

Professor Dr. Jörg Neuner\*

## Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung

Der Autor setzt sich kritisch mit der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG zur Einwirkung von Grundrechten auf das Privatrecht auseinander. Er zeigt auf, dass bei konsequenter Anwendung der Schutzpflichtenlehre und dem ausnahmsweisen Rückgriff auf die unmittelbare Drittwirkung die Figur der „mittelbaren Drittwirkung“, die das BVerfG immer wieder heranzieht, hinfällig wird. Die Deutung als „mittelbare“ Drittwirkung ist terminologisch missglückt, erfasst die Wirkkraft der Grundrechte im Bereich des Privatrechts nicht hinreichend und kann auch dogmatisch im Hinblick auf Art. 1 III GG nicht überzeugen.

### I. Einleitung

In zahlreichen jüngeren Entscheidungen des BVerfG spielt die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht eine zentrale

Rolle. Die Argumentation ist allerdings uneinheitlich. Meistens beruft sich das Gericht auf die „mittelbare“ Drittwirkung, wie etwa in den Entscheidungen zum Bierdosen-Flashmob,<sup>1</sup> zum Stadionverbot<sup>2</sup> oder zuletzt zum Recht auf Vergessen I.<sup>3</sup> Mitunter wird auch die Schutzpflichtenlehre herangezogen, so zum Beispiel in den Entscheidungen zur sachgrundlosen Befristung<sup>4</sup> oder zur Überschussbeteiligung.<sup>5</sup>

---

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

1 BVerfG NJW 2015, 2485.

2 BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667.

3 BVerfG NJW 2020, 300.

4 BVerfGE 149, 126 = NJW 2018, 2542.

5 BVerfG NJW 2017, 1593.

Eine „unmittelbare“ Drittwirkung wurde in der Fraport-Entscheidung<sup>6</sup> bejaht. Kritisch zu hinterfragen sind vor allem die Entscheidungen zur „mittelbaren“ Drittwirkung.

## II. Unmittelbare Drittwirkung

Nach Art. 1 III GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Verpflichten die Grundrechte auch Privatrechtsakteure, spricht man von unmittelbarer Dritt- oder Horizontalwirkung. Diese wird ausnahmsweise in Art. 9 III 2 GG (durch das Verbot privater Abreden zur Einschränkung der Koalitionsfreiheit) angeordnet. Auch Art. 1 I GG entfaltet als „Strukturnorm“ für Staat und Gesellschaft eine Drittwirkung.<sup>7</sup> Im „Darstellenden Teil“ des „Herrenchiemsee-Berichts“ wird als Beispiel das Verbot der „Arbeiterverklavung“ angeführt.<sup>8</sup>

Grundsätzlich verpflichten die Grundrechte Private indes nicht unmittelbar.<sup>9</sup> Das *BVerfG* betonte in jüngerer Zeit lediglich einschränkend und zu Recht, dass über die Freistellung als „Privater“ weder der Staat noch andere Träger öffentlicher Gewalt disponieren können. Die Grundrechtsbindung erstreckt sich folglich auch auf juristische Personen des Privatrechts, sofern diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden (Erteilung eines Hausverbots durch öffentlich beherrschten Flughafenbetreiber).<sup>10</sup> Sie gilt zudem unabhängig von der gewählten Handlungsform und den intendierten Zwecken, also einschließlich der Teilnahme am Privatrechtsverkehr (Preisgestaltung durch kommunales Freizeitbad).<sup>11</sup>

## III. Schutzpflichten

Der Staat hat die Grundrechte nicht nur als Eingriffsverbote zu achten, sondern iSv Art. 1 I 2 GG auch zu schützen. Das *BVerfG* hat diese Aufgabe zunächst in der Fristenlösungsentscheidung zu § 218 StGB akzentuiert<sup>12</sup> und später in der Handelsvertreter-Entscheidung<sup>13</sup> auf den Bereich des Zivilrechts übertragen. Die Privatrechtsakteure sind demnach zwar nicht selbst an die Grundrechte gebunden (abgesehen von den exzeptionellen Fällen unmittelbarer Drittwirkung), doch sind alle staatlichen Gewalten verpflichtet, gefährdete Grundrechtsträger auch zivilrechtlich zu schützen. Für die Bewertung der widerstreitenden Interessen erkennt das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu, der die Einschätzung künftiger Entwicklungen mit umfasst.<sup>14</sup> Diese Prärogative ist schon aus Gründen der Demokratie und Gewaltenteilung erforderlich und trägt dem Einwand der Überkonstitutionalisierung Rechnung.

Ebenso betont das *BVerfG*, dass die Auslegung und Anwendung des Bürgerlichen Rechts grundsätzlich den Fachgerichten obliege.<sup>15</sup> Diese verfügen in der Regel über eine größere Expertise und Erfahrung,<sup>16</sup> sind institutionell besser eingerichtet und entscheiden einen kontradiktorischen Rechtsstreit.<sup>17</sup> *De facto* nimmt das *BVerfG* freilich vor allem im Bereich des Persönlichkeitsschutzes nicht selten die Rolle einer „Superrevisionsinstanz“ ein.<sup>18</sup>

Während für staatliche Eingriffe in Grundrechte das so genannte *Übermaßverbot* gilt, werden Schutzpflichten durch das so genannte *Untermaßverbot* definiert. Stark umstritten ist, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beide Schranken gleichermaßen bestimmt oder das Untermaßverbot vor allem durch das Subsidiaritätsprinzip abgeschwächt wird. Richtigerweise ist zwischen liberalen und sozialen Grund-

rechten, zwischen Abwehr- und Leistungsrechten zu differenzieren:

*Freiheitliche Schutzpflichten* verlangen vom Staat, einzelne Privatrechtssubjekte vor Übergriffen durch andere Privatrechtssubjekte zu bewahren. Gesetzliche Ausprägungen sind der deliktsrechtliche Schutz durch die §§ 823 ff. BGB sowie die *actio negatoria* gem. § 1004 BGB. Untermaß- und Übermaßverbot werden hier jeweils im selben Maß durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisiert,<sup>19</sup> denn das Grundgesetz sichert jedem Bürger den gleichen freiheitsrechtlichen Status zu. Überdies ist dem Beeinträchtigten aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols die Möglichkeit eines Selbstschutzes weitestgehend verwehrt. Nicht-raucher und Schlafsuchende genießen deshalb den gleich starken Grundrechtsschutz wie Raucher und Trompetenspieler.

In diesem „symmetrischen“ Sinne lässt sich wohl auch die neuere Rechtsprechung des *BVerfG* verstehen, die im Rahmen der Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vom „Ausgleich gleichberechtigter Freiheit“ zwischen dem Presseunternehmen und dem aus der Haft entlassenen Straftäter spricht und folgerichtig betont, dass „die Abwägung (...) nicht von einer übergreifenden Vorrangregel geleitet [ist]“<sup>20</sup>.

Während *freiheitliche* Schutzpflichten sich gegen unerlaubte Handlungen, exogene Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit (Drohung, Täuschung, Wucher) und ähnliche Übergriffe richten, dienen *soziale* Schutzpflichten dazu, im Lichte der *iustitia distributiva* und unter Inkaufnahme von Umverteilungseffekten die Vorbedingungen für Freiheit zu schaffen sowie die Menschenwürde umfassend zu wahren. Bei dieser Art von Schutzpflichten wird das Untermaßverbot durch das *Subsidiaritätsprinzip* begrenzt. Erst wenn der Einzelne sich nicht selbst effektiv zu helfen vermag, besteht Anlass, andere Privatrechtsakteure in die soziale Pflicht zu nehmen. Die Sicherung der eigenen Existenz ist in erster Linie Aufgabe jedes einzelnen Bürgers. Eine Unterstützung

6 *BVerfGE* 128, 226 = NJW 2011, 1201.

7 *Häberle* in *HdBStR* II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 59; s. auch *Stern* in *HdBStR* IX, 3. Aufl. 2011, § 184 Rn. 7; *Neuner*, *BGB* AT, 12. Aufl. 2020, § 5 Rn. 4 ff. mwN.

8 Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23.8.1948, 21.

9 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 32.

10 *BVerfGE* 128, 226 (244 ff.) = NJW 2011, 1201; s. bestätigend *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 190; *BVerfGE* 147, 50 = *NVwZ* 2018, 51 Rn. 241 ff.

11 *BVerfG* NJW 2016, 3153 Rn. 24 ff.; s. bestätigend *BVerfG* Beschl. v. 21.2.2019 – 2 *BvR* 2456/18, *BeckRS* 2019, 2533.

12 *BVerfGE* 39, 1 = NJW 1975, 573.

13 *BVerfGE* 81, 242 = NJW 1990, 1469; grdl. *Canaris* *AcP* 184 (1984), 201.

14 Vgl. nur *BVerfGE* 149, 126 = NJW 2018, 2542 Rn. 43 mwN.

15 *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 34; *BVerfGE* 129, 78 (102) = NJW 2011, 3428.

16 Vgl. nur *Voßkuhle* *AöR* 125 (2000), 177 (196); *Starck* *JZ* 1996, 1033 (1034, 1038).

17 Vgl. *Schenke*, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, 1987, 57 f.

18 S. beispielhaft *BVerfG* NJW 2017, 1376; NJW 2017, 1377 (zur Zulässigkeit eines Fotos, das den Kläger auf dem Weg zur Kanzlei zeigt, wohingegen Bilder im Innenhof der Kanzlei als unzulässig erachtet werden); die Kontrolllichte prinzipiell verteidigend *Hoffmann-Riem* *AöR* 128 (2003), 173; zur Beschränkung auf eine bloße Evidenzkontrolle *Neuner* *FamRZ* 2017, 1805 (1811 f.).

19 Vgl. *Poscher*, *Grundrechte als Abwehrrechte*, 2003, 89 ff.; aA *Canaris*, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, 43 ff.; *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, 2001, 159; ausf. zur Kontroverse über die Symmetrie von Unter- und Übermaßverbot *Störing*, *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, 2009, 142 ff.

20 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76 bzw. Rn. 82.

durch Dritte in Form materieller oder informationeller Leistungen kommt lediglich subsidiär in Betracht. Deshalb bestehen beispielsweise allgemeine Kontrahierungszwänge nur bei fehlenden Ausweichmöglichkeiten, Unterhaltungspflichten nur bei Bedürftigkeit und vorvertragliche Aufklärungspflichten, die die faktischen Voraussetzungen selbstbestimmten Handelns sicherstellen sollen, nur bei unzureichenden Informationsmöglichkeiten des Aufzuklärenden. Auch die für eine vertragliche Inhaltskontrolle erforderliche „strukturell ungleiche Verhandlungsstärke“<sup>21</sup> knüpft daran an, dass eine Partei ihre Interessen nicht eigenständig verfolgen und durchsetzen kann. Dies gilt insbesondere für den „Schutz der strukturell unterlegenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, dem insbesondere die gesetzlichen Regelungen des Kündigungsschutzes dienen“<sup>22</sup>. Ebenso ist ein Schutz der Versicherten gem. Art. 2 I, 14 I GG geboten, sofern diese keine hinreichenden Möglichkeiten haben, ihre Belange gegenüber der Versicherung durch eigenes Handeln effektiv zu verfolgen.<sup>23</sup>

Die soziale Inpflichtnahme anderer Privatrechtssubjekte ist nicht nur hinsichtlich der Eigenverantwortlichkeit, sondern auch gegenüber staatlichen Transferleistungen subsidiär. Diese bilden in der Regel das wesentlich gerechtere Verteilungsmedium, da bei der Finanzierung über das Steueraufkommen die individuelle Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners berücksichtigt wird. Staatliche Sozialmaßnahmen scheiden freilich aus, sofern die intendierte Leistung allein von anderen Privatrechtsakteuren erbracht werden kann, was etwa bei Kontrahierungszwängen, bei Aufklärungspflichten oder beim Kündigungsschutz der Fall ist.<sup>24</sup>

#### IV. Mittelbare Drittwirkung

Obwohl sich die Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht mithilfe der Schutzpflichtenlehre sowie in Ausnahmekonstellationen mit der Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung adäquat erfassen lässt, stützt das *BVerfG* seine Argumentation immer wieder auf eine „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte. Dieser Begründungsansatz ist unter verschiedenen Aspekten angreifbar.

##### 1. Terminologische Bedenken

Während der Begriff „unmittelbare Drittwirkung“ relativ klar zum Ausdruck bringt, dass ein Grundrecht unmittelbar zwischen Privaten gilt, bleibt die Rede von der „mittelbaren Drittwirkung“ diffus und unsubstanziert. Auch Umschreibungen wie „indirekt“, „mediatisiert“ oder „durch Vermittlung“ helfen wenig weiter. Das *BVerfG* spricht von einer „Ausstrahlungswirkung“ auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen.<sup>25</sup> Doch was heißt das? Und was heißt: „Die Grundrechte (...) strahlen als ‚Richtlinien‘ in das Zivilrecht ein“?<sup>26</sup> Das *BVerfG* geht dabei offenkundig davon aus, dass die Grundrechte manchmal binden und manchmal nicht. So lautet es etwa im Facebook-Beschluss:

„(...) Eine ‚spezifische Situation‘ [kann] zu einer weitgehenden Grundrechtsbindung des sozialen Netzwerkbetreibers führen.“<sup>27</sup>

In diesen Fällen haben wir aber entweder eine unmittelbare oder gar keine Bindung: Tertium („mittelbar“) non datur. So hat sich das *BVerfG* in der Stadionverbot-Entscheidung zwar ausdrücklich zur „mittelbaren Drittwirkung“ bekannt,<sup>28</sup> muss sich von der Kritik allerdings vorhalten lassen, in der Sache eine unmittelbare Anwendung von Art. 3 I GG auf Private zu praktizieren.<sup>29</sup>

##### 2. Konstruktive Bedenken

Der Ausdruck „mittelbare Drittwirkung“ ist nicht nur terminologisch missglückt, sondern erfasst auch die Wirkkraft der Grundrechte im Bereich des Privatrechts nicht hinreichend. Nach der Standardformel des *BVerfG* sind die Grundrechte

„von den Fachgerichten, insbesondere über zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, bei der Auslegung des Fachrechts zur Geltung zu bringen“<sup>30</sup>.

Diese Vorstellung einer nur selektiven Einwirkung der Grundrechte im Wege der Auslegung greift zu kurz.<sup>31</sup> Kennzeichnend ist vielmehr, dass grundrechtliche Wertungen ganz generell im Rahmen richterlicher Rechtsfindung, also auch im Wege normtextüberschreitender *Rechtsfortbildung*, berücksichtigt werden müssen.

So hat der BGH die Geldentschädigung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Ehrverletzung) auf Art. 1, 2 GG gestützt<sup>32</sup> und sich damit unter Billigung des *BVerfG*<sup>33</sup> sogar über den Willen des historischen Gesetzgebers<sup>34</sup> hinweggesetzt. Eine verfassungskonforme teleologische Reduktion einfachgesetzlicher Vorschriften kann ebenfalls geboten sein (zB von § 60 I KO aF nach Maßgabe von Art. 12 I GG<sup>35</sup>). Schließlich wird die Verfassungskonformität privatrechtlicher Normen (wie zB von § 1629 BGB aF<sup>36</sup>) unmittelbar an den Grundrechten gemessen und nicht vermittelt über Generalklauseln oder ein sonstiges einfachgesetzliches Medium.

##### 3. Dogmatische Bedenken

Die Annahme einer „mittelbaren Drittwirkung“ lässt sich vor allem mit Art. 1 III GG schwer vereinbaren. Hiernach unterliegen allein die Staatsgewalten einer Grundrechtsbindung, die wiederum im Privatrecht sowohl Eingriffsverbote als auch Schutzgebote begründet. E contrario werden Privatrechtsakteure weder unmittelbar noch mittelbar an die Grundrechte gebunden. Die Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung“ kann zwar zu denselben Ergebnissen wie die „Schutzpflichtenlehre“ führen, da „kollidierende Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen [sind]“<sup>37</sup>, doch vermag ihr dogmatischer Ansatz nicht zu

21 *BVerfGE* 89, 214 = NJW 1994, 36.

22 *BVerfGE* 149, 126 = NJW 2018, 2542 Rn. 47 mwN.

23 *BVerfG* NJW 2017, 1593 Rn. 22 ff. mwN.

24 Zum Erfordernis staatlicher Ausgleichssysteme *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, 104 ff.; *Britz* VVDStRL 64 (2004), 355 (379 ff.).

25 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 32 mwN.

26 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 32 mwN.

27 *BVerfG* NJW 2019, 1935 Ls. 2.

28 *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 31 ff.

29 *Hellgardt* JZ 2018, 901 (901 ff.); s. auch *Smets* NVwZ 2019, 34 (37).

30 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 32 mwN.

31 Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 16 ff.

32 S. BGHZ 26, 349 = NJW 1958, 827 – Herrenreiter; BGHZ 35, 363 = NJW 1961, 2059 – Ginseng.

33 *BVerfGE* 34, 269 = NJW 1973, 1221 – Soraya.

34 S. Prot. I 622; Mot. II 22, 750 f.; anders seit dem 2. SchadensersatzrechtsänderungsG, vgl. BT-Drs. 14/7752, 24.

35 *BVerfGE* 88, 145 = NJW 1993, 2861.

36 S. den Leitsatz zu *BVerfGE* 72, 155 = NJW 1986, 1859: „Es ist mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) nicht vereinbar, daß Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht (§ 1629 BGB) bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können.“

37 *BVerfG* NJW 2020, 300 Rn. 76; *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 32; *BVerfGE* 142, 74 = NJW 2016, 2247 Rn. 70 mwN.

überzeugen. Dies soll anhand einiger aktueller Entscheidungen des *BVerfG* aufgezeigt werden:

a) *Recht auf Vergessen I*. Kennzeichnend für diesen Beschluss<sup>38</sup> sind kollidierende liberale Grundrechtspositionen: auf der einen Seite die Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 I 1, 2 GG) der Betreiberin eines Online-Archivs, auf der anderen Seite das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) eines Haftentlassenen, der von der Archiv-Betreiberin fordert, nicht mehr unter Nennung seines Familiennamens über eine von ihm vor langer Zeit begangene Straftat zu berichten.

Das *BVerfG* betont, dass in erster Linie die Fachgerichte den Ausgleich zwischen den sich gegenüberstehenden Grundrechten herbeizuführen haben. Flankierend hierzu bestimmt es den Schutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts („Die Rechtsordnung muss davor schützen, dass sich eine Person frühere Positionen, Äußerungen und Handlungen unbegrenzt vor der Öffentlichkeit vorhalten lassen muss.“<sup>39</sup>) und fordert mit Blick auf die Gegenseite, dass der Meinungs- und Pressefreiheit angemessene Rechnung zu tragen ist.

Die Berufung auf die „mittelbare Drittwirkung“ erscheint auch in diesem Zusammenhang nicht weiterführend, weil und sofern die Kontrolle sich allein darauf bezieht, ob die angegriffene Entscheidung des *BGH* das Persönlichkeitsrecht des Haftentlassenen hinreichend wahrt und in die Grundrechte der Archiv-Betreiberin nicht unverhältnismäßig eingreift. Demnach kommt es maßgeblich auf das *Schutzniveau* an, das das *BVerfG* in dem Sinne definiert, dass die Freiheiten ohne Präjudizierung durch eine übergreifende Vorrangregel miteinander „in Einklang zu bringen“ sind. Richtigerweise folgt das *BVerfG* hierbei nicht Stimmen aus der Literatur, die bei kollidierenden Freiheitsrechten die Wirkungskraft der Schutzgebotsfunktion in Verbindung mit dem Untermaßverbot als grundsätzlich schwächer erachten als die der Eingriffsverbotsfunktion in Verbindung mit dem Übermaßverbot.<sup>40</sup>

b) *Stadionverbot und ähnliche Beschlüsse*. Bei diesen Entscheidungen stehen soziale Schutzpflichten im Vordergrund. Ausgangspunkt ist ein von einem Fußballverein verhängtes Stadionverbot. Das *BVerfG* verlangt hierfür einen sachlichen Grund:

„Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 I GG etwa dann, wenn einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen ausgeschlossen werden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“<sup>41</sup>

Diese Argumentation verdeckt nicht nur die unmittelbare Anwendung des Art. 3 I GG (bei fehlenden Sachgründen),<sup>42</sup> sondern verkennt auch den Kern des Begehrens: Das primäre Ziel des Ausgeschlossenen ist keine Gleichbehandlung, sondern eine *Leistung* in Form eines (zwangsweisen) Vertragschlusses, um das Fußballspiel im Stadion sehen zu können. Die Problematik ist uralt.

Bereits das *RG* hatte sich mit einem ausgeschlossenen Theaterkritiker zu beschäftigen.<sup>43</sup> Auch in diesem Fall ist offenkundig, dass der Kritiker in erster Linie die Aufführung sehen und hierfür einen Vertrag schließen möchte, ungeachtet der Größe des Publikums. Kommt überhaupt kein weiterer Besucher, genießt der Kritiker eben eine „Privatvorstellung“. Vergleichbar besteht im Kartellrecht gem. § 19 II Nr. 4 GWB ein Anspruch gegen ein marktbeherrschendes

Unternehmen auf Zugang zu dessen Infrastruktureinrichtungen ohne Rücksicht darauf, ob anderen Unternehmen der Zugang bereits gewährt wird.

Während diese kartellrechtliche Regelung Wettbewerb ermöglichen möchte, geht es beim Fußball-Fan um die Teilnahme am sportlichen Leben, beim Theaterkritiker um die Teilnahme am kulturellen Leben. Zivilrechtlich hängt ein Kontrahierungszwang davon ab, ob das betroffene Unternehmen für den Lebensbedarf wichtige Güter oder Leistungen öffentlich anbietet und dem Kunden zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlen.<sup>44</sup> Da kulturelle oder sportliche Angebote nur schwer substituierbar sind und auch der öffentliche Diskurs Informationsmöglichkeiten erfordert, bestehen in diesem Bereich erhöhte Abschlusspflichten. Sie sind Ausprägungen der *iustitia distributiva* und setzen nach Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips vor allem eine Abhängigkeit vom Anbieter voraus.<sup>45</sup>

Die gleichen Maximen gelten *mutatis mutandis* auf der verfassungsrechtlichen Ebene für die grundrechtlichen Schutzpflichten. Dieses differenzierte, freiheitsschonende und auf dem Zivilrecht aufbauende System wird aufgegeben, wenn private Anbieter zur Lösung sozialer Konflikte in staatsähnlicher Weise den allgemeinen Gleichheitssatz beachten müssen.

Dogmatisch ähnlich zu bewerten und einzuordnen ist der Facebook-Beschluss,<sup>46</sup> in dem das „mit Abstand bedeutendste soziale Netzwerk“ zum vorübergehenden Entsperren eines Accounts (der Partei „Der III-Weg“) verpflichtet wurde. Das *BVerfG* nimmt in dieser Entscheidung konsequenterweise Bezug auf den Stadionverbot-Beschluss, repetiert die „mittelbare Drittwirkung“ von Art. 3 I GG und betont, dass „der Zugang zu diesem nicht ohne Weiteres austauschbaren Medium von überragender Bedeutung [ist]“<sup>47</sup>.

Die Kritik erschöpft sich deshalb ebenfalls in bereits Gesagtem: Im Vordergrund steht kein Gleichbehandlungsverlangen, sondern ein Informations- und Partizipationsbedürfnis. Der Exkludierte möchte mittels eines Kontrahierungszwangs das Recht zur aktiven Nutzung der Plattform neu begründen. Es geht also abermals um ein *soziales Teilhaberecht*, das staatliche Schutzpflichten zu begründen vermag. Das Untermaßverbot korrespondiert hier allerdings nicht mit dem Übermaßverbot, sondern greift erst dann ein, wenn sich der Betroffene nicht selbst auf anderem Weg adäquat zu helfen weiß.

Schließlich ist auch der Bierdosen-Flashmob-Beschluss<sup>48</sup> in diesen Kontext einzuordnen, der sich tatbestandlich von der Fraport-Entscheidung vor allem dadurch unterscheidet, dass die Versammlung auf einem in *Privateigentum* (ohne staatliche Beherrschung) stehenden Platz stattfinden sollte. Der

38 *BVerfG* NJW 2020, 300.

39 *BVerfG* NJW 2020, 300 Ls. 2 b und Rn. 105.

40 S. hierzu auch schon oben im Text bei Fn. 19 f.

41 *BVerfGE* 148, 267 = NJW 2018, 1667 Ls. 2.

42 S. auch schon oben im Text bei Fn. 28.

43 RGZ 133, 388 (einen Anspruch verneinend); anders mittlerweile die hL: *Erman/Armbrüster*, BGB, 15. Aufl. 2017, vor § 145 Rn. 30; *Staudinger/Bork*, BGB, Neubearb. 2015, Vorb. zu §§ 145–156 Rn. 23; *Looschelders*, Schuldrecht AT, 17. Aufl. 2019, § 6 Rn. 7 mwN.

44 *Palandt/Ellenberger*, BGB, 79. Aufl. 2020, Einf. v. § 145 Rn. 10; ähnl. *Bydlinski* AcP 180 (1980), 1 (41); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 79.

45 Zum Kontrahierungszwang als „ein Stück Sozialisierung des Privatrechts“ s. bereits *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920, 105; ferner *Neuner*, BGB AT, § 48 Rn. 7 ff.

46 *BVerfG* NJW 2019, 1935.

47 *BVerfG* NJW 2019, 1935 Rn. 19.

48 *BVerfG* NJW 2015, 2485.

Platz sollte für die Versammlung auch nicht angemietet werden, doch bedeutet die Forderung nach einer unentgeltlichen Überlassung erst recht eine soziale Inpflichtnahme des Eigentümers, die nach analogen Maßstäben zu beurteilen ist wie ein Kontrahierungszwang. Das *BVerfG* hebt zutreffend hervor, dass dem gewählten Platz eine besondere Bedeutung zukommen muss, um darauf eine Versammlung abhalten zu dürfen. In concreto richtete sich das Anliegen der Versammlungsteilnehmer gegen die Überwachung des Platzes durch private Sicherheitsdienste und das dort durch die Eigentümerin ausgesprochene Alkoholverbot. Diese Aspekte mögen staatliche Schutzpflichten begründen, doch wird der Eigentümer dann „unmittelbar“ zu einer Duldung verpflichtet und es wirkt vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips stark nivellierend, wenn das Gericht formuliert, dass „eine gleichwertige Beeinträchtigung von Eigentumsrechten der Grundstückseigentümerin (...) nicht zu erkennen [ist]“<sup>49</sup>.

c) *Hausverbot für NPD-Funktionär*. Die Ehefrau des damaligen NPD-Vorsitzenden schloss für beide Eheleute einen Beherbergungsvertrag mit einem Wellness-Hotel, in dem sie bereits mehrmals ohne Beanstandungen logierten. Der *BGH* erachtete zutreffenderweise das später erteilte Hausverbot für rechtswidrig, da weder ein Anfechtungs- noch ein Kündigungsgrund bestand: *Pacta sunt servanda*.<sup>50</sup> Das Hausverbot betraf indes nicht nur den vertraglich vereinbarten Zeitraum, sondern bezog sich auch auf die Zukunft. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde blieb zu Recht erfolglos.

Das *BVerfG*<sup>51</sup> prüfte zunächst wiederum (methodisch bedenklich) eine „mittelbare Drittwirkung“ von Art. 3 I GG. Zudem erscheint die Idee der Gleichbehandlung auch hier von untergeordneter Bedeutung, weil der Interessent, ungeachtet anderer Hausgäste (die vielleicht sogar stören), schlicht und einfach einen Wellnessurlaub und – als Voraussetzung hierfür – den Abschluss eines Beherbergungsvertrags begehrt. Einen solchen sozialen Anspruch auf Aufnahme in das Hotel vermittelt jedoch weder die Verfassung noch das einfache Recht, weil, wie das *BVerfG* richtig hervorhebt, die Hotelbetreiberin keine Monopolstellung hat und es auch nicht um die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben geht.

Von den allgemeinen Kontrahierungspflichten zum Schutz des materiellen und sozio-kulturellen Existenzminimums sind *Unterscheidungsverbote* abzugrenzen. Diese verlangen, dass eine privatautonome Entscheidung nicht von bestimmten verpönten Kriterien abhängig gemacht wird, reichen damit aber nicht so weit wie Gleichbehandlungsgebote, die verlangen, Gleiches gleich zu behandeln. Die Hotelbetreiberin kann also nach freiem Belieben mit einem Interessenten einen Beherbergungsvertrag abschließen und mit einem anderen eben nicht. Fraglich im Sinne eines Unterscheidungsverbots verbleibt nur, ob sie den Vertragsschluss allein wegen der politischen Haltung des Interessenten verweigern darf. Das *BVerfG* sieht die Hotelbetreiberin aufgrund ihres durch Art. 14 I GG geschützten Hausrechts sowie der unternehmerischen Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG hierzu legitimiert und den Beschwerdeführer durch die angegriffene *BGH*-Entscheidung zu Recht nicht in seinen Grundrechten verletzt. Auch das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 I AGG erfasst bewusst nicht die Weltanschauung, weil

sonst das Parteienprivileg des Art. 21 II GG auf das Privatrecht durchzuschlagen droht und Anhänger radikalen Gedankenguts Vertragsschlüsse erzwingen könnten.<sup>52</sup>

#### 4. Zivilrechtliche Bedenken

Die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Stadien- und Hausverboten folgt dogmatisch dem *BGH*, der die Grundlage eines Hausverbots in einem Unterlassungsanspruch gem. §§ 862 I 2, 1004 I 2 BGB sieht. Die damit verbundene Forderung nach einem „sachlichen Grund“, weil und sofern die Örtlichkeit „für den allgemeinen Publikumsverkehr“ geöffnet wurde,<sup>53</sup> überzeugt bereits zivilrechtlich nicht.<sup>54</sup>

Ein Eigentümer kann gem. § 903 S. 1 BGB mit seiner Sache grundsätzlich nach Belieben verfahren und ebenso willkürlich vertragliche Beziehungen ablehnen oder eingehen. Beide Rechte unterliegen zwar Schranken, doch gilt für beide Rechte gleichermaßen ein Regel-Ausnahme-Verhältnis als Ausdruck der Eigentums- und Vertragsfreiheit. In der weiteren Folge muss nicht der Eigentümer einen sachlichen Grund für ein Hausverbot vortragen, sondern umgekehrt muss der Ausgeschlossene Gründe für eine Einlass- und Kontrahierungspflicht benennen. Die Entscheidung des Eigentümers, grundsätzlich jedermann Zutritt zu gewähren, führt (abgesehen vom AGG) zu keinen Relativierungen seines Hausrechts. Sie bedeutet weder eine Selbstbindung noch einen Verzicht auf eine selektive Prüfung und Einzelfallentscheidung. Muss ein Hausrechtinhaber gleichwohl einem Dritten ungewollt Zutritt gewähren, handelt es sich um eine Duldungspflicht, strukturell vergleichbar mit der Pflicht des Eigentümers, dem Nachbarn ein Notwegrecht gem. § 917 BGB einzuräumen oder Einwirkungen zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr gem. § 904 S. 1 BGB hinnehmen zu müssen. Alle diese Inpflichtnahmen können aus *sozialen* Gründen erforderlich sein, sie folgen dabei aber eigenen Legitimationsanforderungen, insbesondere dem Subsidiaritätsprinzip.

#### V. Resümee

Grundrechte wirken nicht „mittelbar“. Sie entfalten jedoch unterschiedliche Schutzniveaus, je nachdem, ob es sich um liberale Rechte handelt, die der *iustitia commutativa* entsprechen, oder um soziale Rechte, die der *iustitia distributiva* folgen. Darüber hinaus kann die Unterscheidung zwischen liberalen und sozialen Grundrechten ganz generell bei der Verfassungsinterpretation hilfreich sein, wie etwa bei des Rätsels Lösung, ob sich aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG Mieterschutzrechte herleiten lassen.<sup>55</sup> Jedenfalls ist die rechtsfortbildende Anerkennung sozialer Schutzpflichten sachnäher und systemkonformer als der etatistische Zugriff auf das Privatrecht über Art. 3 I GG.

49 *BVerfG* NJW 2015, 2485 Rn. 10; krit. zu einer de facto unmittelbaren Drittwirkung von Art. 8 GG bereits Richter des *BVerfG* *Schluckebier* *BVerfGE* 128, 226 = NJW 2011, 1201 Rn. 123.

50 *BGH* NJW 2012, 1725; *Mörsdorf* JZ 2012, 688 (689).

51 *BVerfG* NJW 2019, 3769.

52 Vgl. BT-Drs. 16/2022, 13.

53 Vgl. *BGH* NJW 2012, 1725 Rn. 22 bzw. NJW 2010, 534 Rn. 13.

54 Vgl. *Löwisch/Rieble* NJW 1994, 2596; *Hofmann* Jura 2014, 141 (145 f.); *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, 2. Aufl. 2017, Rn. 701 ff. mwN.

55 So *BVerfGE* 89, 1 = NJW 1993, 2035; hierzu *Neuner*, BGB AT, § 5 Rn. 17 ff.