale Konflikt überhaupt erst im Recht abbildbar gemacht werden kann, um dann in einem weiteren Schritt die Frage der Legalität oder Illegalität von sozialer Exklusion rechtsintern zu beantworten.

Nicht nur das Immaterialgüterrecht, sondern auch das Nichtdiskriminierungsrecht⁹⁴⁶ unterliegt starken Limitierungen. Dies fängt bereits bei der Zielbestimmung⁹⁴⁷ des § 1 AGG an, wonach „nur“ Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen

944 So der Ansatz von *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020.

945 Zu den Funktionen der Schranken *Wandtke*, in: ders./Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht*, 2022, Einleitung Rn. 17 f.

946 Im Weiteren soll das Nichtdiskriminierungsrecht analytisch auf seine deutschen Ausprägungen, insbesondere das AGG und Art. 3 Abs. 3 GG, reduziert werden. Zu genuin unionsrechtlichen Ansätzen siehe beispielsweise *Mörsdorf*, *Ungleichbehandlung als Norm*, 2018; *Grünberger/Reinelt*, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020.

947 *Baumgärtner*, in: *BeckOGK-AGG*, § 1 Rn. 1, 12.

Identität zu verhindern oder zu beseitigen sind. Auch Art. 3 Abs. 3 GG ist auf Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat bzw. Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung sowie einer Behinderung beschränkt. Diskriminierungsverbote knüpfen damit an Kriterien an, die besonders eng mit der Persönlichkeit von Individuen verbunden sind.⁹⁴⁸ Diese Merkmale werden als gesellschaftliche Exklusionsmarker verwendet und bestimmten Personen zugeschrieben, wodurch gesellschaftliche Gruppen (Männer und Frauen; Weiße und People-of-Color) gebildet werden. Dadurch können Statushierarchien („wir“ gegen „die anderen“) entstehen, welche durch Diskriminierungsverbote aufgebrochen werden sollen.⁹⁴⁹ Das geltende Nichtdiskriminierungsrecht folgt damit einem selektiven Ansatz, der vor dem Grundsatzproblem der Festlegung der vom ihm erfassten Anknüpfungskriterien steht.⁹⁵⁰ Die Auswahl der derzeit festgelegten Kriterien lässt sich auf eine politische Wertentscheidung zurückführen.⁹⁵¹ Diese Auswahl ist abschließend, was bedeutet, dass das geltende spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nicht in analoger Anwendung dazu genutzt werden darf, auch auf andere Diskriminierungsgründe hin ausgeweitet zu werden.⁹⁵² Auch moderne Ansätze, die das geltende Nichtdiskriminierungsrecht hin zu einem postkategorialen Nichtdiskriminierungsrecht⁹⁵³ weiterentwickeln wollen, können den selektiven Ansatz nicht gänzlich aufbrechen. Primäres Anliegen des postkategorialen Nichtdiskriminierungsrechts ist das Aufbrechen fester Kategorien, denen sich eine Person – wenn sie den Schutz des Nichtdiskriminierungsrechts genießen möchte – zuschreiben muss, was soziale Kosten verursacht.⁹⁵⁴ Es geht nicht unbedingt darum, die sozialen Ursprünge von Diskriminierungen über die stark an der Persön-

948 Zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen des individualschützenden Nichtdiskriminierungsrechts *Schnabel*, Diskriminierungsschutz ohne Grenzen?, 2014, S. 45 – 58.

949 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 530 – 534; dies übernehmend *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 12.

950 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 529; *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 58.

951 *Däubler*, in: HK-AGG, § 1 Rn. 7; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 1 Rn. 6 f.; vgl. auch *Bielefeldt*, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung, 2010, S. 21 (26 – 29); *Baer/Markard*, in: vMKS, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 387 f.

952 *Baumgärtner*, in: BeckOGK-AGG, § 1 Rn. 58; EuGH, Urt. v. 11.07.2006, C-13/05 – *Chacón Navas*; BGH, NZG 2012, 718 Rn. 9; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, AGG, § 1 Rn. 59; *Däubler*, in: HK-AGG, § 1 Rn. 6.

953 Instruktiv dazu *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 204.

954 Vgl. dazu *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 204 (204 f., 208).

lichkeit ausgerichteten Ungleichbehandlungen auf andere Konstellationen auszudehnen. Damit sind Funktion und Struktur des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts auf spezifische Kriterien und damit nur auf spezifische Exklusionsregeln in der Gesellschaft beschränkt.

Darüber hinaus ist das positive Nichtdiskriminierungsrecht in einer weiteren Hinsicht über den sachlichen Anwendungsbereich strukturell beschränkt. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG werden Benachteiligungen primär in beschäftigungsrechtlichen Kontexten adressiert. Damit werden Exklusionsregeln aufgebrochen, die hinsichtlich Leistungsrollen in allen Funktionsbereichen der Gesellschaft gelten. Doch das Nichtdiskriminierungsrecht geht mit einem allgemeinen zivilrechtlichen Benachteiligungsgebot darüber hinaus, §§ 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8, 19 Abs. 1 AGG. Dabei handelt es sich um einen kombinierten Anwendungsbereich, weil § 19 Abs. 1 AGG die Sachbereiche von § 2 Abs. 1 Nr. 5 – 8 AGG durch zusätzliche Anforderungen einschränkt.⁹⁵⁵ Differenzierungstheoretisch übersetzt, werden damit Exklusionsregeln thematisiert, die insbesondere Publikumsrollenträger*innen adressieren: Unter den Sozialschutz (Nr. 5) fallen u.a. Dienstverträge zwischen Kassenpatienten und Vertragsärzten bzw. mit Krankenhäusern,⁹⁵⁶ also die Inklusion in das Gesundheitssystem als Patient*in. Eine weitere strukturelle Kopplung besteht zum Bildungssystem (Nr. 7), solange die Inklusion der Publikumsrolle privatrechtlich organisiert ist. Darüber hinaus werden Inklusionen in das Wirtschaftssystem als Konsument*in ermöglicht (Nr. 8). Die allgemein gehaltene Formulierung „Zugang zu und die Versorgung mit Gütern oder Dienstleistungen“ ermöglicht jedoch auch Inklusion in ganz andere soziale Funktionssysteme, bei denen der Zugang – meist vertraglich – entgeltlich geregelt ist: Praktisch relevant wurde insbesondere der Zugang zu Konzerten (Inklusion in das Kunstsystem)⁹⁵⁷ oder zu Fitnessstudios (Inklusion in das Sportsystem).⁹⁵⁸ Während damit § 2 AGG sachliche viele, wenn nicht sogar alle Funktionssysteme der Gesellschaft erfasst, ist das in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG genannte einschränkende Merkmal des Massengeschäfts – und hier insbesondere der Aspekt „ohne Ansehen der Person“ – besonders problematisch.⁹⁵⁹ Hier können Tendenzen in der

955 Baumgärtner, in: BeckOGK-AGG, § 2 Rn. 51; Mörsdorf, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 28; so auch LG Köln, NJW 2016, 510 (510 f.).

956 Baumgärtner, in: BeckOGK-AGG, § 2 Rn. 57.

957 Exemplarisch BGH, Urt. v. 05.05.2021, VII ZR 78/20.

958 Weitere Nachweise dazu bei Mörsdorf, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 31 – 36.

959 Zum Begriff Mörsdorf, in: BeckOGK-AGG, § 19 Rn. 31 – 36; Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 606 – 614.

Rechtsprechung identifiziert werden, die – zumindest als unbeabsichtigte Nebenfolge – den Anwendungsbereich des AGG zurückdrängen und damit bestimmte Diskriminierungen nicht mehr im Recht verhandelbar machen.⁹⁶⁰ Damit wird das Potential des Nichtdiskriminierungsrecht – zumindest bei Anknüpfung an eines der geschützten Kriterien –, Inklusion in der modernen Gesellschaft sicherzustellen, deutlich abgeschwächt.

Somit kann zwar das Nichtdiskriminierungsrecht einige Exklusionsphänomene in der Gesellschaft rechtlich abbilden. Es ist jedoch durch eine stark begrenzte Auswahl an Kriterien beschränkt, an denen eine Exklusionspraxis anknüpfen kann. Zudem wird der Anwendungsbereich durch den problematischen Begriff der Massengeschäfte und seine noch problematischere Interpretation durch die Rechtsprechung beschränkt. Diese Limitierungen in der Funktion und Struktur des geltenden Nichtdiskriminierungsrechts verdeutlichen die Notwendigkeit der rechtlichen Abbildbarkeit sozialer Exklusionsphänomene. Zumindest für solche Inklusions- und Exklusionsverhältnisse, die primär die Form eines Vertrages annehmen, kann auf rechtstheoretischer und rechtssoziologischer Ebene die hier vorgestellte Inklusionsfunktion des Vertrages eine Möglichkeit der Verarbeitung bieten. Zudem wird die Bedeutung und Relevanz des rechtstheoretischen Konzeptes der Zugangsregeln akzentuiert.⁹⁶¹ Das Konzept der Zugangsregeln erlaubt es uns, unterschiedliche dogmatische Institute daraufhin zu befragen, inwieweit sie den Zugang – oder präziser im Kontext von Personen: die Inklusion – rechtlich regeln können und somit die soziale Exklusion stabilisieren (legal) oder die sozial gesetzte Exklusionsregeln aufbrechen (illegal) und sie ganz oder teilweise durch eine rechtliche Inklusionsregel⁹⁶² überlagern. So verstanden, baut das Konzept der Zugangsregeln im vertraglichen Kontext auf der Inklusionsfunktion des Vertrages auf.

960 BGH, Urt. v. 05.05.2021, VII ZR 78/20, Rn. 14 – 16; dazu zurecht kritisch *Grünberger*, NJW 2021, 2514 (2517).

961 Es überrascht daher auch nicht, dass *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 894 – 899 im Kontext des Nichtdiskriminierungsrechts das Konzept der Zugangsregel generalisiert und respezifiziert.

962 Mit einer rechtlichen Inklusionsregel ist hier gemeint, dass das Rechtssystem durch eine rechtliche Regelung der Inklusionsfrage in andere soziale Systeme (z.B. im Stadionverbotsfall das Sportssystem) hineinwirkt und die dort ursprünglich aufgestellten Exklusionsregeln überlagert. Nicht gemeint sind damit rechtliche Strukturen und Operationen, die die Inklusion in das Rechtssystem – also insbesondere den Zugang zum Recht – regeln. Siehe zu diesem Thema die Beiträge in Huggins et al. (Hrsg.), *Zugang zu Recht*, 2021.

V. Die Inklusionsfunktion als (eine) soziale Funktion in der modernen Gesellschaft

Zentraler Gedanke des Nichtdiskriminierungsrechts ist also die Inklusion in verschiedene gesellschaftliche Teilbereiche. Diese Inklusion soll primär durch Vertragsermöglichung erreicht werden. Dabei wird impliziert, dass Verträge diese gewünschte soziale Inklusion auch ermöglichen. In der Auseinandersetzung der Inklusionsansätze im Nichtdiskriminierungsrecht und im Immaterialgüterrecht konnte damit der Gedanke einer Inklusionsfunktion des Vertrages plausibilisiert werden. Damit sind zugleich partielle Konkretisierungen oder Verallgemeinerungen verschiedener rechtstheoretischer Forschungsstränge möglich: Hat ein Vertrag eine Inklusionsfunktion, ist ein Vertragspräzendent auf diesen Vertrag – zumindest teilweise – „angewiesen“,⁹⁶³ um in ein Funktionssystem inkludiert werden zu können. In der modernen Gesellschaft können daher solche Verträge mit Inklusionsfunktion als „*crucial*“ angesehen werden. Damit kann gleichzeitig die soziale Funktion des Vertrages von *Ludwig Raiser* präzisiert werden: Eine wesentliche soziale Funktion des Vertrages in der modernen, sozial differenzierten Gesellschaft ist die Funktion, Personen in soziale (Funktions-)Systeme der Gesellschaft zu inkludieren.

Der rechtstheoretische Begriff der Zugangsregeln ermöglicht aufbauend auf dieser Inklusionsfunktion eine rechtliche Auseinandersetzung mit den Wechselwirkungen von sozialer Inklusion und rechtlichen Regelungen. Das Recht hat dabei die Möglichkeit, eine soziale Inklusionsregel zu überprüfen und responsiv mit einem Zugangsrecht zu reagieren. Dies setzt jedoch eine vorherige Analyse des sozialen Konfliktes voraus. Die Inklusionsfunktion des Vertrages ermöglicht hier einen rechtstheoretischen Anknüpfungspunkt auf drei Ebenen und eine erste Analyse des Stadionverbotsfalls:

1. Inklusionsfunktion als generalisiertes Konzept

Auf der höchsten Abstraktionsebene kann die Inklusionsfunktion des Vertrages als generalisiertes, rechtstheoretisches Konzept konstruiert werden. Angeknüpft wird hier an die generellen Überlegungen *Teubners* und *Wielisch*, dass die Institution des Vertrages in der modernen Gesellschaft mul-

963 Siehe zum Topos der Angewiesenheit im Kontext des Kontrahierungszwangs unten § 8 II 4.

multiple Systemreferenzen aufweist.⁹⁶⁴ Die Institution Vertrag ist damit auf der Makroebene gleichzeitig immer mit dem Funktionssystem Recht, regelmäßig mit dem Funktionssystem der Wirtschaft und häufig mit anderen sozialen Systemen strukturell gekoppelt.

Diese strukturellen Kopplungen können aus der Sicht einer Privatrechtsakteur*in (psychisches System) als Inklusionszusammenhang aufgelöst werden: Mit einem Vertrag werden die beiden Vertragsparteien in das Rechtssystem, in das Wirtschaftssystem und in andere soziale Systeme inkludiert. Diesen Umstand drückt die Inklusionsfunktion des Vertrages aus. Damit kann einem rechtstheoretischen Einwand gegen die Systemtheorie im Recht entgegengetreten werden, dass sie mit dem Recht deshalb nicht kompatibel sei, weil ihr Erkenntnisinteresse der Makroebene verhaftet bleibt und konkrete Personen ignoriere.⁹⁶⁵ Dieser Einwand kann zwar bereits dadurch entkräftet werden, dass sich aufgrund der Eigenrationalität des Recht eine bloße Übernahme differenzierungs- oder systemtheoretischer Ansätze verbietet.⁹⁶⁶ Der Einwand hat jedoch auch eine erkenntnistheoretische Komponente: Beschränkt sich die Rechtswissenschaft auf die bloße Rezeption soziologischer Einsichten auf der Makroebene, so besteht die Gefahr, dass die Systemtheorie zu einem bloßen rhetorischen Instrument verkommt und ihre analytischen Vorteile für das Recht verloren gehen. Die Inklusionsfunktion des Vertrages erinnert die Rechtswissenschaft bereits auf rechtstheoretischer Ebene daran, dass an einem Vertrag immer noch konkrete Personen – Menschen – beteiligt sind und immer Wechselwirkungen zwischen den multiplen Systemreferenzen und diesen Menschen bestehen.

2. Inklusionsfunktion als re-spezifiziertes Analyseraster

Damit deckt die Inklusionsfunktion zunächst nur die einzelnen Systemreferenzen auf der Makro-Ebene auf. Dies ist bereits ein erheblicher, erster Analyseschritt: Nach dem Grundsatz der Transversalität muss eine Untersuchung soziologischer Jurisprudenz alle (!) Sozialtheorien nach Rekonstruktionen des sozialen Konfliktes befragen.⁹⁶⁷ Die Inklusionsfunktion

964 Siehe dazu oben § 2 V.

965 Besonders prägnant *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 53 – 58.

966 Vgl. dazu oben § 1 III.

967 Siehe dazu oben § 1 III 2, 3 b.

eröffnet hier bereits den Blick auf die großen gesellschaftlichen Systemreferenzen.

Für die konkrete Analyse eines sozialen Konfliktes auf der Ebene der Rechtstheorie muss die Inklusionsfunktion jedoch re-spezifiziert werden; re-spezifiziert auf die konkreten, im jeweiligen sozialen Konflikt betroffenen Funktionssysteme sowie auf ihre jeweiligen Strukturen auf der Meso- und Mikroebene. Ist auf der Makroebene zunächst festgehalten worden, dass zwei oder mehr soziale Funktionssysteme mit dem Vertrag strukturell gekoppelt sind, kann durch diesen zweiten Schritt konkreter gefragt werden: Welche Organisationen mit Relevanz für den Vertrag sind in den jeweiligen Systemen vorhanden? Wie sind die sozialen Rollen in den jeweiligen Systemen verteilt? Welche Strukturen oder Institutionen nehmen Einfluss auf die soziale Stellung von Individuen oder Organisationen? Wie sind die Machtpositionen zueinander ausgestaltet? Welchen Einfluss nehmen alle diese Fragen auf die etablierten Inklusions- und Exklusionsstrukturen? Hier scheint die „junge“ Vertragstheorie *Teubners*⁹⁶⁸ hervor: Die strukturellen Kopplungen mit verschiedenen Funktionssystemen der Gesellschaft können immer nur ein erster Anknüpfungspunkt sein. Soziale Probleme können sich jedoch auch „in“ einem Funktionssystemkontext auf der Interaktions- oder Institutionsebene abspielen.

Diese Re-Spezifizierung ist unerlässlich für soziale Konflikte, die hier als Intra-Systemkonflikte bezeichnet werden. Hier reicht der bloße Verweis, dass es sich um einen Konflikt handelt, der sich z.B. primär im Sportsystem abspielt, nicht aus. Damit ist kein analytischer Mehrwert gewonnen, der dann von der Rechtsdogmatik produktiv verarbeitet werden könnte. Doch bei genauerem Hinsehen wird diese Re-Spezifizierung auch für Inter-Systemkonflikte relevant. Denn auch Intersystemkonflikte weisen immer eine Meso- und Mikroebene auf, die für die Konfliktanalyse relevant sein können. Bei der Dichotomie zwischen Inter- und Intrasystemkonflikten handelt es sich demnach um Akzentverschiebungen: Während bei Inter-Systemkonflikten die strukturellen Kopplungen auf der Makroebene von größerer Bedeutung sind, sind es die Meso- und Mikroebene, die bei Intra-Systemkonflikten präziser betrachtet werden sollte. Paradigmatisch für diesen Zusammenhang steht *Teubners* Analyse der Bürgerschaftsfälle:⁹⁶⁹ In einem ersten Analyseschritt erblickt er den Schwerpunkt des sozialen Konfliktes auf der Makroebene in einem Inter-Systemkonflikt, der durch

968 Vgl. dazu oben § 2 V 2.

969 Vgl. dazu auch oben § 3 II c.

eine strukturelle Korruption des sozialen Systems Familie durch das Wirtschaftssystem gekennzeichnet ist. Zutreffend spielt sich dieser Konflikt aber nicht „abstrakt“ von Menschen oder Organisationen ausschließlich auf der gesellschaftlichen Makroebene ab. Vielmehr wirkt sich der Inter-Systemkonflikt konkret auf das Interaktionssystem „Vertragsschlusssituation“ der Bürgin mit dem Bankangestellten bei Anwesenheit der Eltern der Bürgin aus.

Auf dieser zweiten Ebene werden auch die Parallelen und Unterschiede zu den im vorherigen Kapitel untersuchten Vertragsfunktionen deutlich. Der Begriff der Inklusion und die darauf bezogene Analyse der Strukturen eines Funktionssystems ist deutlich präziser als der Topos der Selbstbestimmung. Inklusion kann als ein wesentlicher Aspekt von Selbstbestimmung in der modernen, funktional differenzierten Gesellschaft angesehen werden. Inklusion wird dabei gesellschaftlich teilsystemspezifisch nach eigenrational gesetzten Inklusions- und Exklusionsregeln verteilt. Inklusion kann damit als eines der Güter verstanden werden, auf die sich Gerechtigkeitsüberlegungen der *iustitia distributiva* beziehen können. Da sich die Inklusion in Form des Vertrages selten in einem einmaligen Vertragsschluss erschöpft (so aber regelmäßig im Wirtschaftssystem), sondern insbesondere Dauer-schuldverhältnisse die Inklusion und Exklusion im Zeitablauf regeln, bestehen Bezüge zur Kooperations- und Ordnungsfunktion des Vertrages. Der Vertrag erlaubt nicht nur wirtschaftliche Kooperation, sondern ermöglicht im Besonderen die Ordnung der Inklusions- und Exklusionsvoraussetzungen in sozialen Systemen.

3. Inklusionsfunktion als typologisch-deskriptiver Begriff

Auf einer dritten Ebene, die auf dem niedrigsten Abstraktionsgrad eingeordnet werden kann, beschreibt die Inklusionsfunktion des Vertrages Situationen, in denen es um geographischen bzw. physischen Zugang zu Orten geht. Der Begriff „Inklusion“ ist auf dieser Ebene gleichbedeutend mit „Zugang“. Er weist dann nur einen geringen analytischen Mehrwert gegenüber der vorherigen Ebene auf, weil auch Orte und der Zugang dazu auf der Meso- und Mikroebene in den jeweiligen Systemen beschrieben werden können. Diese dritte Ebene wird jedoch deshalb gesondert hervorgehoben, weil die Fälle der Gesellschaft gezeigt haben, dass in jüngerer Zeit das Inklusionsproblem primär als (physisches) Zugangsproblem vom Rechtsdiskurs verarbeitet worden ist. Diese dritte Ebene verdeutlicht, dass

es dabei jedoch nicht primär um den physischen Zugang, z.B. zu einem Fußballstadion, geht, sondern um die damit verbundene soziale Inklusion.

Diese dritte Ebene der Inklusionsfunktion des Vertrages ist noch aus einem weiteren Grund von Bedeutung. Mit der Inklusionsfunktion als typologisch-deskriptivem Begriff können die Phänomene unter dem Topos der Inklusion thematisiert werden, die – nach einer Analyse – schlussendlich nichts mit sozialer Inklusion zu tun haben. Damit sind vor allem Fälle gemeint, in denen es zwar um den – primär physischen – Zugang zu bestimmten Orten geht, mit diesem Zugang jedoch keine soziale Inklusion im hier verwendeten differenzierungstheoretischen Verständnis verbunden sind. Es gibt auch Sozialität und Zugang dazu außerhalb der Funktionssysteme der Gesellschaft.⁹⁷⁰

4. Inklusionsfunktion im Stadionverbotsfall

Diese drei Ebenen sollen anhand des Stadionverbotsfall verdeutlicht werden. Auf der höchsten Abstraktionsebene (1.) werden Fußballzuschauer*innen durch einen Zuschauervertrag in die Funktionssysteme Recht, Wirtschaft und Sport inkludiert. Die Inklusion in das Rechtssystem erfolgt aufgrund der Rechtsnatur des Zuschauervertrages als privatrechtliches Institut. Gleichzeitig wird damit eine Zahlungsverpflichtung, also eine ökonomische Transaktion, rechtlich stabilisiert, sodass darüber auch Inklusion in das Wirtschaftssystem erfolgt. Der Stadionbetreiber ist durch die Hauptleistung des Vertrages dazu verpflichtet, der Sportzuschauer*in Zugang zum Stadion, und damit zum Sportereignis, zu gewähren.⁹⁷¹

Hier wird bereits deutlich, dass die drei Ebenen nicht kategorisch getrennt voneinander betrachtet werden können. Die Inklusion in spezifische Kommunikationszusammenhänge der Funktionssysteme auf der gesellschaftlichen Makroebene findet immer vermittelt über Organisationen oder Institutionen auf der Meso- oder über Interaktionen auf der Mikroebene statt. Die Aussage, dass der Zuschauervertrag in das Sportsystem inkludiert, basiert damit auf der Inklusionsfunktion als Analyseraster (2.), weil dadurch erst aufgedeckt wird, dass Sportwettkämpfe institutionalisiert an spezifischen Orten ausgetragen werden. Für den (Profi-)Fußballsport sind dies primär die Fußballstadien.

970 Siehe dazu unten § 10 III.

971 Siehe dazu auch oben § 2 I 1, 2.

Auf dieser Ebene kann nun ausführlicher die Meso- und Mikroebene der einzelnen, für den sozialen Konflikt relevanten Funktionssysteme erfolgen. Im Rechtssystem geht es beim Zuschauervertrag insbesondere um Fragen des Zustandekommens, der Leistungs- und Nebenleistungspflichten oder seine Beendigung.⁹⁷² Eine Analyse des beteiligten Wirtschaftssystems könnte fragen, inwieweit Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Anbietern von Fußballticket vorhanden ist oder wie Fußballerevents am besten vermarktet werden können. Für diese Untersuchung relevant ist jedoch die Meso- und Mikroebene des Sportsystems. Hier kann der DFB als Dachverband der Fußballvereine als wesentliche Organisation im (Fußball-)Sportsystem betrachtet werden. DFB und Vereine nehmen dabei die zentrale organisierte Leistungsrolle im Sportsystem ein, indem sie sportliche Wettkämpfe veranstalten, an denen Sportler*innen als zentrale individuelle Leistungsrollenträger partizipieren. Sportzuschauer*innen nehmen dabei grundsätzlich die (passive) Rolle des Publikums ein. Alle diese Rollen sind von institutionalisierten – oftmals gerade aufgrund rechtlicher Stabilisierung – Strukturen geprägt; für Stadionverbote sind dies primär die Stadionverbotsrichtlinien (SVRL) des DFB. Sie regeln einen zentralen Aspekt der Exklusion aus dem (Fußball-)Sportsystem durch die Aussprache von Stadionverboten. Die konkrete Analyse dieser Meso- und Mikroebene ist Aufgabe des zweiten Teils dieser Untersuchung.

Auf der dritten Ebene der Inklusionsfunktion (3.) bleibt damit nur die Erkenntnis bzw. Beobachtung übrig, dass für die Inklusion in das (Fußball-)Sportsystem über Stadien ein physischer Zugang dazu notwendig ist. Sie verdeutlicht aber, dass es im Falle von Stadionverboten, also Hausverboten, nicht um eine losgelöste Frage des Hausrechts geht. Vielmehr geht es primär um eine Frage sozialer Inklusion in das Sportsystem, welche durch den Zuschauervertrag vermittelt wird. Die Frage des Hausrechts, die den physischen Zugang betrifft, ist dann nur ein Folgeproblem. Dadurch kann auch die bisherige Rechtsprechungspraxis in den Hausrechtsfällen erklärt werden.⁹⁷³

VI. Zwischenergebnis

Ausgangspunkt dieses Kapitels waren die im vorherigen Kapitel identifizierten blinden Flecken, die die Anwendung der dort untersuchten Ver-

972 Zum Zuschauervertrag *Schulze*, JURA 2011, 481.

973 Siehe dazu oben § 2 I 1 b, 2.

tragsfunktionen in Bezug auf den Stadionverbotsfall hinterlassen haben. Diese blinden Flecken in der Vertragstheorien werden ebenfalls von anderen Forschungsrichtungen identifiziert und beispielsweise mithilfe der Konzepte der *Life Time Contracts* oder der *crucial contracts* ansatzweise versucht zu füllen. Diese Konzepte wurden in dieser Untersuchung jedoch nicht weiterentwickelt. Vielmehr wurde anknüpfend an *Ludwig Raisers* sozialer Funktion des Vertrages nach einer alternativen Funktionsbeschreibung des Vertrages gesucht. Im differenzierungstheoretischen Begriff der Inklusion wurde ein Topos gefunden, der eine wesentliche soziale Funktion des Vertrages in der modernen Gesellschaft beschreiben kann: Soziale Inklusion nimmt teilsystemabhängig teilweise die Form des Vertrages an. Der Vertrag erfüllt damit die Funktion, dass Personen in soziale Systeme inkludiert werden. Eine solche implizite Funktionszuschreibung des Vertrages konnte im Immaterialgüterrecht sowie im Nichtdiskriminierungsrecht ausgemacht werden. Da außerhalb dieser Gebiete im Privatrecht keine speziellen dogmatischen Institute vorhanden sind, die allgemein auf Inklusionskonflikte ausgerichtet sind, kann der rechtstheoretische Begriff der Zugangsregeln herangezogen werden, um unterschiedliche Rechtsinstitute daraufhin zu befragen, inwieweit sie responsiv auf Inklusionskonflikte reagieren können. Die Inklusionsfunktion bietet auf rechtstheoretischer Ebene ein Analyseraster auf mehreren Ebenen für die Fälle der Gesellschaft, welche einen Inklusions- bzw. Exklusionskonflikt aufweisen, auf das eine Untersuchung rechtsdogmatischer Institute aufbauen kann.