

**Ben Brandwein\***

## **Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung privater Akteure**

### **Abstract**

Auch über vier Jahre nach der Entscheidung des *Ersten Senats* zu einem bundesweiten Hausverbot für Fußballstadien (Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09) ist noch nicht final geklärt, welche Folgen diese Jurisdiktion für die Dogmatik der Auswirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr haben sollte. Der Beitrag möchte diese Entscheidung und die nachfolgenden Debatten aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchten und ihn in die global geführte *Business and Human Rights*-Thematik einordnen.

---

\* Der Autor studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist studentische Hilfskraft am dortigen Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht, Lehrstuhl Prof. Dr. Thomas Lobinger. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2021 bei Prof. Dr. Anne Peters, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, verfassten Seminararbeit. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Ruben Zimmermann.

## A. Fragestellung

Adressat von Grund- und Menschenrechtskatalogen ist seit jeher hoheitliche Gewalt.<sup>1</sup> Das Handeln des Staates gegenüber dem Bürger<sup>2</sup> ist es, das hierdurch begrenzt wird. Nichts anderes gilt heute unter dem Grundgesetz: Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“. Dieser Grundsatz ist international konstant: Entweder kodifiziert, wie in Art. 35 Abs. 2 Schweizerische Bundesverfassung, oder aber als Selbstverständlichkeit der jeweiligen Grundrechtsdogmatik und -rechtsprechung.<sup>3</sup> Früh wurde diskutiert, ob und inwieweit auch Private Grundrechte berücksichtigen müssen.

In Deutschland haben sich hierzu in der Literatur mehrere Konstruktionswege konsolidiert. Das *BVerfG* äußerte sich erstmals im Jahr 1958 zu der Frage<sup>4</sup> und entwickelte seine Rechtsprechung hierzu seitdem kontinuierlich weiter. Der Diskurs über die Grundrechtsverpflichtung Privater wurde jahrzehntelang bezogen auf *alle* Privatrechtssubjekte geführt. Die Entwicklungen auf den Feldern der Digitalisierung, wirtschaftlichen Monopolisierung und gesellschaftlichen Segregation seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und seit dem Entstehen der Grundzüge der Drittwirkungsdogmatik nur einige Jahre später sind dramatisch. Daher muss die Frage aufgeworfen werden, ob die teils übermächtige Stellung großer privater Akteure gegenüber dem Einzelnen Konsequenzen für die Handhabung der Grundrechte haben muss. Ausgangspunkt für einen solchen Paradigmenwechsel könnte der Beschluss des *BVerfG* im „Stadionverbot“-Fall<sup>5</sup> aus dem Jahr 2018 sein: Ihr lag ein Sachverhalt zugrunde, in der sich eine einzelne natürliche Person und ein privater Verband gegenüberstanden. Im Ergebnis statuierte das *BVerfG* hier eine Pflicht des

<sup>1</sup> Zur geringen Verbindlichkeit etwa der D.D.H.C. als „Programmsätze“ an den Gesetzgeber aber *Classen*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 187 Rn. 7 ff.; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 23 f. und *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 2019, § 5 Rn. 142, ein Verständnis, das auch den Gewährleistungen der WRV zugrunde lag, hierzu *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL 2021, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 7 m. Fn. 2; *Hillgruber*, in: BeckOK-GG, Ed. 50, Stand: 15.2.2022, Art. 1 GG Rn. 61.

<sup>2</sup> Das generische Maskulinum dient hier und überall lediglich als *nomen agendi*.

<sup>3</sup> Vgl. für die USA *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992, S. 16, 38 ff., aus der Rechtsprechung nur *U. S. Supreme Court, Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 2.2.1819, 17 U. S. (4 Wheat.) 518 (1819) und *U. S. Supreme Court, Barron v. Baltimore*, 16.2.1833, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833); für Großbritannien *Sales*, Rights and Fundamental Rights in English Law, Cambridge Law Journal, 75(1) (2016), 86 (89 ff.); für Frankreich *Stelten*, Gerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich, 2018, S. 264.

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth).

<sup>5</sup> BVerfGE 148, 267 ff. (Stadionverbot).

Verbunds aus Deutschem Fußball-Bund, Ligaverband und sämtlichen Vereinen der Fußball-Bundesliga, die ein Stadionverbot aussprachen, hierbei nach einem sachlichen Grund zu entscheiden<sup>6</sup> und verfahrensmäßige Anforderungen wie eine Anhörung<sup>7</sup> zu berücksichtigen. Dies kommt in der Sache Pflichten staatlicher Gewalt aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>8</sup> und den §§ 24, 28, 39 Abs. 1 VwVfG<sup>9</sup> gleich. Schon aufgrund der lebhaften Debatte, die die Entscheidung auslöste, ist ihr „systemsprengende[s] Potential“<sup>10</sup> zu attestieren. Darüber hinaus markiert sie – wenngleich schon vor der Entscheidung zu dem Problem „alles gesagt“<sup>11</sup> schien – nach Ansicht einiger<sup>12</sup> einen Wendepunkt in der Rechtsprechung des BVerfG hin zu einer „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte für Private.

Zwar wurde das Verhältnis der Entscheidung zur bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zur Geltung der Grundrechte zwischen Privaten eingehend beleuchtet und in (rekonstruierte) Entscheidungsmuster eingeordnet<sup>13</sup>; ihre Bedeutung für die Privatwirkungsdebatte von nicht über den Einzelfall hinauswirkend<sup>14</sup> bis hin zu neue Maßstäbe setzend<sup>15</sup> eingeschätzt. Das Kriterium der „spezifischen Konstellation“<sup>16</sup>, in der die Rechtsfolgen der „Stadionverbot“-Entscheidung

<sup>6</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41, 287 Rn. 52) (Stadionverbot).

<sup>7</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 46 f.) (Stadionverbot).

<sup>8</sup> Vgl. zum (Mindest-)erfordernis eines sachlichen Grundes für die Rechtfertigungen von Ungleichbehandlungen statt aller nur BVerfGE 1, 264 (275 f.) (Bezirksschornsteinfeger); BVerfGE 116, 135 (161 Rn. 89) (Vergaberecht); *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 24; *Kirchhof, P.*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 264 f.; *Pietzcker*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa V, 2013, § 125 Rn. 40.

<sup>9</sup> Letztere Parallele ziehen jedenfalls *Michl*, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, 910 (915) und *Kulick*, *Horizontalwirkung im Vergleich*, 2020, S. 208.

<sup>10</sup> *Hellgardt*, *Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik*, JZ 2018, 901 (908).

<sup>11</sup> *Michl* (Fn. 9), S. 910.

<sup>12</sup> Bejahend *Jobst*, *Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater*, NJW 2020, 11 (11); *Hellgardt* (Fn. 10), S. 901 ff.; *Michl* (Fn. 9), S. 910 ff.; ablehnend etwa *Heldt*, *Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (Stadionverbot)*, NVwZ 2018, 818 (819); *Muckel*, *Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 (Stadionverbot)*, JA 2018, 553 (556); *Neuner*, *Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung*, NJW 2020, 1851 (1851).

<sup>13</sup> *Kulick* (Fn. 9), S. 185, 207 ff.

<sup>14</sup> *Ruffert*, *Common sense statt strikte Dogmatik? Zutreffendes aus Karlsruhe zu Stadionverboten*, *Verfassungsblog v. 30.4.2018*, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/common-sense-statt-strikte-dogmatik-zutreffendes-aus-karlsruhe-zu-stadionverboten/> (zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>15</sup> *Michl* (Fn. 9), S. 911.

<sup>16</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 2, 283 Rn. 41) (Stadionverbot).

nach dem *BVerfG* greifen, ist jedoch noch nicht hinreichend konkretisiert.<sup>17</sup> Kritik für diesen allzu offenen Begriff gab es reichlich.<sup>18</sup> Auch wurde punktuell der Versuch unternommen, ausgehend vom jeweiligen dogmatischen Verständnis der Entscheidung andere „spezifische Konstellationen“ zu finden – freilich mit Verweis auf für eine abschließende Klärung fehlende Anhaltspunkte im „Stadionverbot“-Beschluss.<sup>19</sup> Bisher wurde hingegen nicht systematisch untersucht, anhand welcher *genera proxima* der Fallkonstellation im „Stadionverbot“-Beschluss die Bildung anderer „spezifischer Konstellationen“ möglich wäre. Im Folgenden soll daher darauf geblickt werden, welche abstrakt-generellen Kriterien für die Bildung „spezifischer Konstellationen“ mit den bereits bestehenden Konstruktionsmethoden zur Privatwirkung der Grundrechte vereinbar sind. Hierbei werden auch etwaige Einflüsse supranationalen Rechts auf die *ratio decidendi* der „Stadionverbot“-Entscheidung<sup>20</sup> und auf die Kriterienbildung untersucht. Ziel ist die Feststellung, ob und wie die „Stadionverbot“-Judikatur für die Grundrechtsbindung privater Akteure fruchtbar gemacht werden kann.

## B. Die Ausgangslage vor der „Stadionverbot“-Entscheidung

Deutsches Verfassungsrecht baut als Präjudizienrecht<sup>21</sup> auf vorangegangener Debatte und das *BVerfG* auf der eigenen Rechtsprechung auf. Zudem führt die Rückbetrachtung im Wissen, dass (Gerichts-)Entscheidungen und Debatten stets den jeweiligen Zeitgeist widerspiegeln,<sup>22</sup> zu dem Schluss, auch die neuesten Entscheidungen nicht mit übermäßiger Bedeutung aufzuladen.

---

<sup>17</sup> *Jobst* (Fn. 12), S. 16.

<sup>18</sup> Statt aller nur *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Michl* (Fn. 9), S. 916; *Jobst*, (Fn. 12), S. 16.

<sup>19</sup> *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Michl* (Fn. 9), S. 916; *Jobst*, (Fn. 12), S. 16.

<sup>20</sup> Immerhin nennt das *BVerfG* Art. 15 Abs. 1a IPwskR: BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot).

<sup>21</sup> *Bryde*, Verfassungsinterpretation und verfassungsgerichtliche Praxis, in: Reimer, Juristische Methodenlehre aus dem Geist der Praxis?, 2016, S. 107 (107 f.).

<sup>22</sup> *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 7 mit Verweis auf *Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, 2. Aufl. 1991; speziell zum frühen Grundrechtsverständnis des *BVerfG* *Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt, Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159 (195).

## I. Die historische Funktion von Grundrechtsgewährleistungen

### 1. Die grundsätzliche Staatsgerichtetheit der Grundrechte

Die Abwehr von Staatshandeln gegenüber den Machtunterworfenen ist nach wie vor Hauptfunktion der Grundrechte.<sup>23</sup> An der Staatsgerichtetheit ändert sich dadurch nichts, dass die Grundrechte dem Staat nicht nur ungerechtfertigte Eingriffe verbieten<sup>24</sup>, sondern auch Handlungsverpflichtungen auferlegen können.<sup>25</sup>

### 2. Die Sonderstellung von Art. 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GG

Die Menschenwürde ist „unantastbar“, Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG, sie darf also auch durch Private nicht verletzt werden.<sup>26</sup> Diese unmittelbare Wirkung der Würdegarantie war ausdrücklicher Wille des verfassunggebenden Gesetzgebers.<sup>27</sup> *BVerfG* und Fachgerichte wenden Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG als „Mittelpunkt“ des „Wertsystem[s]“<sup>28</sup> des GG und Kern der Grundrechte<sup>29</sup> in allen Rechtsbereichen an. Unabhängig davon, ob Würdeverletzungen unmittelbar zur Nichtigkeit

---

<sup>23</sup> Das stellt – im Jahr 1958 die Debatte eröffnend – im ersten Leitsatz auch *BVerfGE* 7, 198, 204 (204) (Lüth) fest; vgl. aus der Literatur nur *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 1 Abs. 3 Rn. 64.

<sup>24</sup> Von *Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905, S. 81 ff. als *status negativus* bezeichnet; weiterführend *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 229 ff. Dazu, dass der Wortlaut der Grundrechte diese Grundfunktion nicht zwingend voraussetzt, sich aber in der Dogmengeschichte zahlreiche Indizien hierfür finden lassen, *Krebs*, in: *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa II*, 2006, § 31 Rn. 41 ff.

<sup>25</sup> Spiegelbildlich *status positivus*, exemplarisch *BVerfGE* 125, 175 (222) (*Hartz-IV-Regelsatz*).

<sup>26</sup> *Neuner*, *Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht*, in: *Neuner*, *Grundrechte und Privatrechte aus rechtsvergleichender Sicht*, 2007, S. 159 (168); *ders.* (Fn. 12), S. 1852; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 Rn. 74; *Stern*, in: *Isensee/Kirchhof*, P. (Fn. 1), § 184 Rn. 7; *Linke*, *Die Menschenwürde im Überblick: Konstitutionsprinzip, Grundrecht, Schutzpflicht*, *JuS* 2016, 888 (893).

<sup>27</sup> Im *Herrenchiemsee-Bericht* heißt es wörtlich (bei *Neuner* (Fn. 26), S. 168): „Art. 1 soll auch Privatpersonen verpflichten“.

<sup>28</sup> *BVerfGE* 7, 198 (205) (Lüth); zur Dogmatik des sich aus der Menschenwürde ableitenden grundrechtlichen Wertesystems erstmals *Dürig*, *Der Grundrechtssatz vor der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertesystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes*, *AöR* 81 (1956), S. 117, insb. 119, 122.

<sup>29</sup> Vgl. nur *BVerfGE* 24, 119 (144) (*Adoption*) – die unmittelbare Drittwirkung andeutend; ferner *BVerfGE* 33, 1 (12) (*Strafgefangene*); *BVerfGE* 93, 266 (293) (*Soldaten sind Mörder*); *BVerfGE* 107, 275 (283 ff.) (*Benetton-Werbung II*); *BGHZ* 143, 199 (208 f.) (*Verdachtsberichterstattung*) m. w. N.; *BAGE* 38, 69 (80 f.) (*Ärztlicher Bereitschaftsdienst*).

privater Rechtsgeschäfte gem. § 134 BGB führen,<sup>30</sup> ist eine Sonderstellung der Menschenwürdegarantie zu konstatieren. Sie gründet auf der Entscheidung des Parlamentarischen Rates, mit ihr „den ganzen Geist des neuen Staatswesens in seinem Gegensatz zu der im Mai 1945 vernichteten Staatsordnung darzutun.“<sup>31</sup> Über Art. 1 Abs. 2 GG i. V. m. S. 1 der Präambel sind auch die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ in diesen Verfassungskern aufgenommen.<sup>32</sup> Infolge dieses Zusammenhangs könnte auch ihnen unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten zukommen. Hierzu passt neben der Stellung des Art. 1 Abs. 2 GG auch die pathetische<sup>33</sup> Formulierung der Norm. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Menschenrechte überkonstitutionell selbst den verfassungsändernden Gesetzgeber binden und so noch über den Grundrechten stehen.<sup>34</sup> Jedoch ist nicht nur umstritten, ob Art. 1 Abs. 2 GG lediglich deklaratorisch ist,<sup>35</sup> auch sein Gehalt wird – von überpositivem Naturrecht über Völkergewohnheitsrecht, das nur einen Minimalbestand an Menschenrechten umfasst,<sup>36</sup> bis hin zur konkreten Bezugnahme auf verbürgte Menschenrechte – nicht einheitlich gesehen.<sup>37</sup> Eine unmittelbare Bindung *Privater* an Menschenrechte kommt so erst recht außer Betracht. Das *BVerfG* versteht Art. 1 Abs. 2 GG als Schalthnorm für den Einfluss der Menschenrechte auf Grundrechtsanwendung und -auslegung.<sup>38</sup> Damit ist aber nur etwas zum inhaltlichen Einfluss gesagt, einen Funktionswandel der Grundrechte hin zu einer Verpflichtung Privater durch Menschenrechte kann eine völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht leisten. Ohnehin decken die

<sup>30</sup> So *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 Rn. 78: Konsequenz aus staatlicher Schutzpflicht bei Ausgestaltung der Privatrechtsordnung; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 20 f. nicht nur für Art. 1 Abs. 1 GG; die praktische Bedeutung der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gem. § 134 BGB i. V. m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ist – jedenfalls in rein inländischen Sachverhalten – wohl eher gering.

<sup>31</sup> v. *Mangoldt*, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6.5.1949, Drucks. 850, 854), I. Die Grundrechte, S. 5 (6).

<sup>32</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 GG Rn. 6, auf die Präambel des IPbPR („these rights derive from the inherent dignity of the human person“) hinweisend.

<sup>33</sup> So sieht es *Hillgruber*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 1 vor Rn. 1.

<sup>34</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 Rn. 39 mit Bezugnahme auf BVerfGE 84, 90 (121) (Bodenreform I); *Neuner* (Fn. 26), S. 168.

<sup>35</sup> Vgl. die Übersicht bei *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 2 Rn. 36.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu nur *Brugger*, Menschenrechte im modernen Staat, AöR 114 (1989), 537 (543 m. Fn. 22).

<sup>37</sup> Mit historischer und rechtsphilosophischer Herleitung *Denninger*, Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung, JZ 1998, 1129 (1129 ff.); in der Übersicht *Hillgruber*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 1 Rn. 54 ff. m. w. N. für jede Ansicht.

<sup>38</sup> BVerfGE 84, 90 (121) (Bodenreform I).

Gewährleistungen des *ius cogens*, des zwingenden Völkerrechts, die das *BVerfG* (zudem über Art. 25 S. 1 GG) einbezieht,<sup>39</sup> nur enge Kernbereiche ab, sind also Minimalstandards, was ihre praktische Bedeutung stark einschränkt.<sup>40</sup> Die Verpflichtung Privater schon im Ausgangspunkt kann allenfalls durch Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG erfolgen und ist historisch bedingte Ausnahme.

## II. Die verschiedenen Ansätze zur Privatwirkung der Grundrechte

### 1. *BVerfG*: Ausstrahlung als „Drittwirkung“

Auf die Grundsätze, die das *BVerfG* 1958<sup>41</sup> zum Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht aufstellte, greift es bis heute zurück. Es erkennt in den Grundrechten eine „objektive Wertordnung“, die „für alle Bereiche des Rechts“<sup>42</sup> gelte. Diese wirke „durch das Medium der [das Privatrecht] unmittelbar beherrschenden Vorschriften[,] [...] vor allem [durch] die ‚Generalklauseln‘“<sup>43</sup>. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Sittenwidrigkeit“, §§ 138 Abs. 1, 826 BGB, dienen so als „Einfallstore“, bei deren Auslegung der Zivilrichter Wertentscheidungen des GG berücksichtigen muss.<sup>44</sup> Offen bleibt noch immer, wie genau diese „Ausstrahlung“ funktioniert. Dass die Kernaussagen des Urteils bis heute aufgegriffen werden,<sup>45</sup> in der „Stadionverbot“-Entscheidung sogar ausdrücklich an hervorgehobener Stelle,<sup>46</sup> mag vor allem an dieser Offenheit

<sup>39</sup> BVerfGE 112, 1 (27 f.) (Alteigentümer).

<sup>40</sup> So für die Privatwirkungsdebatte *Neuner* (Fn. 26), S. 167; freilich gewinnt die Würdegarantie im internationalen Kontext – im Zusammenhang mit Zwangsarbeit u. dgl. – wieder an Relevanz.

<sup>41</sup> BVerfGE 7, 198 ff. (Lüth); Gegenstand war *LG Hamburg*, Urt. v. 22.11.1951 – 15 O 87/51.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 198 (205) (Lüth).

<sup>43</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f.) (Lüth); Vorbild war *Dürrig*, Freizügigkeit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, 1954, S. 507 (525).

<sup>44</sup> BVerfGE 7, 198 (206) (Lüth); die Umschreibung dieser Wirkung mit „Ausstrahlung“ durch das Schrifttum nutzt das *BVerfG* heute wie selbstverständlich, s. nur BVerfGE 148, 267 (279 Rn. 30) (Stadionverbot).

<sup>45</sup> Die „Drittwirkung“ zieht das *BVerfG* stets bei Entscheidungen über Urteile der Zivilgerichte heran, vgl. nur BVerfGE 7, 230 (230) (Wahlplakat); BVerfGE 25, 256 (263) (Blinkfuer); BVerfGE 42, 143 (148) (Deutschland-Magazin); BVerfGE 73, 261 (269) (Sozialplan); BVerfGE 89, 214 (229) (Bürgschaft); *BVerfG*, NJW 2020, 300 (305) (Recht auf Vergessen I); NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot); NJW 2020, 3098 (3098) (Parkplatz). Dies stellt auch *Rißner*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 95 fest; krit. *Ruffert* (Fn. 22), S. 68 ff.; *Oeter*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), 529 (561) sieht hierin gar eine ledigliche „(Schein-)begründung“ der Grundrechtswirkung.

<sup>46</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 2) (Stadionverbot): Die Leitsätze einer Entscheidung geben nach *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 215 „brennglasartig den rechtlichen Kern der Entscheidung“ wieder.

liegen.<sup>47</sup>

## 2. Die Konzeption der grundrechtlichen Schutzpflichten

Der in der Literatur wohl herrschende Konstruktionsweg<sup>48</sup> gründet auf der Funktion der Freiheitsgrundrechte als Schutzgebote<sup>49</sup>, die den Staat zur Abwehr nicht gerechtfertigter Eingriffe Dritter in die Grundrechte seiner Bürger verpflichten.<sup>50</sup> Gesetzgeber und Zivilgerichte als Teil des Staats<sup>51</sup> sind so bei Setzung zivilrechtlicher Normen und deren Anwendung dazu verpflichtet, Grundrechtsverletzungen durch andere Private zu verhindern. Bei ausnahmslosem Schutzanspruch würde indes das Handeln eines jeden privaten Verletzers dem Staat zugerechnet werden.<sup>52</sup> Der Staat – in Form des Zivilgerichts

<sup>47</sup> Ruffert (Fn. 22), S. 16 mit Verweis auf *Lerche*, Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: FS Odersky, 1996, S. 215 (216). Eine detaillierte(re) und methodenkonforme Herleitung der Geltung der Grundrechte als Werteordnung zwischen zivilrechtlichem und verfassungsrechtlichem Begriffsverständnis bietet *Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), 718 (719 ff.).

<sup>48</sup> So vor 20 Jahren die Beobachtung von Ruffert (Fn. 22), S. 21 f. m. Fn. 99 ff.; vgl. jüngst stellvertretend für die Lehre nur Neumer (Fn. 12), S. 1851 ff. Aber auch das BVerfG greift in Privatwirkungsfällen auf diese Lehre zurück, BVerfGE 103, 89 (100) (Ehevertrag); beides: BVerfGE 128, 226 (249) (Fraport). Von einer „Doppellehre“ in der Rechtsprechung des Gerichts spricht daher Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt (Fn. 22), S. 77 (93). Zum Verhältnis der beiden Konstruktionswege einerseits Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 123 (aufeinander aufbauend), andererseits Alexy (Fn. 24), S. 481 ff. (ergebnisäquivalent), der im Anschluss, S. 484 ff., zwar ein eigenes Modell entwickelt, in dem aber nur die bestehenden Vorschläge neu geordnet werden und mit dem nach Ruffert (Fn. 22), S. 20 gerade kein neuer Weg geschaffen werden soll.

<sup>49</sup> Nach Calliess, in: Merten/Papier (Fn. 24) § 44 Rn. 4 mit Fn. 13 ff. ist diese Funktion als solche heute weithin anerkannt; auch das BVerfG greift selbstverständlich auf diese Funktion zurück, vgl. jüngst – wenn auch nicht im Privatwirkungskontext – BVerfG, NJW 2021, 1723 (1723) (Klimaschutzgesetz).

<sup>50</sup> Calliess, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 44 Rn. 5 ff.; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen; Epping (Fn. 48), Rn. 123 ff.; Neumer (Fn. 12), S. 1852.

<sup>51</sup> Canaris, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 11 ff.; Jarass, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 38 Rn. 62; Rießner, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 89; BVerfGE 73, 261 (269) (Sozialplan).

<sup>52</sup> Canaris (Fn. 51), S. 40 f.; dies wird als sogenannte „etatistische Konvergenztheorie“ teilweise vertreten, so von Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 26 ff., 62 ff. und Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, S. 62 ff., insb. 64, 91 ff.; zur Kritik, die auf die Freiheitswidrigkeit einer solchen Konzeption verweist, nur Alexy (Fn. 24), S. 417 ff., 483; Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (217 ff.); Isensee, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 259 ff.



– muss daher nur dann einschreiten, wenn ein verfassungsrechtlich garantierter Mindeststandard sonst unterschritten würde („Untermaßverbot“<sup>53</sup>) und das Privathandeln unterbinden.<sup>54</sup> Wenn das Urteil hingegen selbst eingreift, indem es erkennt, dass ein in den Schutzbereich eines Grundrechts fallendes Verhalten etwa eine Schadensersatzpflicht auslöst, greife die Eingriffsabwehrfunktion gegen das Urteil als belastendes Staatshandeln.<sup>55</sup>

### 3. Unmittelbare Drittwirkung

Die sogenannte „unmittelbare Drittwirkung“ von Grundrechten, d. h. die Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr „absolut“ in der Weise, dass sie subjektive private Rechte konstituieren,<sup>56</sup> ist insbesondere in der arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung vertreten worden<sup>57</sup> – z. T. wird im „Stadionverbot“-Fall ihre Rückkehr erblickt.<sup>58</sup>

## C. Die „Stadionverbot“-Entscheidung – (mögliche) Grundlage für einen Paradigmenwechsel?

### I. Entscheidung

#### 1. Tatbestand

Ausgangspunkt der Entscheidung war ein Zivilrechtsstreit zwischen einem Anhänger des FC Bayern München und dem Meidericher Spielverein 02 e. V. Duisburg, der Träger des MSV Duisburg.<sup>59</sup> Nach einem Fußballspiel kam es zu gewaltsamen Ausschreitungen zwischen zwei Fangruppen unter Beteiligung des Klägers.<sup>60</sup> Infolge eines Ermittlungsverfahrens wegen Landfriedensbruchs (§ 125 StGB) sprach der MSV ein Stadionverbot aus – als Vertreter des Deutschen

<sup>53</sup> Diese Schwelle gilt für sämtliche Schutzpflichten auch außerhalb des Privatrechtsverkehrs, s. nur *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 20 VIII Rn. 126 ff.

<sup>54</sup> *Canaris* (Fn. 52), S. 218; *ders.* (Fn. 51), S. 39; vom *BVerfG* übernommen in BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch).

<sup>55</sup> *Canaris*, (Fn. 51), S. 37 ff.; *Rißner*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 197 Rn. 94; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (378 f.)

<sup>56</sup> So die Nomenklatur bei *Nipperdey* (Fn. 30), S. 14 f.

<sup>57</sup> BAGE 1, 185 (191 ff.) Fristlose Entlassung eines Betriebsratsmitglieds: „nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte [haben] [...] unmittelbare Bedeutung für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander“; BAGE 4, 274 (276 ff.) (Zölibatsklausel); *Nipperdey* (Fn. 30), S. 13 ff.; *Leisner* (Fn. 1), S. 356 ff.

<sup>58</sup> So etwa *Jobst*, (Fn. 12), S. 11.

<sup>59</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78); *BGH*, NJW 2010, 534 (534).

<sup>60</sup> BVerfGE 148, 267 (268 f. Rn. 3) (Stadionverbot).

Fußball-Bundes (DFB), des Ligaverbands<sup>61</sup> sowie sämtlicher Vereine der Fußball-Bundesliga – für alle Fußballstadien in Deutschland, alle nationalen und internationalen Fußballveranstaltungen der Bundesligen, Kreisligen und des DFB<sup>62</sup> und den Zeitraum vom 18.4.2006 bis 30.6.2008.<sup>63</sup> Nach Einstellung des Ermittlungsverfahrens gem. § 153 Abs. 1 StPO entschied der MSV ohne Anhörung, das Stadionverbot aufrechtzuerhalten.<sup>64</sup> Das *AG Duisburg* wies die auf Aufhebung des Stadionverbots gerichtete Klage ab;<sup>65</sup> die die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Stadionverbots begehrende Berufung vor dem *LG Duisburg* wurde zurückgewiesen.<sup>66</sup> Nach ebenfalls erfolgloser Revision<sup>67</sup> erhob der Fan Verfassungsbeschwerde und rügte eine Verletzung seines Grundrechts auf ein faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG und seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>68</sup> Ersteres sei durch das Unterlassen einer Anhörung, letzteres dadurch betroffen, dass mit dem Stadionverbot eine Abstempelung als „Fußballrowdy“ verbunden sei.<sup>69</sup>

## 2. Lösung des *BVerfG*

### a) Anforderungen an Stadionverbote

Zwar war die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis unbegründet,<sup>70</sup> das *BVerfG* stellte jedoch verfassungsrechtliche Anforderungen für ein bundesweites Stadionverbot auf.<sup>71</sup> Diese entwickelt es aus einer Abwägung von Art. 14 Abs. 1 GG aufseiten der Stadionbetreiberinnen und Art. 3 Abs. 1 GG aufseiten des Ausgeschlossenen.<sup>72</sup> Die Einwirkung der Grundrechte geschehe nach den

---

<sup>61</sup> Heute Deutsche Fußball Liga e. V. (DFL), vgl. <https://www.dfl.de/de/ueber-uns/dfl-deutsche-fussball-liga-ev/struktur-des-dfl-deutsche-fussball-liga-ev/> (zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>62</sup> Mithin auch für die Spiele der vom DFB getragenen Fußball-Nationalmannschaften.

<sup>63</sup> BVerfGE 148, 267 (269 Rn. 4) (Stadionverbot).

<sup>64</sup> BVerfGE 148, 267 (269 f. Rn. 5) (Stadionverbot).

<sup>65</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07.

<sup>66</sup> *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78).

<sup>67</sup> BGH, NJW 2010, 534 (535).

<sup>68</sup> BVerfGE 148, 267 (275 Rn. 19 f.) (Stadionverbot).

<sup>69</sup> BVerfGE 148, 267 (275 f. Rn. 20 f.) (Stadionverbot).

<sup>70</sup> BVerfGE 148, 267 (279 Rn. 30) (Stadionverbot).

<sup>71</sup> Freilich wird teilweise schon vor Analysebeginn von generell „neuen Grundsätzen“ gesprochen, so etwa *Jobst* (Fn. 12), S. 12, was jedoch schon methodisch unzutreffend ist, missachtet ein solches, die Reichweite bundesverfassungsgerichtlicher Urteile ausweitendes Vorgehen nach *Bryde*, in: Reimer (Fn. 21), S. 112, 114 doch deren grundsätzliche Fallbezogenheit.

<sup>72</sup> BVerfGE 148, 267 (281 Rn. 35, 283 Rn. 39) (Stadionverbot).

Grundsätzen der „mittelbaren Drittwirkung“<sup>73</sup> bei der Auslegung der hinter dem Hausrecht stehenden §§ 862, 1004 BGB durch die Zivilgerichte. Kern der Verfassungsbeschwerde sei die Ungleichbehandlung des Ausgeschlossenen gegenüber denjenigen, die die Stadien besuchen können.<sup>74</sup> So leitet das BVerfG die Anforderungen für Stadionverbote aus Art. 3 Abs. 1 GG ab, namentlich die Pflicht zur sachlichen Begründung (Willkürverbot), und wiederum hieraus Verfahrensanforderungen (Anhörung).<sup>75</sup>

*b) Die grundsätzliche Übertragbarkeit dieser Anforderungen*

Nach dem BVerfG können sich diese Anforderungen in „spezifischen Konstellationen“<sup>76</sup> ergeben. Diese Ausführung deutet schon semantisch auf eine Übertragbarkeit der *ratio decidendi* hin.<sup>77</sup> Dies bestätigt der Senat selbst, wenn im nächsten Satz davon die Rede ist, dass *eine* solche Konstellation zugrunde liege;<sup>78</sup> es muss also noch andere geben. Nun wird teilweise gerade aus diesem diffusen „Konstellationen“-Begriff der Schluss gezogen, der Entscheidung komme über den Einzelfall hinaus keine größere Bedeutung bei.<sup>79</sup> Zwar lässt sich der Vergleich zur vagen Ausstrahlungs-Formel ziehen, die durch ihre Unbestimmtheit die Einzelfälle in den Vordergrund stellt.<sup>80</sup> Allerdings ist dieses

---

<sup>73</sup> Diesen Terminus benutzt der Senat ganze neun Mal, BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, Ls. 2, 280 Rn. 31, Rn. 32, Rn. 33, 282 Rn. 37, 38, 283 Rn. 40, 41), was in der das Urteil in die Privatwirkungsdebatte einordnenden Literatur mitunter zum Eindruck führt, diese häufige Nennung solle wohl einen Paradigmenwechsel in der Sache kaschieren, s. etwa Kulick (Fn. 9), S. 185 m. Fn. 3; Hellgardt (Fn. 10), S. 904.

<sup>74</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 38) (Stadionverbot).

<sup>75</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 45 ff.) (Stadionverbot). Ob sich diese Anforderungen aus einer verfassungskonformen Auslegung der ein Hausrecht begründenden Normen des BGB ergeben können, soll im Folgenden nicht untersucht werden. Genaue Grundlage und schon das Erfordernis eines eigenständigen „Hausrechts“ sind freilich hochumstritten – vielfach werden die §§ 903 S. 1, 862 Abs. 1 S. 2, BGB genannt – vgl. exemplarisch den Konflikt zwischen Schulze, Das private Hausrecht, JZ 2015, 381 (381 ff.) und Baldus, Erwiderung – Das private Hausrecht: ein Phantom, JZ 2016, 449 (449 ff.); speziell zu Stadionverboten im Zivilrecht Breucker, Zulässigkeit von Stadionverboten, JR 2005, 133 (133 ff.).

<sup>76</sup> BVerfGE 148, 267 (283 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>77</sup> Zur Reichweite fallübergreifender Rechtsgehalte bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen einerseits Bryde, in: Reimer (Fn. 21), S. 112 ff., der einen restriktiven Umgang hiermit annimmt, andererseits Albers, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 257 (278 m. Fn. 103), die darauf hinweist, dass Entscheidungsgehalte jenseits ihrer tatsächlichen Bedeutung für den Fall und ihrer Qualifikation als *ratio decidendi* oder *obiter dictum* Beitrag zur Dogmatik sein können, m. a. W. insoweit „Rohmaterial“ darstellen.

<sup>78</sup> BVerfGE 148, 267 (283 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>79</sup> So Ruffert (Fn. 14).

<sup>80</sup> S. o. B. II. 1. m. Fn. 47.

Argument schnell in sein Gegenteil gewendet: Gerade die Offenheit fordert dazu heraus, Prognosen für die künftige Anwendung der „spezifischen Konstellation“ aufzustellen. Dabei muss nicht erörtert werden, ob die Erwägungen des *Senats* bereits Maßstäbe im Sinne *Lepsius*<sup>81</sup> sind und so als „Zwischenkonkretisierung“ des GG eine Fortbildung des Verfassungsrechts<sup>81</sup> wären – dafür spräche der abstrakt-generelle Duktus, dagegen die Stellung im Beschluss unter B. II. 2. c), mithin nicht gleich zu Beginn der Begründetheit<sup>82</sup>: Denn im Folgenden wird der Zusammenhang zwischen den zu ermittelnden „spezifischen Konstellationen“ und den „Stadionverbot“-Rechtsfolgen gerade nicht als gesetztes Präjudiz verstanden. Vielmehr soll untersucht werden, welche möglichen Kriterien zur Bildung solcher Konstellationen überhaupt verfassungskonform wären.

## II. Kriterien für eine Übertragung der Grundrechtswirkung

### 1. Eröffnung eines öffentlichen Raums

Auf der Hand liegt das vom *BVerfG* selbst ins Feld Geführte: Das Stadionverbot sei ein Ausschluss von Veranstaltungen, „die [a)] aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und [b)] der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“<sup>83</sup>

#### a) Öffnung einer Veranstaltung ohne Ansehen der Person

Allein das Zugänglichmachen einer Veranstaltung oder eines Ortes für die Öffentlichkeit könnte also den Eröffnenden an Grundrechte binden. Dies hätte freilich erhebliche Brisanz, denn Private tun dies nicht selten: Das *BVerfG* entschied mehrere in dieser Hinsicht vergleichbare Fälle (die Räume dort waren die Abfertigungshalle eines Flughafens, ein Platz und ein Hotel).<sup>84</sup> Wenn die Judikatur in diesen insoweit ähnlich gelagerten Fällen als Entwicklung aus einem

---

<sup>81</sup> *Lepsius* (Fn. 22), S. 174 ff.

<sup>82</sup> Zu den Kriterien für von sich aus über den Fall hinauswirkenden Maßstäben *Lepsius* (Fn. 22), S. 168, 170.

<sup>83</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>84</sup> BVerfGE 128, 226 (252) (Fraport), wobei das *BVerfG* hier freilich allein die Staatsbeteiligung an der Fraport AG als Grund für deren Grundrechtsgebundenheit anführt, nicht ohne demonstrativ offenzulassen, ob dies möglicherweise auch für rein private Unternehmen gilt (BVerfGE 128, 226 (249 f.) (Fraport)); *BVerfG*, NJW 2015, 2485 (2485 f. Rn. 5 f.) (Bierdosen-Flashmob); NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot); zu Bezügen zwischen diesen Entscheidungen vgl. *Heldt* (Fn. 12), S. 818; *Mickl* (Fn. 9), S. 911 f.; *Grünberger/Washington*, Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12 (Hausverbot), JZ 2019, 1104 (1104 ff.).

Guss begriffen wird,<sup>85</sup> wäre der Versuch nur konsequent, das Kriterium der „spezifischen Konstellationen“ auch mithilfe von Entscheidungen *vor* dem „Stadionverbot“ zu konkretisieren. Wie durch das „und“ in der „Stadionverbot“-Entscheidung angedeutet, kann allein die Eröffnung eines öffentlichen Raums aus Sicht des *BVerfG* keine Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Eröffnendem und (potentiellen) Nutzern auslösen. Dies bestätigt es im auf die „Stadionverbot“-Entscheidung folgenden „Hausverbot“-Beschluss. Dort sprach ein Hotelbetreiber ein Hausverbot für einen NPD-Funktionär aus und begründete es dezidiert mit dessen politischer Überzeugung.<sup>86</sup> Zwar nimmt die *Kammer* hier Bezug auf die „Stadionverbot“-Entscheidung, indem sie von „spezifischen Konstellationen“ spricht, jedoch liege eine solche hier gerade nicht vor: Denn es mangle an der Relevanz für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben.<sup>87</sup> Auch in den anderen vorgenannten Fällen, namentlich im „Bierdosen-Flashmob“-Fall und in der „Fraport“-Entscheidung, ist nicht Art. 3 Abs. 1 GG ausschlaggebend, sondern ein Freiheitsrecht, nämlich Art. 8 Abs. 1 GG. In der Fraport-Entscheidung steht überdies die Staatsbeteiligung im Fokus.<sup>88</sup>

Die Kollisionslinien werden deutlich, wenn man die bloße Eröffnung eines öffentlichen Raums für die „Stadionverbot“-Rechtsfolge genügen ließe: Die verfassungsrechtlich garantierte<sup>89</sup> Privatautonomie stünde dem entgegen. Denn die Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 GG können im Gegensatz zu den Freiheitsgrundrechten nicht durch Abwägung relativiert werden, sondern enthalten immer mindestens ein Willkürverbot.<sup>90</sup> Insoweit ist die Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 1 GG, gleich mit welcher Konstruktion begründet, daher „unmittelbar“ i. S. v. nicht durch Normen des Privatrechts

<sup>85</sup> Vgl. etwa *Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des *BVerfG* und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, *NVwZ* 2019, 34 (34). *Michl* (Fn. 9), S. 912 m. Fn. 23 weist hierbei zurecht auf personelle (Dis)kontinuitäten bei der Zusammensetzung der jeweiligen Spruchkörper hin.

<sup>86</sup> Zum Tatbestand und den Entscheidungen der Zivilgerichte s. *LG Frankfurt/O.*, Urt. v. 22.6.2010 – 12 O 17/10; *OLG Brandenburg*, *NJW-RR* 2011, 890 (890); *BGH*, *NJW* 2012, 1725 (1725).

<sup>87</sup> *BVerfG*, *NJW* 2019, 3769 (3770) (Hausverbot).

<sup>88</sup> *BVerfGE* 128, 226 (250 ff.) (Fraport); *BVerfG*, *NJW* 2015, 2485 (2485 f.) (Bierdosen-Flashmob); vgl. auch oben Fn. 84.

<sup>89</sup> Wobei der genaue Ansatzpunkt im Grundgesetz nicht einfach zu bestimmen ist, mangels Einschlägigkeit speziellerer Grundrechte nach *BVerfGE* 8, 274 (328) (Preisgesetz); 72, 155 (170) (Elterliche Vertretungsmacht); 89, 214 (231) (Bürgerschaft) aber in Art. 2 Abs. 1 GG liegt, vgl. hierzu *Ruffert* (Fn. 22), S. 287 ff., der auf den noch klaren Art. 152 Abs. 1 WRV verweist, sowie *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 22 ff., 53 ff.

<sup>90</sup> Vgl. statt aller *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 31, 93; zur unterschiedslosen Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG auch *Michl* (Fn. 9), S. 915 und *Smets* (Fn. 85), S. 37.

relativierbar.<sup>91</sup> Folge ist daher stets die Übergehung des gesamten, differenzierten Privatrechtssystems,<sup>92</sup> das Ausgleich zwischen konfligierender Privatautonomie von Rechtssubjekten schafft. Kern der Privatautonomie ist aber gerade die „Freiheit, zu diskriminieren“.<sup>93</sup> Die Schwelle zur Geltung von Art. 3 Abs. 1 GG unter Privaten ist daher hoch anzusetzen. Lediglich die Schaffung einer Nutzungsmöglichkeit für die Öffentlichkeit kommt, wie bereits angedeutet, im Privatrechtsverkehr sehr häufig vor. Hier stets eine direkte Willkürkontrolle vorzunehmen, setzte die Schwelle viel zu niedrig. Der Kern der Privatautonomie wäre ohne ersichtlichen Grund in einer Vielzahl der Fälle ausgehebelt.<sup>94</sup>

*b) Relevanz für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben*

aa) Grundrecht auf soziale Teilhabe?

Teilweise wird der Kern der „Stadionverbot“-Entscheidung in einem Recht auf „Teilnahme am gesellschaftlichen Leben“<sup>95</sup> gesehen.<sup>96</sup> Dies wäre zwar ein weiterer Schritt dahin, die gesamte Rechtsprechungsentwicklung in einen größeren Kontext zu betten (s. o.): Sowohl Art. 8 Abs. 1 GG, dessen Schutzbereich vom *BVerfG* bei Eröffnung eines „öffentlichen Forums“<sup>97</sup> als eröffnet angesehen wird, als auch ein – durchaus nirgends normiertes – „Recht auf soziale Teilhabe“ können als Kommunikationsgrundrechte im weiteren Sinne qualifiziert werden. Für die Annahme eines solchen möglichen Rechts spricht zudem, dass das *BVerfG* in der „Stadionverbot“-Entscheidung Art. 15 Abs. 1a IPwskR „der Sache nach“ anführt.<sup>98</sup> Jedoch ist unklar, woraus sich ein solches Teilhaberecht, das nach herrschender Dogmatik gegen das Eigentumsrecht

<sup>91</sup> *Michl* (Fn. 9), S. 915, merkt zurecht an, dass es bei Art. 3 Abs. 1 GG auf Rechtsfolgenseite keinen Unterschied zwischen Staat und Privaten geben kann.

<sup>92</sup> *Hellgardt* (Fn. 10), S. 902; vgl. auch *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27) und noch *Busche* (Fn. 89), S. 26.

<sup>93</sup> *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960 I, 1960, S. 137 (140); *Busche* (Fn. 89), S. 63 ff.; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, P., Handbuch des Staatsrechts VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rn. 50 m. w. N.; *Lehner*, Diskriminierungen im allgemeinen Privatrecht als Grundrechtsproblem, *JuS* 2013, 410 (411); *Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, in: *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99 (112 ff.).

<sup>94</sup> So wörtlich *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27). Die Geltung der Privatautonomie ist Hauptkritikpunkt an der „Stadionverbot“-Rechtsprechung, vgl. *Heldt* (Fn. 12), S. 819; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 902; *Michl* (Fn. 9), S. 915; und lässt sich *a fortiori* auf die Übertragung dieser Judikatur anwenden.

<sup>95</sup> *BVerfGE* 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>96</sup> So *Neuner* (Fn. 12), S. 1854, ablehnend *Michl* (Fn. 9), S. 912.

<sup>97</sup> *BVerfGE* 128, 226 (253) (Fraport).

<sup>98</sup> *BVerfGE* 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot).

abzuwägen wäre, ergibt<sup>99</sup>: Der Besuch von Veranstaltungen wie einem Fußballspiel mag zwar eine wichtige Rolle für das Freizeitleben vieler spielen, die Schwelle der (sozialen) Existenzsicherung<sup>100</sup> von Art. 1 Abs. 1 GG<sup>101</sup> i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip ist jedoch sicher nicht unterschritten. Wenn sich das Teilhaberecht aus dem Auffangtatbestand<sup>102</sup> des Art. 2 Abs. 1 GG ergeben soll, würde nicht nur ein grenzenloser Nährboden für weitere Betätigungen Privater und damit für eine allgemeine Abwägung zwischen Grundrechten im Zivilrecht geschaffen. Es würde auch in einer Art Zirkelschluss die Binnenstruktur der „Stadionverbot“-Entscheidung übergangen, denn der *Senat* schließt ein Vorgehen über Art. 2 Abs. 1 GG ausdrücklich aus.<sup>103</sup> Auch sonst lässt sich ein „Teilhabebegründrecht“ nur schwer aus dem GG extrahieren. Zwar ist die Grenze zwischen der Auslegung der einzelnen Grundrechte und der Verselbstständigung eigener Rechtsinstitute fließend, gerade auch bei Vorliegen bestimmter Fallgruppen und aufgrund tatsächlichen Schutzbedürfnisses; Beispiel hierfür ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>104</sup> Es wäre auch nicht das erste Mal, dass das *BVerfG* den Teilhabegedanken aufgreift.<sup>105</sup> Ein Grundrecht auf soziale Teilhabe müsste jedoch zum einen sehr allgemein gehalten werden, denn die kulturellen und sozialen Bedürfnisse des Einzelnen unterscheiden sich sehr. Ein großes Anwendungsfeld bedeutet aber einen breiten Zugriff auf die Privatautonomie. Zum anderen beinhaltet es schon per se ein Dreiecksverhältnis, denn *soziale* Teilhabe bedeutet Teilhabe an gesellschaftlicher Aktivität anderer Privater. Ein Grundrecht, das dies schon im Ansatz gewährt, wäre aber inmitten staatsgerichteter Rechte ein Fremdkörper.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> Daran krankt die ansonsten präzise Konstruktion *Neumers* (Fn. 12), S. 1854 ff.

<sup>100</sup> Zu diesem Gehalt von Art. 1 Abs. 1 GG nur *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 121.

<sup>101</sup> Kritisch zu dessen Bedeutung im Privatrecht *Lobinger*, Mindestlohn und Menschenwürde, in: GS Brugger, 2013, S. 355 (357 ff.).

<sup>102</sup> Maßstabsbildend für diese Funktion der Norm BVerfGE 6, 32 (32 ff.) (Elfes) und BVerfGE 80, 137 (137 ff.) (Reiten im Walde); zur Kritik nur *Duttge*, Freiheit für alle oder allgemeine Handlungsfreiheit?, NJW 1997, 3353 (3353 ff.).

<sup>103</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 38) (Stadionverbot).

<sup>104</sup> Wobei die Entwicklungsgeschichte hier freilich eine ganz andere ist; vor allen Dingen liegt die Grundlage des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aber maßgebend im oben problematisierten Art. 2 Abs. 1 GG, zu alledem nur *Enders*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa IV, 2011, § 89 Rn. 1 ff.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 1), Art. 2 Rn. 127 f. m. w. N.; *Lang*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 2 Rn. 33.

<sup>105</sup> Den Vergleich mit BVerfGE 125, 175 (175 ff.) (Hartz-IV-Regelsatz) zieht *Smets* (Fn. 85), S. 36; dort ging es indes um die Gewähr der materiellen Voraussetzungen für eine Teilhabe und nicht um die Teilhabe als solche.

<sup>106</sup> Diese Kritik muss sich auch (insbesondere) Art. 5 der von *v. Schirach*, Jeder Mensch, 2021, S. 18 f. vorgelegten neuen Grundrechte für Europa entgegenhalten lassen.

Eine sog. Teilhabefunktion einzelner Grundrechte existiert zwar, unter ihr wird aber mal deren anspruchsvermittelnder Gehalt gegen den Staat, mal die Teilhabe an staatlicher Willensbildung verstanden,<sup>107</sup> nicht aber die Verschaffung von Zugang zu Privatveranstaltungen. Selbst wenn als Ansatzpunkt lediglich das Sozialstaatsprinzip dient oder die Freiheitsgrundrechte mit einer Leistungsfunktion aufgeladen werden, wie es auch sonst bei sozialen Leistungsansprüchen gegen den Staat der Fall ist,<sup>108</sup> kann dies nicht über das Problem der Nichtstaatlichkeit des Anbieters hinweghelfen. Zudem ist die Rechtsfolge, selbst im geringstmöglichen Maße des Willkürverbots, nur Bestandteil von Art. 3 GG, nicht aber der Freiheitsrechte,<sup>109</sup> unter die ein Grundrecht auf Teilhabe fiel. Es würde mithin eine Verknüpfung zwischen Tatbestand einer Grundrechtskategorie und Rechtsfolge einer anderen Grundrechtskategorie vorgenommen. Auch wegen dieses Konnexes zwischen einer Freiheitsgewährleistung mit einer Gleichheitsfolge bildet die Relevanz für das gesellschaftliche Leben daher kein systemkonformes Kriterium für eine „spezifische Konstellation“.

bb) Der IPwskR als Erfordernis für ein Einschreiten des Verfassungsrechts?

Das *BVerfG* spricht in der „Stadionverbot“-Entscheidung davon, dass „der Sache nach“ durch die Verpflichtung der Stadionbetreiber zur Beachtung von Art. 3 Abs. 1 GG auch das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben gem. Art. 15 Abs. 1a IPwskR Anwendung findet.<sup>110</sup> Die Erwähnung steht in unmittelbarer Nähe zur Einführung des Kriteriums der „spezifischen Konstellation“. Eine Verpflichtung der Stadionbetreiber aus Art. 15 Abs. 1a IPwskR ist nicht ausgeschlossen, denn völkerrechtliche Verträge können jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbare Individualpflichten begründen.<sup>111</sup> Es stellen sich aber einige Vorfragen: Art. 15 Abs. 1a IPwskR

---

<sup>107</sup> Irreführend insoweit *Rißner*, in: Merten/Papier (Fn. 24) § 40 Rn. 1 und *Starck*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 41 Rn. 1, die offensichtlich nicht das gleiche Begriffsverständnis teilen und aufeinander verweisen.

<sup>108</sup> BVerfGE 33, 303 (329 ff.) (Numerus clausus); *Starck*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 41 Rn. 19 ff.; *Huster/Rux* in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 20 Rn. 216.

<sup>109</sup> Die fundamentalen Unterschiede zwischen Freiheits- und Gleichheitsgewährleistungen in Struktur, Funktion und Prüfung arbeitet *Heun*, in: Merten/Papier (Fn. 24), § 34 Rn. 42 ff. heraus.

<sup>110</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 42) (Stadionverbot); *Michl* (Fn. 9), S. 916, meint, der *Senat* sehe die Norm nicht als entscheidungserheblich an, weil sie nur „zugleich“ Anwendung finde.

<sup>111</sup> *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte – Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, 2014, S. 76 ff.



müsste unmittelbar anwendbar sein und den Einzelnen berechtigen<sup>112</sup> – schon die individuelle Rechtsqualität der IPwskR-Gewährleistungen wurde lange Zeit in Abrede gestellt, sie wurden als bloße Programmsätze begriffen.<sup>113</sup> Weit schwieriger zu bewältigen ist die Frage nach der Verpflichtung Privater. Voraussetzung hierfür ist, dass der Vertragstext eine solche Auslegung überhaupt ermöglicht.<sup>114</sup> Das *BVerfG* legt hierfür einen sehr strengen Maßstab an; der Text müsse den Willen der Vertragsschließenden, Pflichten zu begründen, „unzweideutig“ zum Ausdruck bringen.<sup>115</sup> Die Art. 1 Abs. 3, 2, 16-25 IPwskR zeigen, dass Adressaten des Pakets nur die Unterzeichnerstaaten sind. Auch lässt der Wortlaut des Art. 15 IPwskR<sup>116</sup> eine mögliche Bindung Privater nicht als vorhersehbar erscheinen.<sup>117</sup> Damit scheidet eine unmittelbare Pflicht der Stadionbetreiber aus Art. 15 Abs. 1a IPwskR,<sup>118</sup> sodass die andernfalls offene Frage, welche Kontrollkompetenz dem *BVerfG* überhaupt zukäme, nicht vertieft werden muss.<sup>119</sup>

Ein anderer Weg der möglichen Einwirkung des IPwskR auf das Verfassungsrecht ist die Auslegung der Grundrechte in seinem Lichte.<sup>120</sup> Hier

---

<sup>112</sup> Zur Unterscheidung *Peters* (Fn. 111), S. 447 ff.; zur unmittelbaren Anwendbarkeit *Lohmann*, Das Scheininstitut der unmittelbaren Anwendbarkeit, 2019, passim.

<sup>113</sup> Vgl. zur Entwicklung nur *Hamm/Kocks*, 40 Jahre UN-Sozialpakt: Bilanz und Perspektiven, *Friedens-Warte* 81 (2006), 87 (87); zur Änderung der Lage auf völkerrechtlicher Ebene durch das auch von Deutschland noch nicht ratifizierte (vgl. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR\\_Map\\_CESCR-OP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_CESCR-OP.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.7.2022)) Zusatzprotokoll *Lohmann* (Fn. 112), S. 161 ff.

<sup>114</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 78 f.

<sup>115</sup> BVerfGE 40, 141 (164 f.) (Ostverträge); BVerfGE 43, 203 (209) (deutsch-tschechoslowakischer Vertrag); dazu *Peters* (Fn. 111), S. 78 f.

<sup>116</sup> „The States Parties (...) recognize the right of everyone“.

<sup>117</sup> Letzteres lässt *Peters* (Fn. 111), S. 79, ausreichen, weist aber sogleich darauf hin, dass die Vorhersehbarkeit von Individualpflichten *de lege lata* bei keinem Menschenrechtsvertrag gegeben ist.

<sup>118</sup> *Lohmann* (Fn. 112), S. 197 betont, dass sich aus der nicht bindenden Präambel des IPwskR, die die Zusammenarbeit mit Individuen zur Erreichung der Ziele des Pakts erwähnt, nichts anderes ergibt.

<sup>119</sup> Insbesondere die Frage, ob der Pakt über Art. 25 GG gilt (ablehnend *Lohmann* (Fn. 112), S. 175 ff.) spielt daher hier keine Rolle, da selbst in diesem Fall eine Privatwirkung außer Betracht kommt.

<sup>120</sup> S. o. **B. I. 2.** Zu den Menschenrechten als Maßstab der Verfassungskonkretisierung nur *Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, *VVDStRL* 36 (1977), 7 (50 ff.); *Sommermann*, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung, *AöR* 114 (1989), 391 (391 ff., 420) und speziell zum IPwskR *Lohmann* (Fn. 112), S. 179. Erstmals wandte das *BVerfG* diese Auslegungsmethode bezogen auf die EMRK in BVerfGE 74, 358 (370) (Unschuldsvermutung) an.

aber muss es einen Ansatzpunkt innerhalb der Grundrechte geben.<sup>121</sup> Die menschenrechtsfreundliche Auslegung ist zudem durch Wortlaut und Ratio der Grundrechte begrenzt.<sup>122</sup> Art. 15 Abs. 1a IPwskR kann daher nicht funktionell über Grundrechte, auf die er einwirkt, hinaus – hier verbleibt wohl nur Art. 2 Abs. 1 GG – selbständige Rechtsfolgen begründen. Der Besuch eines Fußballspiels unterfällt zwar Art. 15 Abs. 1a IPwskR,<sup>123</sup> sodass er grundsätzlich im Rahmen der Schutzpflicht des Unterzeichnerstaats<sup>124</sup> Deutschland<sup>125</sup> zum Tragen kommen kann.<sup>126</sup> Eine solche Berücksichtigung kann aber die Staatsgerichtetheit und die Einordnung in Art. 2 Abs. 1 GG nicht überwinden. Es bleibt also beim Verweis „der Sache nach“ ohne Entscheidungserheblichkeit.

### c) Ergebnis

Die Eröffnung einer Veranstaltung ohne Ansehen der Person kann schon deshalb kein Kriterium für eine „spezifische Konstellation“ sein, weil Folge das wäre, was das *BVerfG* selbst<sup>127</sup> ablehnt: Die Pflicht, Vertragsbeziehungen kraft eines ausstrahlenden Art. 3 Abs. 1 GG gleichheitsgerecht zu gestalten. Auch die Relevanz einer Veranstaltung für das gesellschaftliche Leben kann eine solche Rechtsfolge nach derzeit geltendem Verfassungsrecht nicht auslösen: Ein entsprechendes Grundrecht besteht nicht, durch das der Zivilrichter, etwa im Wege einer staatlichen Schutzpflicht, den Veranstalter zur Begründung eines Ausschlusses verpflichten kann.

---

<sup>121</sup> *Sommermann* (Fn. 120), S. 419; BVerfGE 138, 296 (356 Rn. 149) (Kopftuchverbot).

<sup>122</sup> *Sommermann* (Fn. 120), S. 418 m. w. N.

<sup>123</sup> Vgl. zum weiten Kulturbegriff des Art. 15 IPwskR *O’Keefe*, The „Right to take part in cultural life“ under Article 15 of the ICESCR, in: *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998), 904 (904 ff.). Das CESCR nennt in seinen General Comments zum IPwskR, UN-Doc. E/C.12/GC/21, Ziff. 16 den Zugang zu Sportstadien ausdrücklich, weshalb *Michl* (Fn. 9), S. 913, vermutet, der *Senat* nenne den IPwskR v. a. aus diesem Grund; der Verweis wirke eklektisch.

<sup>124</sup> Deutschland ratifizierte den IPwskR im Jahr 1973, vgl. BGBl. 1973 II, S. 1569.

<sup>125</sup> Das CESCR, UN-Doc. E/C.12/1998/24, Ziff. 15 adressiert sogar ausdrücklich die Gerichte der Unterzeichnerstaaten; *Lobmann* (Fn. 112), S. 165 f. stellt klar, dass eine Pflicht zur Beachtung aber nur in den Grenzen des jeweiligen Verfassungsrechts möglich ist.

<sup>126</sup> Der IPwskR wurde freilich im Gewand des Vertragsgesetzes Bestandteil des einfachen Rechts, kann als solcher aber höchstens als Motiv der Entscheidung dienen, *Smets* (Fn. 85), S. 36.

<sup>127</sup> Und zwar signalartig im ersten Leitsatz, BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, 283 Rn. 40) (Stadionverbot).

## 2. Ungleichgewicht der Parteien

Im auf die „Stadionverbot“-Entscheidung folgenden „Hausverbot“-Beschluss führt das *BVerfG* aus, eine Bindung des Hoteliers an Art. 3 GG liege nicht nur nicht vor, weil der Hotelbesuch keine Relevanz für das gesellschaftliche Leben habe, sondern auch, weil keine Monopolstellung oder strukturelle Überlegenheit der Hotelbetreiberin vorläge.<sup>128</sup> Auch dies nimmt Bezug auf die „Stadionverbot“-Entscheidung, nach der ein Monopol oder strukturelle Überlegenheit eines Privaten „möglicherweise“ ebenfalls zu einem Willkürverbot führen.<sup>129</sup> Stillschweigend erhebt das *BVerfG* damit das noch zum „Stadionverbot“ obiter Gesagte zu (seinem) Tatbestandsmerkmal für eine „spezifische Konstellation“.<sup>130</sup> Fraglich ist aber, ob ein solcher Konnex zwischen dem Tatbestand „Monopol oder strukturelle Überlegenheit“ und der Rechtsfolge „Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG“ überhaupt verfassungsgemäß ist. Der Begriff der strukturellen Überlegenheit bedarf näherer Definition. Soweit damit die Macht des Überlegenen gemeint ist, wegen der Exklusivität seines Angebots über Vertragsschluss und -ausgestaltung zu entscheiden,<sup>131</sup> kommt er dem Monopol respektive Marktbeherrschung (§ 18 GWB) sehr nahe. Es könnte aber auch die ledigliche (Verhandlungs-)unterlegenheit des einen Teils gemeint sein.<sup>132</sup> Der Fokus könnte auch auf der „Struktur“ liegen. Schließlich könnte hinter dem Begriff (partielle) Staatsgleichheit des Überlegenen stehen.<sup>133</sup>

### a) Monopol

Das *BVerfG* selbst nennt in den „Stadionverbot“ und „Hausverbot“-Entscheidungen ausdrücklich den Begriff „Monopol“<sup>134</sup> als mögliches Anwendungsfeld für eine „spezifische Konstellation“. In der „III. Weg“-

<sup>128</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770 Rn. 8) (Hausverbot).

<sup>129</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot).

<sup>130</sup> Die Rezipienten der Entscheidung fokussieren sich allzu sehr auf den in dieser Entscheidung vermeintlich im Vordergrund stehenden Art. 3 Abs. 3 GG und verkennen dies, vgl. *Grünberger/Washington* (Fn. 84), S. 1104 ff.; *Muckel*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, (Hausverbot), JA 2019, 956 (958); *Sachs*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 27.8.2019 – 1 BvR 879/12, (Hausverbot), JuS 2020, 185 (197). So setzen sie sich der Methodenkritik von *Bryde*, in: Reimer (Fn. 21), S. 112 f. aus. Zum Einfluss der Vielzahl an Adressaten bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf deren Formulierung *Albers* (Fn. 77), S. 277 m. Fn. 94.

<sup>131</sup> So wohl das Verständnis von *Jobst* (Fn. 12), S. 13.

<sup>132</sup> So die Konstellation und Formulierung in BVerfGE 89, 214 (232) (Bürgschaft).

<sup>133</sup> So *Smets* (Fn. 85), S. 36, der den DFB als „Fußballstaat“ bezeichnet.

<sup>134</sup> BVerfGE 148, 267 (284 Rn. 41) (Stadionverbot); *BVerfG*, NJW 2020, 3769 (3770) (Hausverbot).

Entscheidung ist von „erhebliche[r] Marktmacht“<sup>135</sup> die Rede. Dass sich untechnischer Begriffe bedient wird, die gerade nicht mit der Nomenklatur des Kartellrechts übereinstimmen – in den §§ 18 ff. GWB ist weder von einem „Monopol“ noch von einer „Erheblichkeit“ der Marktmacht die Rede – folgt dem Kalkül des *BVerfG*, sich Flexibilität und Offenheit zu bewahren.<sup>136</sup> Die Begriffswahl dient aber auch der Beschränkung: Nicht jede Marktmacht, sondern nur ein (Voll-)Monopol – die vollständige Abwesenheit von Wettbewerbern<sup>137</sup> – soll zu einem Begründungserfordernis bei der Auswahl der Vertragspartner führen. Solche Vollmonopole sind freilich selten.<sup>138</sup> Am ehesten wird das Fehlen anderer Angebote als grundrechtsverpflichtendes Moment im Bereich der sozialen Plattformen diskutiert.<sup>139</sup> Auch das *BVerfG* spricht in diesem Kontext von der Maßgeblichkeit des Art. 3 Abs. 1 GG und dem möglichen Vorliegen einer „spezifischen Konstellation“.<sup>140</sup> Eine Hauptsacheentscheidung dazu, ob Social-Media-Giganten wie Facebook unter eine „spezifische Konstellation“ fallen, ist aber noch nicht ergangen.<sup>141</sup>

Die Social-Media-Fälle, bei denen es meist um die Löschung einzelner Beiträge oder den gänzlichen Ausschluss einzelner Nutzer geht, liegen aber auch insoweit anders, als dass die Aktivität der Nutzer unter mehrere Freiheitsgrundrechte fällt, insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Ausprägung der informationellen Selbstbestimmung.<sup>142</sup> Wenn das *BVerfG* in Zukunft feststellen sollte, dass Kontrahierungszwänge oder (Begründungs-)pflichten beim Ausschluss von Nutzern verfassungsrechtlich geboten sind, ist eine dogmatisch fundierte Konstruktion (nur) über diese Grundrechte, sei es über eine staatliche Schutzpflicht oder die Ausstrahlungsformel, denkbar. Sie ist auch naheliegender als die Herangehensweise, Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtsfolge

<sup>135</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg).

<sup>136</sup> Zur Relevanz eigener Präjudizien des *BVerfG* für seine künftige Entscheidungsfindung *Lepsius*, in: Jestaedt (Fn. 22), S. 200 f.

<sup>137</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker III (Deutsche und Europäische Fusionskontrolle), 6. Aufl. 2020, § 36 GWB Rn. 123 ff.

<sup>138</sup> *Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 137), § 36 GWB Rn. 125; s. auch *Müller/Klaus*, Monopole, 2020, S. 117.

<sup>139</sup> *Muckel* (Fn. 130), S. 957; *Jobst* (Fn. 12), S. 15; *Friebe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1699).

<sup>140</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg).

<sup>141</sup> Wobei schon der Bezug auf die „Stadionverbot“-Formel in *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1935) (III. Weg) die Offenheit des *Senats* für eine Übertragung auf Social-Media-Fälle nahelegt. Vgl. zu diesem Themenfeld ausführlich *Schiek*, Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken, StudZR WissOn 2021, 61 (61 ff., 76 ff.).

<sup>142</sup> *BVerfG*, NJW 2020, 300 (306 ff. Rn. 77 ff.) (Recht auf Vergessen I).

zu nennen, als Rechtsgrund aber nur eine nicht näher verfassungsrechtlich untermauerte „spezifische Konstellation“. Kontrahierungszwänge oder die Pflicht zur Begründung der Löschung von Inhalten bzw. ein Nutzausschluss als Rechtsfolge mögen den Anschein haben, als folgten sie aus einer Bindung aus Art. 3 Abs. 1 GG. Tatsächlich wären sie das Ergebnis der privatwirkenden Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG. Aus kartellrechtlicher Perspektive ist zudem zu beachten, dass die Feststellung der Marktmacht von Anbietern wie Facebook jedenfalls nicht ohne weiteres möglich ist.<sup>143</sup> Aber selbst, wenn etwa Facebook eine Monopolstellung auch im kartellrechtlichen Sinne haben sollte, begründet eben nicht diese mögliche Pflichten, sondern die Privatwirkung der einschlägigen Freiheitsgrundrechte.<sup>144</sup> Es spielt sicher eine Rolle, dass Vollmonopole ansonsten fast nirgends existieren, wenn sowohl das *BVerfG* diesen Begriff verwendet als auch Stimmen aus der Literatur die Zulässigkeit einer Bindung an den Gleichheitssatz jedenfalls für Monopole konzedieren.<sup>145</sup> Nicht zuletzt mag dies aus Billigkeitserwägungen geschehen. Eine verfassungsrechtliche Herleitung der Gleichheitsbindung des Vollmonopolisten ist jedenfalls erstaunlich rar bis nicht vorhanden. Teils wird die bloße Vergleichbarkeit mit dem Staat/Bürger-Verhältnis angeführt.<sup>146</sup> Dies wirkt jedoch etwas phrasenartig, wenn bedacht wird, dass die Angewiesenheit des Nachfragenden auf einen Anbieter ökonomisch-tatsächlicher Natur ist und nur auf sehr abstrakter Ebene mit der Machtunterworfenheit der Bürger unter den Staat verglichen werden kann.

Aber auch das Zivilrecht erkennt Kontrahierungszwänge bei Vollmonopol an. Basis dafür ist nicht das GWB, dessen Kontrollanspruch immer weiter Raum greift,<sup>147</sup> sondern im allgemeinen Zivilrecht insbesondere § 826 BGB,<sup>148</sup> und das

---

<sup>143</sup> *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Siebner/Holzner, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 10 Rn. 182.

<sup>144</sup> Der Begriff des „öffentlichen Forums“, geprägt durch *BVerfGE* 128, 226 (253) (Fraport), hilft nicht weiter, denn auch er bewegt sich innerhalb der Freiheitsgrundrechte Art. 8 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; krit. zum Begriff als solchem *Enders*, Anmerkung zu *BVerfG*, Erster Senat, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 (Fraport), *JZ* 2011, 577 (579); *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>145</sup> Nach *Heun*, in: *Dreier I*, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 70 ist die Ausnahme für Monopole „weithin anerkannt“.

<sup>146</sup> *Kischel*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93; so begründete schon *Nipperdey* (Fn. 30), S. 21, die „unmittelbare Drittwirkung“.

<sup>147</sup> Zur europarechtsbedingten Ausweitung der hieraus folgenden wirtschaftspolitischen Kontrahierungszwänge m. w. N. nur *Busche*, in: *MüKo-BGB I*, 9. Aufl. 2021, vor § 145 BGB Rn. 18.

<sup>148</sup> Vgl. nur *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs, *AcP* 180 (1980), 1 (10 ff.); *Busche*, in: *MüKo-BGB* (Fn. 147) vor § 145 BGB Rn. 21, der

seit der Rechtsprechung des RG.<sup>149</sup> Auch wenn in diese Generalklausel nach der Ausstrahlungsformel des *BVerfG* die Wertordnung des GG einfließt, hat sich schon zuvor eine Judikatur verfestigt, die mit Mitteln des einfachen Rechts den Missbrauchsgefahren begegnet. Freiheitsrechte strahlen bei der zivilgerichtlichen Herleitung von Kontrahierungszwängen in § 826 BGB aus und wirken zudem in ihrer Schutzpflichtendimension, insoweit kann das *BVerfG* auch deren Einhaltung kontrollieren. An Vollmonopolismus aber unmittelbare Pflichten aus Art. 3 Abs. 1 GG anzuknüpfen, ist nicht erforderlich, da das Zivilrecht das Problem allein bewältigt; das Untermaßverbot<sup>150</sup> wird durch die ständige Rechtsanwendung nicht verletzt.<sup>151</sup> Möglich wäre hingegen die Ausweitung der Wirtschaftsgesetzgebung.<sup>152</sup>

*b) Monopol und Relevanz der Dienstleistung in Kumulation*

Relevanz der Privatveranstaltung für die Teilhabe am Sozialleben und Monopolstellung eines Privaten können jeweils für sich keine Verpflichtung zu sachlicher Begründung beim Ausschluss von Kunden auslösen. Im „Stadionverbot“-Fall kommen diese beiden Elemente aber zusammen: Nur der DFB bietet in Deutschland Fußball-Sport im Ligasystem an; zudem trägt der Beschwerdeführer vor, dass die Teilnahme an den Spielen für die Gestaltung seines Freizeitens von hoher Bedeutung sei.<sup>153</sup> So könnte das Zusammentreffen der beiden Kriterien das Vorliegen einer „spezifischen Konstellation“ bestimmen. Dies wird denn auch teilweise als sich bereits aus der

---

selbst für eine verschuldensunabhängige Herleitung aus § 1004 BGB analog plädiert; *ders.* (Fn. 91), *passim*; auf die Parallelen der Herleitung in der Schweiz (Art. 41 OR) und Österreich (§ 879 ABGB) weist *Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, *VVDStRL* 74 (2014), 405 (416) Fn. 43 hin.

<sup>149</sup> RGZ 133, 388 (390 f.) (Theaterkritiker), in dem damaligen Fallproblem sieht dann auch *Neumer* (Fn. 12), S. 1854, den Kern des „Stadionverbot“-Falls.

<sup>150</sup> *Canaris* (Fn. 52), S. 218; auch wenn der Ausstrahlungsformel gefolgt wird, wäre die nach *BVerfGE* 7, 198 (207) (Lüth) auch dort bestehende Schwelle nicht unterschritten.

<sup>151</sup> Wenn sich das *BVerfG* auf die Seite der Einzelstimmen schließe, die eine Pflicht zur Kontrahierung nicht aus § 826 BGB, sondern aus Art. 3 Abs. 1 herleiten, verstieße es gegen das Verbot der Fachrechtsrevision – zur Zivilrechtsimmanenz der Streitigkeiten, auf welcher Grundlage eine Korrektur bei Parteiungleichgewicht erfolgen sollte *Lobinger*, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, *AcP* 216 (2016), 28 (71); vgl. auch *Busche* (Fn. 89), S. 27.

<sup>152</sup> So kann auch die Darstellung von *Pöschl* (Fn. 148), S. 416 f. fortgedacht werden, die feststellt, dass es immer wieder zur *gesetzlichen* Festsetzung judikativen Grundrechtsschutzes gekommen ist. Für eine Kodifikation der Anforderungen für den Ausspruch von Stadionverboten plädiert *Smets* (Fn. 85), S. 37.

<sup>153</sup> *BVerfGE* 148, 267 (275 Rn. 19) (Stadionverbot).

Entscheidung ergebende Regel angesehen.<sup>154</sup> Die Relevanz der Veranstaltung oder Dienstleistung müsse für einen Großteil der Bevölkerung vorliegen, Monopol sei als faktische Machtstellung des Anbieters und Ausweglosigkeit auszulegen, die gewünschte Leistung anderweitig zu erhalten.<sup>155</sup> Diese Formel ist in erster Linie als zu unscharf, ja beliebig zu kritisieren: Wer stellt auf Grundlage welcher Daten die Relevanz einer Leistung fest? Welche Kriterien sind an die „faktische“ staatsgleiche Machtstellung anzulegen?<sup>156</sup> Der berühmte Hochzeitstorten-Fall<sup>157</sup> ließe sich wohl ohne Weiteres unter einen solchen Tatbestand subsumieren, aber mit entsprechender Argumentation aber eben auch nicht.<sup>158</sup>

Zudem stellt sich auch hier die Frage nach der verfassungsrechtlichen Grundlage einer staatlichen Pflicht, Anbieter an Art. 3 Abs. 1 GG zu binden. Hinsichtlich sozialer Netzwerke wurde die Maßgeblichkeit anderer Grundrechte bereits festgestellt. Im „Stadionverbot“-Fall kommt nur Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht, denn unter den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fällt ein Stadionbesuch nicht und auch ein „Grundrecht auf soziale Teilhabe“ existiert nicht. Daher widerspricht sich das *BVerfG* in gewisser Weise selbst, wenn es zum einen die Relevanz der Freiheitsbeschränkung ablehnt, Fußballspiele nicht betrachten zu können, andererseits aber in der „spezifischen Konstellation“ auf die Bedeutung derlei Ereignisse für die Lebensgestaltung des Beschwerdeführers rekurriert.<sup>159</sup>

Bei möglichen weiteren Fällen, die sich unter der Kumulationsformel bilden lassen, zeigt sich, dass oft nur Art. 2 Abs. 1 GG infrage kommt, etwa beim Einkauf von Nahrungsmitteln oder beim Besuch von Veranstaltungen, die nicht unter die Kunstfreiheit fallen. Wenn überall hier eine Verpflichtung zur Beachtung eines sachlichen Grundes für eine Ablehnung des Vertragsschlusses statuiert würde, wäre der staatliche Zugriff auf die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse grenzenlos. Gegen einen Durchgriff von Art. 3 Abs. 1

---

<sup>154</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b; *Seyderhelm*, Anmerkung zu BVerfG, Erster Senat, 2. Kammer, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 (III. Weg), NVwZ 2019, 962 (962); zur Kritik an der vorschnellen Entkontextualisierung s. o. Fn. 71, 77.

<sup>155</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>156</sup> Kritisch zur Offenheit dieser Voraussetzung auch *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909.

<sup>157</sup> *U. S. Supreme Court, Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 4.6.2018, 138 S. Ct. 1719 (2018): Verpflichtung eines Konditors in ländlicher Gegend, eine Hochzeitstorte herzustellen?

<sup>158</sup> *S. Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

<sup>159</sup> BVerfGE 148, 267 (282 Rn. 38, 283 f. Rn. 41) (Stadionverbot).

GG auf sämtliche Bereiche des Privatrechts verwehrt sich die allgemeine Meinung einschließlich des *BVerfG* zurecht.<sup>160</sup>

*c) Verhandlungsungleichgewicht im Einzelfall*

Nicht nur im „Stadionverbot“-Fall, sondern oft ist die Parität zwischen zwei Privaten gestört. Das *BVerfG* hat hier schon früh Korrekturpflichten kraft einwirkender Grundrechte angenommen.<sup>161</sup> Wenn Verhandlungsdisparität eine „spezifische Konstellation“ auslöste, müssten (über-)starke Akteure ihre Vertragspartnerwahl künftig von Verfassungen wegen sachlich begründen. So wie die AGB-Kontrolle, §§ 305 ff. BGB, Missbrauch bei vorgefertigten Vertragsbedingungen verhindert,<sup>162</sup> könnte eine Pflicht zur sachlichen Begründung aus Art. 3 Abs. 1 GG allgemein missbräuchlichen Entscheidungen Überlegener entgegenwirken. Indes betont das *BVerfG*, dass eine Korrektur in diesem Sinne im „Stadionverbot“-Fall nicht geboten ist.<sup>163</sup> Ein Eingriff des Verfassungsrechts in die Privatautonomie erfolgt nach eigener Rechtsprechung nur um ihrer selbst willen: Der Idealtypus zweier Verhandelnder auf Augenhöhe, den das Prinzip der Privatautonomie voraussetzt,<sup>164</sup> ist bei Überlegenheit eines Teils gestört. Gegen die faktisch einseitige Festlegung von Bedingungen kann der Unterlegene seine verfassungsrechtlich garantierte<sup>165</sup> Privatautonomie geltend machen.<sup>166</sup> Zivilgerichtliche Entscheidungen wegen Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG werden vom *BVerfG* auch hier nur in den Grenzen des Untermaßverbots kassiert.<sup>167</sup> Dass eine Gleichheitsbindung des Überlegenen der Wiederherstellung

<sup>160</sup> BVerfGE 148, 267 (267 Ls. 1, 283 Rn. 40) (Stadionverbot); *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 70 f.; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909; *Mickl* (Fn. 9), S. 914 f. („vollständige Sinnentleerung“ der Privatautonomie); s. auch **C. II. 1. a)**.

<sup>161</sup> BVerfGE 81, 242 (254 f.) (Handelsvertreter); BVerfGE 89, 214 (232 ff.) (Bürgerschaft).

<sup>162</sup> Hindernis im „Stadionverbot“-Fall war freilich, dass der ausgeschlossene Fußballfan mit dem DFB keinerlei Vertrag geschlossen hatte: *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78).

<sup>163</sup> BVerfGE 148, 267 (282 f. Rn. 28) (Stadionverbot), wo es schwammig heißt: „Beschwer (...) erlangt ihr verfassungsrechtliches Gewicht (...) nicht“ durch die Betroffenheit in Art. 2 Abs. 1 GG.

<sup>164</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 10.

<sup>165</sup> S. o. Fn. 89.

<sup>166</sup> Zum Ganzen *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, P. (Fn. 93), § 150 Rn. 115 und *Busche* (Fn. 89), S. 28 f., 60 f., der davor warnt, dieser Figur eine materielle Gerechtigkeitskontrolle zu entnehmen, die verfassungsrechtlich nicht geboten sei – auch der zivilrechtsimmanent entwickelten allgemeine Kontrahierungszwang *Busches* soll nicht von Gerechtigkeitsabwägungen geleitet sein (S. 140). Zur Diskrepanz des Verständnisses der Privatautonomie im Verfassungsrecht und bürgerlichen Recht *Wielsch* (Fn. 47), S. 743 ff.

<sup>167</sup> BVerfGE 89, 214 (233 f.) (Bürgerschaft); dennoch wird diese Kontrolle des Art. 2 Abs. 1 GG von Teilen der Zivilrechtslehre als Einmischung des *BVerfG* als Superrevisionsinstanz kritisiert, etwa von *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als



der Privatautonomie nicht dienen kann, zeigt die Funktionsweise des Schutzmechanismus: Das *BVerfG* verweist die Sache an die Fachgerichte zurück, die mit ihrem fachlichen und erkenntnistechischen Vorsprung<sup>168</sup> erneut entscheiden, und erfüllt so die verfassungsrechtliche Gewähr der Privatautonomie.

Wenn nun stattdessen eine direkte Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG die Folge wäre, würde die Möglichkeit der Zivilgerichte, im breiten Rahmen der Generalklauseln und anderer Instrumente die materiellen Belange der Parteien in Ausgleich zu bringen, im Keim erstickt. Grund hierfür ist die starre Rechtsfolge des Art. 3 Abs. 1 GG,<sup>169</sup> die das differenzierte Privatrechtssystem umgeht. Dass die Zivilgerichte die Grundrechtsrelevanz im „Stadionverbot“-Fall sahen und selbst eine Begründung eines Verbots forderten,<sup>170</sup> verdeutlicht exemplarisch, dass die Zivilgerichte sachgerecht, verfassungskonform und obendrein sachnäher mit Fällen gestörter Vertragsparität umgehen als es die Aufoktroierung einer Gleichbehandlungspflicht je könnte.<sup>171</sup> Eine Pflicht zur sachlichen Begründung eines Stadionverbots mag *common sense*<sup>172</sup> sein und einem auch verfassungsrechtlichen Billigkeitsgefühl entsprechen, sie ist aber schon auf zivilrechtlicher Ebene auszusprechen. Das *BVerfG* sollte sich mithin auch weiter damit begnügen, nach der Feststellung der Verletzung der Garantie der Privatautonomie an die Zivilgerichte zurückzuverweisen. Sollte es feststellen, dass die Anwendung bestehender Gesetze nicht ausreicht, kann es den Gesetzgeber zur Neuregelung verpflichten, § 31 Abs. 1 BVerfGG.

#### d) Struktur des Überlegenen

„Strukturelle Überlegenheit“ meint die Strukturiertheit der Überlegenheit, mithin Typisierbarkeit der Fallgestaltungen. Aber auch die vorgefundene Struktur des

---

oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171 (217 ff.), zugespitzt S. 258 und *Lobinger* (Fn. 151), S. 71; sehr kritisch zum Ganzen auch *Adomeit*, Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild?, NJW 1994, 2467 (2467 ff.).

<sup>168</sup> Die Zivilgerichte repräsentieren nur den Erkenntnisvorrang der *Rechtsebene* Privatrecht, hierzu *Ruffert* (Fn. 22), S. 51.

<sup>169</sup> S. o. **C. II. 1. a)** m. Fn. 91.

<sup>170</sup> *AG Duisburg*, Urt. v. 13.3.2008 – 73 C 1565/07; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (78); *BGH*, NJW 2010, 534 (535 f.).

<sup>171</sup> Wenn die Zivilgerichte selbst mit dem allgemeinen Gleichheitssatz argumentieren, wie *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27), tun sie dies in Ausübung des ihnen zukommenden Erstzugriffs auf das Privatrecht und unter Berücksichtigung der Privatautonomie der Parteien, vgl. auch die dort getroffenen Ausführungen im Zusammenhang mit der Nennung von Art. 3 Abs. 1 GG, dessen Anwendung anscheinend gerade der Wiederherstellung der Privatautonomie dienen soll.

<sup>172</sup> So sieht es *Ruffert* (Fn. 14).

DFB könnte relevant sein. Eine gewisse Staatsähnlichkeit ist nicht von der Hand zu weisen.<sup>173</sup> Schon eine Struktur, die der staatlichen nahekommt, könnte über ein ebensolches Gefährdungspotential<sup>174</sup> zu im Ergebnis staatsgleichen Bindungen führen. Eine Gefährdung durch nur staatsähnliche Strukturen kann es aber vor dem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des Gleichheitsgrundrechts nicht geben: Dieses sollte Statusgleichheit vor dem das Gewaltmonopol innehabenden Staat gewähren und so staatliche Ungleichbehandlung wegen des Standes verhindern.<sup>175</sup> Nach dieser historischen Ratio von Art. 3 Abs. 1 GG ist dem zu begegnenden Gefährdungspotenzial damit gerade inhärent, dass es vom Staat ausgeht.

Nun stellt die historisch-genetische Auslegung im Verfassungsrecht eine „unentbehrliche Normativitätssicherung“<sup>176</sup> dar, beantwortet jedoch gerade nicht die Frage danach, ob nicht jüngere Entwicklungen ein neues Normverständnis nötig machen.<sup>177</sup> Eine Abkehr vom soeben aufgezeigten Verständnis des Gleichheitsgrundrechts käme indes geradezu seiner Entkernung gleich. Eine solche Wende wäre aber gar nicht vonnöten, wenn die Interessen der Betroffenen in den diskutierten Fallgestaltungen effektiv und unter Rückbindung an die Verfassung zu schützen wären.

#### e) Funktionelle Staatsgleichheit

Um dies zu ermitteln, ist nun der unmittelbare Vergleich des überlegenen Privaten mit dem Staat zu ziehen. Teils wird denn auch eine jedenfalls partielle Staatsgleichheit des ausschließenden Konglomerats aus MSV, DFL und DFB als maßgeblich für den Ausgang des „Stadionverbot“-Falls erachtet.<sup>178</sup> Diesen

---

<sup>173</sup> Vgl. das umfassende Verbandsrecht, die Gremien und Organe: <https://www.dfb.de/verbandsservice/verbandsrecht/satzung-und-ordnungen/>. Paradigmatisch ist der Begriff „Bundestag“ für das höchste Gremium des Verbands, <https://www.dfb.de/verbandsstruktur/bundestag/start/> (beide zuletzt abgerufen am 6.7.2022).

<sup>174</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b; *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, JöR 75 (2017), 1 (35 ff.), der überzeugend darlegt, dass die Bewältigung solcher Gefährdungen durch das einfache Recht vorzuzugswürdig ist.

<sup>175</sup> *Pietzcker*, in: Merten/Papier (Fn. 8), § 125 Rn. 2 mit Verweis auf einige historische Vorbilder: Art. 6 D.D.H.C., Art. 4 Preuß. Verfassung v. 1850, § 137 Paulskirchenverfassung v. 1849.

<sup>176</sup> *Reimer* (Fn. 46), S. 175 m. Verweis auf die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Fn. 485.

<sup>177</sup> S. o. **A.**

<sup>178</sup> *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93a; *Michl* (Fn. 9), S. 915; *Smets* (Fn. 85), S. 36.

Eindruck mag die Anhörungspflicht verstärken, die das *BVerfG* den Ausschließenden auferlegt,<sup>179</sup> denn Sachrichtigkeit durch Verfahren ist Grundidee des Verwaltungsverfahrenrechts.<sup>180</sup> Es klingt plausibel: Wenn eine im Ergebnis staatsgleiche Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG statuiert wird, muss der Gebundene auch auf Tatbestandsebene staatsgleich zu bewerten sein. Schon der Begriff „Staatsgleichheit“ wird in den Literaturstimmen zum Stadionverbot aber erstaunlich unreflektiert verwendet. Denn ein privater Akteur ist nicht, und das würde wohl auch keiner behaupten, Staat im Sinne der Drei-Elemente-Lehre nach *Jellinek*<sup>181</sup> und damit nie *staatsgleich*. Es liegt höchstens Staatsähnlichkeit in gewissen Bereichen vor, eine *Staatsvergleichbarkeit*.

Ansatzpunkte für eine Vergleichbarkeit existieren so zahlreich wie Arten des Auftretens von Staaten gegenüber Bürgern; sie kann bspw. daraus resultieren, dass ein Privater traditionell oder vormals staatlich wahrgenommene Aufgaben übernimmt.<sup>182</sup> Dies ist im „Stadionverbot“-Fall nicht so, denn Sport- oder Kulturveranstaltungen sind auch ursprünglich keine staatliche, sondern eine zivilgesellschaftliche Domäne. Mit einer Staatsposition vergleichbar ist auch nicht die Befugnis, einen Fußballfan bei bestehendem Stadionverbot mittels Gewalt aus einem Stadion zu entfernen, denn eine solche kommt jedem Privaten aus §§ 859, 903 S. 1 BGB zu. Die *zwangsweise* Durchsetzung kann nur durch das staatliche Gewaltmonopol erfolgen. Soweit Grundrechte Antwort auf die

<sup>179</sup> BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 46 f.) (Stadionverbot). Kritik in der Sache übt *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93c mit Bezug auf *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909 und dem Argument, dass sich der Bürger gegenüber dem Überlegenen so verhalten müsse wie gegenüber einer Behörde, was für ihn nicht nur Vor- sondern auch Nachteile bringe, wie die Pflicht zur Wahrnehmung von Anhörungen.

<sup>180</sup> *Wahl*, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1982), 151 (160 f., 187); *Pietzyker*, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1982), 193, 207 ff. Die Parallele zum VwVfG ziehen dann auch *Mickl* (Fn. 9), 915; *Smets* (Fn. 85), S. 36 und *Kulicke* (Fn. 9), S. 208. Der *Senat* betont indes, dass es Verfahrenspflichten auch im Privatrecht gäbe, BVerfGE 148, 267 (285 f. Rn. 47) (Stadionverbot); *BGH*, ZIP 1989, 1321 (1321); *BAG*, Urt. v. 29.11.2007 – 2 AZR 724/06 und *BAG*, NZA 2013, 137 (137) zitierend.

<sup>181</sup> *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 394 ff. Erst recht fernliegend ist das zusätzliche Kriterium der Interaktionsfähigkeit mit anderen Staaten nach Art. 1 lit. d Konvention von Montevideo.

<sup>182</sup> Zum Problem der Privatisierung und dem damit einhergehenden Problem der Überschneidung privaten Rechts mit öffentlicher Erwartung respektive privater und öffentlicher Sphäre aus verfassungsrechtlicher Sicht *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, insb. S. 271 ff.; aus zivilrechtsdogmatischer Sicht nur *Lobinger* (Fn. 151), S. 87 f.; s. auch, mit Verweis auf die französische Lehre zum *service public*, *Busche* (Fn. 89), S. 183 ff.; aus politikwissenschaftlicher Sicht *Mende*, Global Governance und Menschenrechte – Konstellationen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit, 2020, S. 160 ff.

Befugnis des Staates zur Rechtsdurchsetzung durch Gewalt sind,<sup>183</sup> kommt eine Bindung privater Akteure also außer Betracht.

aa) Der hinreichende Schutz durch Privatwirkung der Freiheitsgrundrechte

Es bleibt nur das, was unter dem Schlagwort der staatsgleichen (staatsvergleichbaren) Machtstellung diskutiert wird.<sup>184</sup> Macht ist nach der konzisen, aber noch immer verwendbaren Definition *Webers* „jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“<sup>185</sup>

Schon die Trennung von Macht und Gewalt bei *Kant*<sup>186</sup> zeigt, dass Macht allein keine Staatsvergleichbarkeit begründet: Faktische Macht eines Privaten gegenüber einem anderen ist alltäglich. Das Ausmaß der Machtstellung Privater kann im Einzelfall sogar höher sein als die polizeiliche oder militärische Macht des Staates, denn diese kann die Nachfrage nach einem Gut oder einer Dienstleistung jedenfalls direkt nicht befriedigen. Ökonomisch-finanzielle und demokratisch legitimierte, einseitig ausübbarer Macht sind somit strukturell grundverschieden.<sup>187</sup> Der Entschärfung ersterer dient das Privatrecht, ob durch das Kartellrecht (s. o.), das Verbraucherschutzrecht im BGB oder den Arbeitnehmerschutz.<sup>188</sup> Auch das Arbeitsverhältnis an sich birgt ein Gefährdungspotential in diesem Sinne, weswegen *Nipperdey* seine Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung auch hier anwandte.<sup>189</sup> Dass das BAG ihr nicht mehr folgt,<sup>190</sup> zeigt, dass inzwischen entstandenes einfaches Recht im Grundsatz genügend Schutz vor der Gefährdung von Freiheitsgrundrechten durch mächtige private Akteure bietet.

<sup>183</sup> *Pöschl* (Fn. 148), S. 418; *Birtsch*, Die Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte als Gegenstand der Forschung, in: *Birtsch*: Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, S. 11 (18) („Grundrechtsgeschichte [als] [...] Kehrseite der Machtgeschichte“).

<sup>184</sup> Vgl. hierzu nur schon *Nipperdey* (Fn. 30), S. 16 f.; zur neueren Debatte *Kingreen* (Fn. 174), S. 35 ff.; *Peters* (Fn. 111), S. 95 f. mit Stimmen aus dem Ausland in Fn. 118; zu Forderungen nach der Legitimierung unternehmerischer Macht *Mende* (Fn. 182), S. 247 f.

<sup>185</sup> *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. 1976, S. 28.

<sup>186</sup> *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften: *Kant's gesammelte Schriften* VI, 1907, S. 203 (246).

<sup>187</sup> *Kingreen* (Fn. 174), S. 36; *Peters* (Fn. 111), S. 95; *Pöschl* (Fn. 148), S. 418 ff.

<sup>188</sup> *Kingreen* (Fn. 174), S. 36 ff.

<sup>189</sup> *Nipperdey* (Fn. 30), S. 20 ff.; von der sogenannten unmittelbaren Drittwirkung ging zunächst auch das BAG aus, s. o. Fn. 57.

<sup>190</sup> In BAG, NZA 1986, 634 (645) erkennt *Hillgruber*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art 1 Rn. 72 die Aufgabe der alten Rechtsprechungslinie.

Für die Inpflichtnahme mächtiger Privater nicht durch Grundrechte,<sup>191</sup> sondern durch das einfache Recht sprechen zunächst Legitimation und Rechtssicherheit: Dem nationalen Vorbehalt des Gesetzes und dem internationalen Legalitätsprinzip<sup>192</sup> genügt ein Parlamentsgesetz, nicht aber verfassungsgerichtliche Judikatur.<sup>193</sup> Durch die Offenheit des Machtbegriffs besteht Rechtsunsicherheit.<sup>194</sup> Zudem werden gegen die Grundrechtsverpflichtung übermächtiger Privater Argumente angeführt, die v. a. Entstehungsgeschichte und Funktion der Grund- und Menschenrechte betreffen.<sup>195</sup> Auch zur Einhegung von Machtmissbrauch ist eine Gleichheitsbindung mithin nicht statthaft. Unglücklicherweise bekräftigt das *BVerfG* aber die Tendenz zu Art. 3 Abs. 1 GG, wenn es auch in der Folgerechtsprechung von „spezifischen Konstellationen“ redet,<sup>196</sup> anstatt die hier jeweils einschlägigen Freiheitsgrundrechte der Unterlegenen<sup>197</sup> in ihrer Schutzpflichtendimension oder selbst der Ausstrahlungsformel anzuwenden.

---

<sup>191</sup> Und damit im Zweifel erst nach durchlaufenem Instanzenzug, vgl. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG.

<sup>192</sup> Zu ersterem nur BVerfGE 33, 1 (10 ff.) (Strafgefangene); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 101 Rn. 11 ff.; zu letzterem nur *Peters* (Fn. 111), S. 70 ff., 90 ff. m. w. N.

<sup>193</sup> Unter diesem Gesichtspunkt üben Kritik an den „Stadionverbot“-Entscheidung daher auch *Smets* (Fn. 85), S. 37; *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909 f. und *Ruffert*, Privatrechtswirkung der Grundrechte, NJW 2020, 1 (4); für die Anwendung bestehenden einfachen Rechts plädiert wohl *Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2014), 373 (397 f.).

<sup>194</sup> Dieses Argument läuft parallel mit dem oben unter **C. II. 2. b)** Genannten. Wohin die Offenheit führen kann, zeigt *BGH*, NJW 2013, 1519 (1521 Rn. 27), der *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 69 f. zitiert und ausführt, soziale Macht führe zu einer Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG, wohingegen *Heun* (Rn. 70) mit „Machtmissbrauch“ die seit RGZ 133, 388, (390 f.) (Theaterkritiker) im Zivilrecht verfestigte Rechtsprechung bei Monopolen meint, s. dazu oben **C. II 2. a)** m. Fn. 149.

<sup>195</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 95; *Pöschl* (Fn. 148), S. 418.

<sup>196</sup> *BVerfG*, NJW 2019, 1935 (1936) (III. Weg); *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot).

<sup>197</sup> Also Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG respektive der hinter dem Verbot der Diskriminierung aus weltanschaulichen Gründen stehende Persönlichkeitsrechts- und Würdeschutz. Das Diskriminierungsverbot leitet die herrschende Meinung indes aus einer Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG her, vgl. etwa (zu *BVerfG*, NJW 2019, 3769 (3770) (Hausverbot)) *Grünberger/Washington* (Fn. 84), S. 1106 f. sowie *Lehner* (Fn. 93), S. 410 ff., insb. 413; richtig *Lobinger* (Fn. 151), S. 84 ff.; jedenfalls eine enge Verbindung zu den Freiheitsgrundrechten erkennt auch *Ruffert* (Fn. 22), S. 177 ff.

bb) Die von der unmittelbaren Wirkung der Menschenrechte verschiedene Lage auf nationaler Ebene

Alldem wird auf internationaler Ebene bezüglich Menschenrechtsgewährleistungen entgegengehalten, dass eine staatsgleiche Bindung Privater unter bestimmten Voraussetzungen zur effektiven Rechtsdurchsetzung nötig sei.<sup>198</sup> Dort wie hier wäre Rechtsfolge also eine unmittelbare Grundrechtsbindung. Erfordernis für eine solche Bindung Privater an Menschenrechte sei eine Regulierungslücke, sodass die mittelbare Inpflichtnahme (etwa) durch Schutzpflichten zur Erreichung des Regelungsziels nicht genüge.<sup>199</sup>

Diese Beschränkung im Völkerrecht korreliert in Deutschland mit dem Unterraßverbot: Soweit und solange der Staat, insbesondere Gesetzgeber und Zivilgerichte, die Grundrechte anders effektiv schützen, ist eine Bindung ökonomisch mächtiger privater Akteure weder erforderlich noch geboten. Die Frage stellt sich im transnationalen Kontext um einiges lauter als in Deutschland,<sup>200</sup> denn dort besteht die Gefahr, dass sich ökonomisch mächtige Akteure staatlicher Regulierung entziehen. Nicht nur wird ein „*race to the bottom*“ im Hinblick auf für die Unternehmen nachteilige Regeln befürchtet;<sup>201</sup> *Global Governance* birgt schon durch die Begrenzung staatlicher Macht auf ihr Hoheitsgebiet Gefahren.<sup>202</sup> Auch das Risiko der Nichtumsetzung völkervertraglicher Pflichten durch Unterzeichnerstaaten und staatliche Schwäche kann als Argument für die unmittelbare Verpflichtung Privater durch

---

<sup>198</sup> Wobei das Problem auch hier bislang v. a. über die mit der deutschen Grundrechtslehre gleichenden Schutzpflichtendimension gelöst wurde, hierzu *Seibert-Fohr*, Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten: Bedarf nach Neuorientierung?, *ZaöRV* 73 (2013), 37 (43 ff.). Zum Diskurs um eine unmittelbare Bindung *Kinley/Tadaki*, The Emergence of Human Rights Responsibilities for Corporations at International Law, *Virginia Journal of International Law* 44 (2004), 931 ff.; *Köster*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit privater (multinationaler) Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 2010, S. 79 ff.; *Peters* (Fn. 111), S. 90 ff. <sup>199</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 68 ff. (freilich *de lege ferenda*); vgl. auch den diesen Ansatz rezipierenden *Marauhn* (Fn. 193), S. 395 f.

<sup>200</sup> So behandelt *P. Kirchhof*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 1), Art. 3 Abs. 1 Rn. 291 die Privatwirkungsproblematik des allgemeinen Gleichheitssatzes auch (nur) anhand international tätiger Unternehmen.

<sup>201</sup> Zum „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ *Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, *VVDStRL* 69 (2009), 7 (7 ff., insb. 32 ff).

<sup>202</sup> *Reinicke/Witte*, Globalisierung, Souveränität und internationale Ordnungspolitik, in: *Busch/Plümper*, Nationaler Staat und internationale Wirtschaft, 1999, S. 339 ff.; allgemein *Mende* (Fn. 182), S. 87 ff.

Menschenrechte angeführt werden,<sup>203</sup> nicht aber für die Verpflichtung eines auch noch so mächtigen Privaten aus Grundrechten des GG. Die Herausforderungen im transnationalen Bereich ergeben sich v. a. daraus, dass sich Unternehmen durch Sitzwahl und Outsourcing staatlichem Zugriff entziehen. Dem ist durch Mittel des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts und des Völkerrechts Rechnung zu tragen. Soweit private Akteure dem GG unterworfen sind, sind die aus Machtmissbrauch resultierenden Probleme durch mittelbare Bindung und gesetzgeberisches Tätigwerden lösbar. Nicht zuletzt ist Machtmissbrauch im Ausland oft deutlich extremer als in Deutschland mit seinen hohen Lebens- und Arbeitsstandards.<sup>204</sup>

cc) Keine Schutzpflichtenfunktion von Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich scheidet eine Schutzpflicht des Staates bezüglich Art. 3 Abs. 1 GG aus, weil ein Privater das nur dem Staat gegenüber geschützte Rechtsgut „Gleichbehandlung“ nicht bedrohen kann.<sup>205</sup> Wenn gleichheitswidriges Verhalten eines Privaten ausnahmsweise zu einer Pflicht staatlichen Einschreitens führt, dann nur, weil eigentlich Menschenwürde<sup>206</sup> oder die Freiheitsgrundrechte betroffen sind. Beispiel für ein aus diesem Grund<sup>207</sup> erfolgtes Einschreiten ist das AGG, das Benachteiligungen Privater durch Private aus den in seinem § 1 genannten Gründen zu verhindern sucht. Ein staatsgleiches Gefährdungspotential betrifft Art. 3 Abs. 1 GG ist nach alledem nicht möglich.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> *Peters* (Fn. 111), S. 68, 78 ff.

<sup>204</sup> *Osvika*, Zivilrechtliche Haftung deutscher Unternehmen für menschenrechtsbeeinträchtigende Handlungen ihrer Zulieferer, 2014, S. 136 f.; *Hübner*, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, 2022 (im Erscheinen), S. 1 f.

<sup>205</sup> S. bereits **C. II. 2. d**). Vgl. für die Ablehnung einer Schutzpflicht nur *Heun*, in: Dreier (Fn. 145), Art. 3 Rn. 71; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 1), § 191 Rn. 222 m. w. N.; dazu, dass eine Schutzpflicht des Staates bezüglich der Herstellung gleicher Ausgangspositionen besteht, *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, P.: Handbuch des Staatsrechts VIII, 3. Aufl. 2010, § 183 Rn. 168 ff.; dies ist aber nichts anderes als die Schaffung gleicher Voraussetzungen für die Ausübung privatautonomes Verhaltens; zur Problematik der Herstellung „faktischer Gleichheit“ als Schutzpflicht *Heun*, in: Dreier I (Fn. 145), Art. 3 Rn. 67 ff.; dazu, dass letzteres Aufgabe des öffentlichen und nicht des Privatrechts ist, *Lobinger* (Fn. 93), S. 116.

<sup>206</sup> Statt aller nur *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 91 sowie die Nachweise in Fn. 195.

<sup>207</sup> *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, P. (Fn. 205), § 183 Rn. 168.

<sup>208</sup> So aber *Kischel*, in: BeckOK-GG (Fn. 1), Art. 3 Rn. 93b.

### 3. Daseinsvorsorge

Immer mehr Aufgaben der Daseinsvorsorge, Erfüllung menschlicher Grundbedürfnisse durch den Staat als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips,<sup>209</sup> werden an Private überführt (z. B. Post, Telekommunikation, Eisenbahn).<sup>210</sup> In diesen Bereichen sind stets unterverfassungsrechtliche Normen vorhanden, die den Betreibern Kontrahierungs- und Ausgestaltungsvorgaben machen, genannt seien hier nur § 18 PostG i. V. m. §§ 2, 3 PDLV für Postdienste, §§ 78, 84 TKG für Telefondienste und § 22 PBefG für den öffentlichen Verkehr. Wenn neue Bereiche reguliert werden sollen, ist der richtige Weg hierfür der legislative. Existiert Gesetzesrecht, kann jeder entscheiden, ob er dennoch oder gerade deshalb auf diesem Sektor tätig wird. Fehlt es, darf er seine Teilnahme an diesem Markt privatautonom gänzlich einstellen. Dann aber kann er erst recht über den Zugang zu seinem Angebot entscheiden. Daher gilt: auch wenn Gleichbehandlungspflichten auf diesem Sektor bestehen – aus einer „spezifischen Konstellation“<sup>211</sup> erwachsen sie nicht, sondern aus der Entscheidung des GG für Sozialstaat und Wohlfahrtspflege.

### D. Ergebnis

1. Menschenrechte verpflichten Private nicht aufgrund von Art. 1 Abs. 2 GG unmittelbar (**B. I. 2.**). Da der Wortlaut der jeweiligen Verbürgung, insbesondere aber die Funktionsgrenzen der nationalen Verfassung zu berücksichtigen sind, führt auch die Eröffnung des Schutzbereichs von Gewährleistungen wie Art. 15 Abs. 1a IPwskR nicht zu einer weiteren Privatwirkung als die inländischen Grundrechte (**C. II. 1. b) bb)**).

2. Eine Bindung privater Akteure an Art. 3 Abs. 1 GG zur Bewältigung von Missbrauchsproblemen ist aufgrund der nicht relativierbaren Wirkung des Gleichbehandlungsgebots nicht geeignet (**C. II. 1. a)**). Das Privatrecht bietet eine Vielzahl an differenzierten Regelungsinstrumenten, die es ermöglichen,

<sup>209</sup> Statt aller nur *Rießner*, in: Isensee/Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts IV, 3. Aufl. 2006, § 96 Rn. 1, 3, 10. Dieses Verständnis der Daseinsvorsorge i. e. S. überschneidet sich mit der sog. Staatsaufgabenlehre; vgl. *Weiß* (Fn. 182), S. 53 ff., 57 ff.

<sup>210</sup> Zu Definition und Abgrenzung von formeller und materieller Privatisierung *Weiß*, (Fn. 182), S. 29 ff. In den Vereinigten Staaten ist die Privatisierung auf dem Feld der Daseinsvorsorge deutlich stärker vorangeschritten – Fälle in diesem Bereich haben daher in hohem Maße zur Entwicklung der *state action doctrine* beigetragen, vgl. *Giegerich* (Fn. 3), S. 346 ff.; zum Ganzen s. auch Fn. 182.

<sup>211</sup> Da das Teilhabebedürfnis an einer Fußballveranstaltung nicht Lebensbedürfnis ist (*AG Frankfurt*, Urt. v. 8.10.2004 – 30 C 1600/04; *LG Duisburg*, SpuRt 2009, 78 (79); auch *Breucker* (Fn. 75), S. 136 und *Hellgardt* (Fn. 10), S. 909), wurde der Aspekt in der „Stadionverbot“-Entscheidung zurecht nicht behandelt.



divergierende Interessen auszugleichen und die Privatautonomie der Beteiligten zu wahren (**C. II.**).

3. Eine solche Bindung ist zudem nicht erforderlich, um Zulassungs- und Nutzungskonflikte bei der Öffnung eines öffentlichen Raums, dem Angebot einer für das gesellschaftliche Leben relevanten Veranstaltung oder bei Ungleichgewicht zwischen zwei Privaten zu lösen. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Freiheitsgrundrechte deckt alle schützenswerten Konstellationen ab (**C. II. 1, 2**).

4. Die Rechtslage in Deutschland ist insoweit nicht mit der völkerrechtlichen Ebene vergleichbar (**C. II. 2. a** bb)). Die Gefährdungen, denen dort durch eine unmittelbare Menschenrechtsbindung Privater entgegengewirkt werden soll, bestehen auf nationaler Ebene nicht.

5. Ein gangbarer Weg für die Inpflichtnahme Privater etwa im Bereich der Daseinsvorsorge, auch i. w. S., ist neue Gesetzgebung. Diese Art der Verpflichtung ist verfassungsgerichtlichem Richterrecht aus Gründen der Rechtssicherheit und Legitimation vorzuziehen (**C. II. 2. a, 3**).

6. Die Figur der „spezifischen Konstellation“ ist überflüssig und aufzugeben.