

# hartplatzhelden.de – Eine Nagelprobe für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz

Alexander Peukert\*

## I. Fragestellung

Wer sich ein Bild davon machen möchte, worum es im gegenwärtig beim BGH anhängigen Verfahren zwischen dem Württembergischen Fußballverband und den Betreibern der Internetseite <http://www.hartplatzhelden.de> geht, sollte dieser Website einen Besuch abstatten. Unter der Adresse findet sich ein Portal, über das jedermann nach Registrierung kostenlos eigene Filmaufnahmen, Fotos und Texte zu Amateur-Fußballspielen veröffentlichen kann. Diese nutzergenerierten Inhalte können dann wiederum von allen Besuchern der Seite gebührenfrei durchsucht, abgerufen und bewertet werden. Besonders bemerkenswerte fußballerische Leistungen in Kategorien wie „Tor des Jahres“, „Torwartparade“ und „Pechvogel und Grätsche“ werden prämiert und genießen besondere Aufmerksamkeit. hartplatzhelden.de zählte 2009 zu den sieben von insgesamt 1.700 vorgeschlagenen Internetangeboten, die im Bereich Kultur und Unterhaltung für einen „Grimme Online Award“ nominiert waren<sup>1</sup>.

Die Tage dieses keineswegs nur vergnüglichen, sondern Gemeinschaft bildenden und singulär über Amateur-Fußball informierenden Angebots könnten jedoch gezählt sein. Der Württembergische Fußballverband verlangt Unterlassung jedweder medialer Ausnutzung von Spielen, die im Verbandsgebiet unter seiner Organisation ausgetragen werden. Die Stuttgarter Gerichte gaben diesem Begehren statt<sup>2</sup>. In der Literatur hat dies zu einer ganzen Reihe ausnahmslos kritischer, ja deutlich ablehnender Stellungnahmen geführt<sup>3</sup>. Die Aufmerksamkeit, die diesem Verfahren gewidmet wird, beruht nicht nur auf der Faszination des Streitgegenstands Fußball. Bedeutsamer ist in juristisch-dogmatischer Hinsicht, dass der Fall Grundfragen des Verhältnisses von (Wettbewerbs-)Freiheit und Eigentumsordnung berührt<sup>4</sup>. Diese gilt es im Folgenden offenzulegen (dazu II). Im Anschluss soll kurz auf die in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen eingegangen werden (dazu III).

## II. Gleiche Wettbewerbsfreiheit statt Eigentumslogik

„Wem gehört der (Amateur-)Fußball?“ Mit diesen Worten haben *Hoeren/Schröder* den Gegenstand des Prozesses auf einen kurzen Nenner gebracht<sup>5</sup>. Wie die Gerichte und der Großteil der literarischen Stellungnahmen verstehen sie das Verfahren als einen *Eigentumsstreit* im weiteren Sinne; immerhin begehrt der Kläger die ausschließliche mediale Verwertung der Spiele für sich<sup>6</sup>.

---

\* Prof. Dr. iur., Goethe-Universität Frankfurt/M., Exzellenzcluster Normative Orders, <http://www.jura.uni-frankfurt.de/peukert/>, [a.peukert@jur.uni-frankfurt.de](mailto:a.peukert@jur.uni-frankfurt.de)

<sup>1</sup> <http://www.grimme-institut.de/html/index.php?id=918>.

<sup>2</sup> LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris = K&R 2008, 385 = MMR 2008, 551 = CR 2008, 528 = ZUM 2009, 258 = SpuRT 2008, 166; OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris = MMR 2009, 395.

<sup>3</sup> Zur Entscheidung des Landgerichts *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5; *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421 ff.; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553 f.; *Maume*, MMR 2008, 797 ff.; *Frey*, CR 2008, 530 ff. Zur Entscheidung des Oberlandesgerichts *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2; *Ernst*, jurisPR-WettbR 5/2009 Anm. 3 („Ergebnis wie Begründung falsch“); *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659 ff.; *Ohly*, CaS 2009, 148 ff.; *Maume*, MMR 2009, 398 f.

<sup>4</sup> So auch OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 140 in Bezug auf die Zulassung der Revision wegen „grundsätzlicher Bedeutung“.

<sup>5</sup> *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553.

<sup>6</sup> Siehe *Maume*, MMR 2008, 797; *Frey*, CR 2008, 530; *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659. Siehe aber die Hinweise auf die Informationsfreiheit bei *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5.

Doch dabei wird verkannt, dass hier nicht zwei Prätendenten darum streiten, wem ein vermögenswertes Gut „gehört“. Vielmehr geht es um die vorgelagerte Grundfrage nach dem maßgeblichen Modus der Güterverteilung. Die Aufzeichnung und mediale Verwertung von (Amateur-)Sportveranstaltungen ist insoweit nur ein Beispiel für eine allgemeine, wiederkehrende Problematik. Denn regelmäßig bringen gesellschaftliche, wirtschaftliche und technologische Entwicklungen neue Güter und darauf bezogene Bedürfnisse hervor, für die sich die Frage stellt, *ob überhaupt*, in welchem Umfang und wem sie zugeordnet werden sollen. Neben der Übertragung von Sportveranstaltungen kann verwiesen werden auf Streitigkeiten um die Vermarktung von Bildnissen Prominenter, um Internet-Domains, virtuelle Güter aus Online-Welten oder zu Beginn des 20. Jahrhunderts um elektrische Energie<sup>7</sup>.

Im hiesigen Fall beruft sich der Kläger auf folgenden Verteilungsmodus<sup>8</sup>: Wer ein vermögenswertes Gut geschaffen hat oder dazu auch nur einen Beitrag leistet, der darf dieses in jeder Hinsicht exklusiv vermarkten. Gibt es einen Vermögenswert, dann auch ein Vermögensrecht<sup>9</sup>. Jeder aktuelle und – wie hier – potentielle Vermögenswert wäre damit von vornherein einem bestimmten Marktteilnehmer zugewiesen. Dabei ist zu beachten, dass keine noch so „neue“ Ware oder Dienstleistung ihren Reiz und Markterfolg allein aus sich selbst gewinnt. Immer werden zumindest Moden und basale Infrastrukturen, also Leistungsergebnisse anderer genutzt. Wer der Glückliche ist, der nunmehr exklusiv ein bestehendes Bedürfnis befriedigen darf, darüber entscheidet der Gesetzgeber und mangels eindeutiger Regelung eben die Gerichte. Demnach gilt: Pflüge nicht mit fremdem Kalbe<sup>10</sup>. Wer hat, dem wird gegeben<sup>11</sup>.

Die Beklagten machen demgegenüber einen anderen Verteilungsmodus geltend<sup>12</sup>: Wirtschaftliche Gelegenheiten, Marktchancen, Geschäftsmodelle sind nicht a priori verteilt. Wer profitiert, darüber entscheiden nicht staatliche Instanzen unter Anwendung rechtlicher Regeln, sondern im Rahmen des freien und gleichen Wettbewerbs die Konsumenten<sup>13</sup>. Demnach hat jedermann die gleiche Chance, eine Gelegenheit beim Schopfe zu packen, wenn andere das gar nicht oder preislich/qualitativ schlechter tun. Der Württembergische Fußballverband ist bisher in Sachen medialer Vermarktung des Amateur-Fußballs nicht nach außen getreten<sup>14</sup>. Die Geschäftsidee der Beklagten wiederum ist inspiriert vom allgemeinen Trend „Web2.0“<sup>15</sup>. Sie bedient ein offenbar bestehendes Bedürfnis der Verbraucher. Finanziert wird das Angebot über Werbung. Die Möglichkeit hierzu möchten die Beklagten sich erhalten. Sie behaupten dabei gerade nicht, dass ihnen dieses Geschäftsmodell „gehört“. Insbesondere streiten sie dem Kläger nicht die Option ab, mit ihnen in Konkurrenz zu treten. Folglich blendet das eingangs wiedergegebene Verständnis des Falles als Eigentümerstreit die gesamte alternative Argumentation der Beklagten aus, wonach die Güterverteilung hier nach Maßgabe wirtschaftlicher Leistung im Wettbewerb zu erfolgen habe.

---

<sup>7</sup> Siehe dazu umfassend *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, passim.

<sup>8</sup> Siehe OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 66 ff., insbes. 82 (Grundgedanke, dass derjenige, der die Mühe und die Kosten hat, auch die Früchte haben solle).

<sup>9</sup> Kritisch zur Logik des „*if value, then right*“ *Dogan/Lemley*, Stanford L. Rev. 58 (2006), 1161, 1174 m.w.N.

<sup>10</sup> Nach Richter 14, 18.

<sup>11</sup> Nach Matthäus 25, 29.

<sup>12</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 15 ff.

<sup>13</sup> Maßgeblich ist nicht der Code des Rechtssystems (Recht/Unrecht), sondern der Code des Wirtschaftssystems (zahlen/nicht zahlen); siehe *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997, 388, 562 ff.

<sup>14</sup> Siehe aber OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 104 (der Kläger habe unstreitig einen Verwertungsvertrag über Amateurspiele abgeschlossen).

<sup>15</sup> *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5; *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421; *Maume*, MMR 2008, 797.

Diese Sichtweise kommt allerdings auch in den Entscheidungsgründen der erstinstanzlichen Urteile kaum zur Sprache<sup>16</sup>. Dabei wird sie vom deutschen Recht als grundlegendes Rechtsprinzip gleicher Freiheit anerkannt<sup>17</sup>. Jenes gründet in den Art. 1-3 GG, in denen Würde, Freiheit im Sinne der Abwesenheit von Zwang sowie Gleichheit vor dem Gesetz (Rechtsgleichheit) kulminieren. Art. 2 Abs. 1 GG schützt nach zutreffender, ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die freie Entfaltung der Persönlichkeit in allen Lebensbereichen ohne Rücksicht auf das Gewicht der jeweils in Frage stehenden Form menschlichen Handelns – also zumindest subsidiär zu Art. 12 GG auch das Betreiben der Internetseite [hartplatzhelden.de](http://hartplatzhelden.de)<sup>18</sup>. Hierin drückt sich das Verteilungsprinzip freiheitlicher Rechtsordnungen aus, wonach die Freiheit des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnis des Staates zu Eingriffen hingegen prinzipiell begrenzt ist<sup>19</sup>. Zu derartigen Einschränkungen zählen insbesondere auf dem Klagewege durchsetzbare private Ansprüche gegen die nicht gestattete Nutzung „neuer“ Güter. Der mit den Unterlassungstiteln der Stuttgarter Gerichte einhergehende Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Beklagten muss demnach zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen, also insbesondere auf einer ihrerseits gültigen Rechtsgrundlage beruhen und verhältnismäßig sein<sup>20</sup>. Während das Interesse, sich zu entfalten und Chancen im Markt zu nutzen, mithin lückenlos und ohne staatliche Vorleistung geschützt ist, bedürfen subjektiv-ausschließliche Privatrechte der punktuellen, gesetzlich vermittelten Konstituierung (siehe Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Güter werden also grundsätzlich nach dem von den Beklagten vorgetragenen Rechtsprinzip gleicher Handlungsfreiheit verteilt, soweit die Rechtsordnung insbesondere in Gestalt von Eigentumstiteln nicht ausnahmsweise eine abweichende Zuordnung von Gütern und damit verbundenen Marktchancen vorsieht.

Aus alledem folgt vor allen Dingen, dass die Klage nur Erfolg haben kann, wenn sie sich auf eine gültige Rechtsgrundlage stützen kann. Diese an sich banale Erkenntnis gilt es aber mit Nachdruck in Erinnerung zu rufen. Denn eine hierfür erforderliche, den verfassungsrechtlich zulässigen Methoden gemäß Subsumtion lassen die Stuttgarter Urteile vermissen<sup>21</sup>. Stattdessen setzt sich die klägerische Eigentumslogik durch, wonach derjenige, der durch eigene Leistung etwas geschaffen hat, auch die Früchte dieser Arbeit zu ernten habe. Dieses überaus wirkmächtige, allerdings auf den hiesigen Kläger kaum passende (erbringen nicht die örtlichen Vereine und namentlich die Spieler die bedeutsamere Leistung?) und überdies zirkuläre und schon deshalb rechtsphilosophisch unhaltbare Postulat<sup>22</sup> schlägt sich in apodiktischen Aussagen und Scheinbegründungen nieder, mit denen nur vorgegeben wird, Vorschriften wie die §§ 3, 4 UWG oder § 823 Abs. 1 BGB in der Fallgruppe des Rahmenrechts am Gewerbebetrieb *anzuwenden*<sup>23</sup>. Tatsächlich wird eine rechtspolitische

---

<sup>16</sup> Siehe OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 98, 119 (zum grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit des Klägers), 122 ff., 130 („Es mag ein Wunsch breiter Bevölkerungskreise bestehen, sich über derartige Plattformen zu produzieren, zu informieren und miteinander auch über Fußball zu kommunizieren. Aus diesem Wunsch kann aber keine dem Kläger im Verhältnis zu den Beklagten nachteilige Rechtsfolge erwachsen. Und nur um dieses Rechtsverhältnis streiten die Parteien.“).

<sup>17</sup> Näher *Peukert* (Fn. 7), 726 ff., 784 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 6, 32, 36 ff. (1957) – Elfes; BVerfGE 80, 137, 152 ff. (1989); BVerfGE 95, 267, 303 (1997).

<sup>19</sup> *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928/1954, 126. In diesem Sinne auch *Schapp*, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, 1994/2005, 8 („Schrankenmodell der Freiheit“); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, 47 („Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat ..., wonach der Verkehr der Bürger untereinander grundsätzlich von staatlichen Eingriffen frei ist und solche daher jeweils einer besonderen Legitimation bedürfen.“).

<sup>20</sup> Siehe etwa BVerfGE 6, 32, 36 ff. (1957) – Elfes; BVerfGE 17, 306, 313 f. (1964); BVerfGE 80, 137, 152 ff. (1989) m.w.N.

<sup>21</sup> So auch durchgängig die Kritik der Literatur, o. Fn. 3.

<sup>22</sup> Näher *Peukert* (Fn. 7), 730 ff. m.w.N.

<sup>23</sup> Insbesondere LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris Rn. 28 („Nach nahezu einhelliger Auffassung ..., der sich die Kammer anschließt, steht dem Veranstalter von Sportereignissen die alleinige Verwertungsmöglichkeit hieran zu.“); OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 124 („Solche Aufzeichnungen sind nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 39, 352, 354 ff. – Vortragsabend) schon dann

Verteilungsentscheidung getroffen, die das vorgegebene Verhältnis von grundsätzlicher Freiheit und ausnahmsweiser Zuordnung auf den Kopf stellt. Denn der allgemeine Satz der Urteile lautet, dass jeder, dessen Leistungsergebnis von Dritten auch nur mittelbar kommerzialisiert wird, die hieraus erwachsenden Profite beanspruchen kann<sup>24</sup>.

In dieser Allgemeinheit fände ein solcher Grundsatz wohl kaum Gefolgschaft. Doch wie ist zu bestimmen, ob hier nicht doch ein Sonderfall vorliegt, der den Urteilstenor trägt? – Eben nur in der präzisen Auslotung und Einhaltung der *Grenzen* einschlägiger Eigentumstitel und allgemeiner Haftungsnormen. Nur so, in gewissermaßen negativer Gestalt, kommt das Prinzip gleicher Wettbewerbsfreiheit in der Ausprägung der Nachahmungsfreiheit zur Geltung<sup>25</sup>. Es garantiert „leere Räume“ *jenseits* der Anspruchsgrundlagen, wo Güter und Vermögenswerte nach den Regeln des freien und gleichen Wettbewerbs und nicht aufgrund eines Urteilsspruchs verteilt werden. Stellt man sich dieser Aufgabe, so erweist sich, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Übertragungen von Sportveranstaltungen keine spezielle Zuordnungsregel erlassen hat. Ferner kennt die deutsche Rechtsordnung keine allgemeine Haftungsnorm, wonach die Aufzeichnung von Sportereignissen ohne Erlaubnis des Veranstalters generell verboten ist<sup>26</sup>:

### III. Anspruchsgrundlagen

#### 1. Kein Sonderrechtsschutz, Hausrecht

Dass Sportveranstaltungen keinen Sonderrechtsschutz insbesondere durch das Urheberrecht genießen, ist allgemein und auch im hiesigen Verfahren anerkannt<sup>27</sup>. Ebenso wenig vermag eine verbandsinterne Satzung, nach der das umstrittene Recht vom Kläger „besessen“ werde, Dritte zu binden<sup>28</sup>. Das Hausrecht eröffnet seinem Inhaber<sup>29</sup> immerhin die *Möglichkeit*<sup>30</sup>, den Zutritt zur Veranstaltung von einer vertraglichen Vereinbarung abhängig zu machen, die die gewerbsmäßige Herstellung und Verwertung von Aufnahmen untersagt bzw. nur gegen Zahlung eines besonderen Entgelts gestattet<sup>31</sup>. Dieser Weg stünde auch dem Kläger bzw. den örtlichen Vereinen offen, nur scheint man dazu wegen der oftmals frei zugänglichen

---

unlauter, wenn sie ohne Erlaubnis erfolgen.“), Rn. 128 („Der Kläger hat sein Verwertungsinteresse dargetan, und es liegt auf der Hand, dass jede Fremdveröffentlichung seine Absatzmöglichkeiten schmälert.“). Weitere Beispiele solcher Scheinbegründungen bei *Peukert* (Fn. 7), 739 ff. m.w.N.

<sup>24</sup> LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris Rn. 36; OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 124; ebenso die Einschätzung von *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2; *Ohly*, CaS 2009, 148.

<sup>25</sup> Siehe *Peukert* (Fn. 7), 906 f. Insofern entscheidet die Rechtsordnung selbst, wo der Verteilungscode der Wirtschaft zum Tragen kommt; dazu *Luhmann* (Fn. 13), 13, 753.

<sup>26</sup> Siehe dazu auch *Peukert* (Fn. 7), 143 ff., 817 ff. m.w.N.

<sup>27</sup> BGH GRUR 1971, 46; BGHZ 110, 371, 383 (1990); KG UFITA 14 (1941), 196, 199; OLG München ZUM-RD 1997, 290, 293; OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 181, 184; LG Frankfurt WRP 1997, 1108, 1111; AG Münster AfP 1994, 68; LG Hamburg ZUM 2002, 655, 658; bestätigt von OLG Hamburg ZUM 2003, 782, 784; *Hilty/Henning-Bodewig*, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, 2007, 44 f.; *Ohly*, CaS 2009, 148; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553; *Maume*, MMR 2008, 797 f.; a.A. *Osterwalder*, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, 2004, 171–246.

<sup>28</sup> Immerhin offengelassen wird das von LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris Rn. 3 f., 31.

<sup>29</sup> Dazu OLG Frankfurt NJW-RR 1993, 788, 789; *Agudo y Berbel/Engels*, WRP 2005, 191, 194 f.

<sup>30</sup> Zutreffend daher die verfassungsrechtliche Einordnung bei Art. 12 Abs. 1 GG durch BGHZ 165, 62, 73 (2005) – Hörfunkrechte („Das Hausrecht, mit dessen Hilfe der Berechtigte Dritte von der unentgeltlichen Wahrnehmung des von ihm veranstalteten Spiels ausschließen kann, dient in diesem Zusammenhang der Sicherung der Verwertung der beruflich erbrachten Leistung und nimmt damit an deren verfassungsrechtlicher Gewährleistung teil.“).

<sup>31</sup> Siehe BGHZ 165, 62, 69 (2005) – Hörfunkrechte (das Hausrecht diene der Wahrung der äußeren Ordnung in dem Gebäude oder der Örtlichkeit, auf die sich das Hausrecht erstreckt); OLG Frankfurt OLGZ 1977, 348, 350 (Benutzung von Einrichtungen vom Hausrecht erfasst).

Sportplätze nicht in der Lage bzw. ist nicht gewillt, die hierfür erforderlichen Investitionen aufzubringen<sup>32</sup>.

Zu einem gegen jedermann wirkenden Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Aufzeichnung und Verwertung kann daher nur das Deliktsrecht verhelfen, vornehmlich in Gestalt des für geschäftliches Handeln einschlägigen UWG. Und gerade hier verweigern sich die Instanzgerichte einer methodengerechten Subsumtion, in der sich die Geltung des oben skizzierten Rechtsprinzips gleicher Freiheit für das Verhalten der Beklagten erweisen würde<sup>33</sup>. Denn es gibt eben keine Anspruchsgrundlage, mit der dieser „leere Raum“, in den die Beklagten mit ihrem neuen Geschäftsmodell vorgestoßen sind, verschlossen wird.

## 2. UWG

Dies gilt zum einen für einen Unterlassungsanspruch aus §§ 3 Abs. 1; 4 Nr. 9, 10; 8 Abs. 1 UWG in ausnahmsweiser Einschränkung der grundsätzlichen Wettbewerbsfreiheit. Eine unlautere Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) liegt schon deshalb nicht vor, weil der Kläger den umstrittenen medialen Verwertungsmarkt ohne Weiteres betreten und mit noch gar nicht existierenden Angeboten (etwa Aufzeichnungen guter Qualität, Interviews) bedienen könnte. Jedenfalls zielten die Beklagten nicht darauf ab, die Entfaltungsfreiheit gerade des Klägers zu beeinträchtigen<sup>34</sup>.

Auch haben die Beklagten keine Ware oder Dienstleistung des Klägers nachgeahmt (§ 4 Nr. 9 UWG). Nur hiervon, und nicht von einer „unmittelbaren Übernahme eines Leistungsteils“, spricht das Gesetz<sup>35</sup>. Und selbst jener vom OLG Stuttgart aufgestellte Tatbestand<sup>36</sup> lässt sich nicht subsumieren, wenn man die Rahmenorganisation von Amateurspielen einerseits<sup>37</sup> mit dem Betrieb einer eigenständig entwickelten Internet-Plattform andererseits in Bezug setzt, auf der private Nutzer wiederum selbst erstellte Ton- und Bildaufnahmen dieser Spiele einstellen und kommentieren<sup>38</sup>. Zwar trägt die Organisationsleistung des Klägers dazu bei, dass die Amateurspiele als vermögenswertes Gut stattfinden können. Doch das gilt auch für das ehrenamtliche Engagement der örtlichen Vereine (Platzwart!), der Schiedsrichter und nicht zuletzt der Spieler. Warum profitieren nicht jene Beteiligten, sondern der Württembergische Fußballverband<sup>39</sup>? Es fehlen Maßstäbe, diese Frage zu beantworten. Es

---

<sup>32</sup> *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553 f.

<sup>33</sup> *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5.

<sup>34</sup> Offengelassen von OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 132. Wie hier *Ernst*, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 3; *Maume*, MMR 2008, 797, 798. Siehe allgemein Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) v. 22.8.2003, BT-Drucks. 15/1487, 19; *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 Rn. 10.7 m.w.N.

<sup>35</sup> So auch *Ohly*, GRUR 2004, 889, 899 (mit Verweis auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit); wohl auch BGH GRUR 2007, 795, 798 f. - Handtaschen.

<sup>36</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 109, 118 f. („Übernahme im Sinne einer Nachahmung“).

<sup>37</sup> Der Kläger beruft sich auf die Aufstellung der Spielpläne, die Organisation der Sportgerichtsbarkeit und die Ausbildung der Schiedsrichter; LG Stuttgart 41 O 3/08 KfH v. 8.5.2008, juris Rn. 2.

<sup>38</sup> Siehe *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421, 424; *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553 f.; *Maume*, MMR 2009, 398 f. (zwei Leistungen); *Ohly*, CaS 2009, 148, 149. Eigenentwicklungen sind schon begrifflich keine Nachahmung: BGH I ZR 170/05 v. 26.6.2008, GRUR 2008, 1115 Rn. 23 ff.; BGH I ZR 42/07 v. 30.4.2009, juris Rn. 43 – DAX. Widersprüchlich zur Rechtswidrigkeit der Aufnahmen „nicht geschäftlich und damit nicht unlauter“ handelnder Spielbesucher OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 125. Zum Aspekt der Haftung der Anbieter von Internetplattformen *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 662.

<sup>39</sup> *Ohly*, CaS 2009, 148 f.; *Ernst*, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 3 („doch haben die Funktionäre eben nicht selbst gespielt“); *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 663; siehe auch OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 115 (der Heimverein als der „natürliche Marktteilnehmer, der die von ihm im Zusammenwirken mit dem anderen Verein erarbeitete Leistung ... unmittelbar vermarkten darf“).

verwundert daher nicht, dass man im einschlägigen Absatz der Entscheidung vergeblich nach einer Begründung sucht<sup>40</sup>.

Im Übrigen läuft das vom OLG Stuttgart ausgesprochene, vollständige Verbot von Aufnahmen und deren Verwertung auf die Logik hinaus, dass jedes unerlaubt genutzte Gut offenbar um seiner selbst willen geschätzt (sonst würde es ja nicht genutzt) und folglich geschützt wird (§ 4 Nr. 9 lit. b UWG)<sup>41</sup>. Das ist das zirkuläre, grundsätzliche Imitationsverbot („if value, then right“), das die Regelbeispiele des § 4 Nr. 9 und 10 UWG nach der Absicht des Gesetzgebers und der ganz herrschenden Meinung gerade nicht kodifizieren<sup>42</sup>.

Mehr noch: Der Gesetzgeber der UWG-Reform 2004 hat einen solch grundsätzlichen Leistungsschutz sogar *ausdrücklich abgelehnt*: In den damals vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten für eine Neufassung des UWG war jeweils ein grundsätzlicher, unmittelbarer Leistungsschutz empfohlen worden, wie ihn der Kläger jetzt begehrt<sup>43</sup>. Diese Vorschläge sind jedoch *nicht* Gesetz geworden<sup>44</sup>. Die nachweisbare, bewusste Entscheidung *für* den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit<sup>45</sup> darf nicht contra legem übergangen und mit eigenen rechtspolitischen Wertungen ersetzt werden<sup>46</sup>.

Auch in anderer Hinsicht kann an den überkommenen und nach der UWG-Reform 2004 von der herrschenden Meinung fortgeschriebenen<sup>47</sup> Grundsätzen des sog. ergänzenden Leistungsschutzes gem. § 1 UWG 1909 nicht mehr festgehalten werden. Das betrifft etwa die Bedeutung der „Eigenart“ der umstrittenen Leistung. Hierbei soll es sich weiterhin um das zentrale, auf das Gut bezogene Tatbestandsmerkmal des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes handeln<sup>48</sup>. In der Begründung des UWG 2004 wird die Eigenart des Erzeugnisses indes allein im Rahmen der Erläuterung von § 4 Nr. 9 lit. a UWG erwähnt: Eine vermeidbare Herkunftstäuschung komme nur für „eigenartige“ Waren und Dienstleistungen in Betracht, weil der Verkehr nur bei solchen Leistungen auf die Herkunft achte<sup>49</sup>. Damit wird das Kriterium der Eigenart bzw. Besonderheit des nachgeahmten Gegenstands wieder auf seine ursprüngliche Funktion als inzidente Voraussetzung einer Herkunftstäuschung zurückgeführt. Das seit den 1960er Jahren vorherrschende, gegenteilige Verständnis der

<sup>40</sup> Siehe OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 119.

<sup>41</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 127 („Dass eine ‚Wertschätzung‘ in diesem Bereich nicht bestehe, widerlegt ... ihr [der Beklagten, Verf.] eigenes Geschäftsmodell, das nur auf der Grundlage einer solchen Wertschätzung funktionieren kann.“).

<sup>42</sup> Näher *Peukert* (Fn. 7), 376 ff. m.w.N.

<sup>43</sup> Siehe *Köhler*, WRP 1999, 1075 ff.; *Fezer*, WRP 2001, 989, 1004 ff.; *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1384 (jeweils Schutz schutzwürdiger Leistungen mit Ausnahmen für einen „fair use“).

<sup>44</sup> *Heyers*, GRUR 2006, 23; *Lubberger*, FS Ullmann, 2006, 737, 747 mit Fn. 35; *Fezer*, in: *Fezer*, UWG, 2005, Einl E Rn. 25 (der Entwurf von *Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig* sei auf der Grundlage des Konsenses in der Arbeitsgruppe erstellt worden, zu dem die Anerkennung eines wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes aber nicht gezählt habe); bedauernd *Krüger/v. Gamm*, WRP 2004, 978, 985; unklar *Dorndorf*, Herkunftstäuschung, 14 mit Fn. 61 (der Regierungsentwurf habe die geforderte Kodifikation des Leistungsschutzes enthalten, allerdings hätten die Vorschläge von *Fezer* und *Köhler* keine „direkte“ Berücksichtigung gefunden). Gegen einen Spezialtatbestand zum Leistungsschutz auch schon Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Bekämpfung der Produktpiraterie v. 15.6.1989, BT-Drucks. 11/4792, 19 (Widerspruch zum System des gewerblichen Rechtsschutzes, das vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit als marktwirtschaftlichem Prinzip ausgehe).

<sup>45</sup> RegE UWG 2004 (Fn. 34), BT-Drucks. 15/1487, 18.

<sup>46</sup> So aber *Lochmann*, Die Einräumung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen, 2005, 217 f. (der der Begründung des Gesetzes eigene Argumente entgegengesetzt, deren Legitimität er aber nicht nachweist).

<sup>47</sup> Siehe BGH GRUR 2004, 941, 942 f. – Metallbett; BGHZ 161, 204, 210 ff. (2004) – Klemmbausteine III; BGH GRUR 2005, 166, 167; BGH GRUR 2005, 600, 602; BGH GRUR 2007, 339, 342; BGH GRUR 2007, 795, 797 – Handtaschen; BGH GRUR 2009, 1073 – Ausbeinmesser; BGH I ZR 42/07 v. 30.4.2009, juris Rn. 39 – DAX; BGH I ZR 124/06 v. 28.5.2009, juris Rn. 20 – LIKEaBIKE.

<sup>48</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 110 ff.; ebenso die im Übrigen kritische Literatur (o. Fn. 3).

<sup>49</sup> RegE UWG 2004 (Fn. 34), BT-Drucks. 15/1487, 18.

Bedeutung der „Eigenart“ mit all ihren unmittelbar leistungsschützenden Implikationen ist mit dieser gesetzgeberischen Absicht unvereinbar<sup>50</sup>.

In Anbetracht der eingehenden Regelung und gesetzgeberischen Erläuterung des Nachahmungstatbestands in § 4 Nr. 9 UWG erscheint das Hauptargument der Gegenauffassung, wonach die Begründung zu § 4 Nr. 9 UWG den nicht abschließenden Charakter dieses Regelbeispiels ausdrücklich hervorhebe, ausgesprochen schwach<sup>51</sup>. Ein zweiter Blick in den Regierungsentwurf erhellt nämlich, dass dort lediglich formuliert ist, die Aufzählung könne „entsprechend der allgemeinen Regelungsstruktur der Beispielfälle“ nicht abschließend sein<sup>52</sup>. Folglich wird mit der Passage nur bestätigt, was die Regelbeispieltechnik ohnehin besagt – dass nämlich die Konkretisierungen der Unlauterkeit einen Rückgriff auf die Generalklausel nicht generell versperren. Dagegen wird insbesondere der hier geltend gemachte, unmittelbare Leistungsschutz nicht als weiterhin zulässiger Anwendungsfall der Generalklausel erwähnt. Richtigerweise wird man den Hinweis auf *neu* auftretende und *anders* geartete Problemkonstellationen im Hinblick auf die Nachahmung von Erzeugnissen beziehen müssen, die in der Tat weiterhin über die Generalklausel abgewickelt werden dürfen<sup>53</sup>. Darin eine pauschale Ermächtigung zur Fortsetzung bereits unter Geltung des UWG 1909 nachlassender, güterzuordnender Tendenzen zu sehen, erscheint dagegen nicht angängig.

In Übereinstimmung hiermit wird in den Erläuterungen zur Anwendung der Generalklausel jenseits der Regelbeispiele<sup>54</sup> nur die „allgemeine Marktbehinderung“ genannt, die gerade nicht dem Schutz individueller Interessen an Nachahmungsverboten dient, sondern voraussetzt, dass *der Bestand des Wettbewerbs* hinsichtlich der fraglichen Warenart in nicht unerheblichem Maße durch die Beseitigung der Freiheit von Angebot und Nachfrage gefährdet ist und so das Allgemeininteresse am unverfälschten Wettbewerb (§ 1 S. 2 UWG) beeinträchtigt wird<sup>55</sup>. E contrario sind individuelle Exklusivitätsbelange, wie sie hier vom Kläger geltend gemacht werden, *abschließend* in den güterzuordnungsrelevanten Regelbeispielen berücksichtigt<sup>56</sup>. Ein nach § 3 Abs. 1 UWG relevantes Marktversagen im Zusammenhang mit der Nutzung „neuer“ Güter kann mithin nur unter folgenden, *kumulativen* Voraussetzungen bejaht werden:

- Die Herstellung des betroffenen Originalprodukts (hier: das Amateur-Fußballspiel) erfordert unabhängig von seiner ästhetischen oder technischen Qualität, Eigenart oder anderen Merkmalen eine wesentliche Investition<sup>57</sup>.
- Das Produkt kann durch technische Mittel zu minimalen Kosten vervielfältigt werden.

---

<sup>50</sup> Ebenso Köhler, GRUR 2007, 548, 549. Gerade umgekehrt die Schlussfolgerung von *Platz*, in: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2005, § 4 Rn. 379; *Wiebe*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2006, § 4 Nr. 9 Rn. 76; *Ohly*, FS Ullmann, 2006, 795, 796 mit Fn. 5 (die Begründung referiere lediglich die wesentlichen Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung).

<sup>51</sup> Allgemein *Schünemann*, WRP 2004, 925, 929 („Ein nicht hinreichend zum Ausdruck gebrachter möglicherweise bestehender Wille des historischen Gesetzgebers nach normativer Kontinuität ist freilich unbeachtlich ...“); zweifelnd *Sosnitza*, in: MünchKomm (Fn. 50), § 3 Rn. 144.

<sup>52</sup> RegE UWG 2004 (Fn. 34), BT-Drucks. 15/1487, 18.

<sup>53</sup> So wohl auch BGH I ZR 170/05 v. 26.6.2008, GRUR 2008, 1115 Rn. 32 (nur Ausnahmefälle); *Ullmann*, in: Ullmann/Bär, JurisPraxiskommentar UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 9 Rn. 30 f. (erschöpfende Regelung des unternehmerischen Leistungsschutzes in § 4 Nr. 9 UWG); *Wiebe*, FS Schrickler, 2005, 772, 783; *ders.*, in: MünchKomm (Fn. 50), § 4 Nr. 9 Rn. 6 (zukünftige Ausbeutungstatbestände).

<sup>54</sup> Offengelassen von OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 132.

<sup>55</sup> RegE UWG 2004 (Fn. 34), BT-Drucks. 15/1487, 19; *Köhler*, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Fn. 34), § 4 Rn. 12.3 ff. m.w.N. Zur Fortgeltung dieser Zwecksetzung auch nach Umsetzung der Geschäftspraktiken-Richtlinie BGH I ZR 124/06 v. 28.5.2009, juris Rn. 17 – LIKEaBIKE.

<sup>56</sup> *Ullmann*, in: Ullmann/Bär (Fn. 53), § 4 Nr. 9 Rn. 30 f. (erschöpfende Regelung des unternehmerischen Leistungsschutzes); a.A. BGH GRUR 2007, 795, 799 – Handtaschen.

<sup>57</sup> Ebenso *Schneidinger*, Der Leistungsschutz unter besonderer Berücksichtigung der technischen Leistung, 1977, 131 (de lege ferenda für das schweizerische Recht).

- Der Originalhersteller ist weder rechtlich<sup>58</sup> noch faktisch<sup>59</sup> in der Lage, diese Übernahme zu verhindern, und er vermag seine versunkenen Herstellungskosten auch nicht anderweitig (insbes. durch Zeitvorsprung, Produktgestaltung, Markenrechte) in Konkurrenz zu demjenigen, der nur die Grenzkosten einer Kopie zu tragen hat, zu amortisieren.
- Dadurch entsteht die ernsthafte Gefahr, dass weder der ursprüngliche Anbieter noch ein anderer Mitbewerber in diesen Markt investiert, so dass ein potentieller Wettbewerb *von vornherein* verhindert wird.

Diese Voraussetzungen sind hier offenbar nicht gegeben<sup>60</sup>. Die Investitionen in die Organisation der Amateurspiele wurden schon bisher nicht über die Vermarktung von Aufnahmen bestritten. Die Existenz der Fußballspiele hängt also nicht vom Leistungsschutz ab; der Kläger hat seine Investitionen in die Organisation noch nicht einmal vorgetragen. Dasselbe gilt für die mediale Verwertung der Spiele. Das beweist gerade das Angebot der Beklagten. In beiden Fällen wird das Gros der Aufwendungen von freiwillig, teilweise ehrenamtlich handelnden Privatpersonen bestritten (Sportler, Schiedsrichter, filmende Besucher etc.).

### 3. Deliktsrecht des BGB

Anders als das Landgericht stützt das OLG seine Entscheidung zusätzlich auf die §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB und das Rahmenrecht am Gewerbebetrieb<sup>61</sup>. Vordergründig bekennt sich das OLG auch insoweit zum Grundprinzip gleicher Wettbewerbsfreiheit. Denn so wie das UWG die Nachahmungsfreiheit nur ausnahmsweise durchbreche, gelte im Deliktsrecht des BGB das Enumerationsprinzip und kein umfassender Vermögensschutz<sup>62</sup>. *Casum sentit dominus* – oder: ein Wettbewerber ist mir zuvorgekommen und hat statt meiner den Profit eingestrichen – ist und bleibt der Ausgangspunkt deliktsrechtlichen Denkens<sup>63</sup>.

Dass das rechtsfortbildend anerkannte Rahmenrecht am Gewerbebetrieb hieran nichts ändert, lässt sich bereits an seiner nur subsidiären Anwendbarkeit im Verhältnis namentlich zum UWG erkennen<sup>64</sup>. Schon deshalb gehen die Ausführungen des OLG Stuttgart fehl. Bietet das Lauterkeitsrecht dem Kläger aufgrund einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für ein nur eingeschränktes Nachahmungsverbot und damit für die Wettbewerbsfreiheit keine Handhabe, kommt ein ergänzender Rückgriff auf § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht<sup>65</sup>.

Ohnehin erschöpft sich das Prüfungsprogramm hierin nicht. Denn in einem zweiten Schritt bedarf es noch der *positiven* Rechtfertigung der Haftungserweiterung über den Kreis der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Güter hinaus. Hier ist eine solche Rechtfertigung

<sup>58</sup> Abzulehnen daher BGHZ 37, 1, 13 ff. (1962) – AKI (§ 1 UWG 1909 neben abgeleiteten Rechten bejaht); BGHZ 39, 352 ff. (1963) – Vortragsveranstaltung (der Veranstalter hätte sich urheberrechtliche Nutzungsrechte einräumen lassen können).

<sup>59</sup> Wie bei der Sportveranstaltung durch Ausübung des Hausrechts.

<sup>60</sup> Ebenso bei ähnlichen Anforderungen *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 664; *Ohly*, CaS 2009, 148, 150 f. Letztlich auch OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 112 (dem Kläger werde „ein Teil der wirtschaftlichen Verwertung seiner Leistung genommen“).

<sup>61</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 133 ff.

<sup>62</sup> OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 134.

<sup>63</sup> Ausführlich *Peukert* (Fn. 7), 237 ff., 527 ff. m.w.N.

<sup>64</sup> Zum UWG BGH WRP 1965, 97, 101 (unberechtigte Schutzrechtsverwarnung); BGHZ 41, 314, 315 ff. (1964); BGH GRUR 1965, 690, 690; BGHZ 43, 359, 361 (1965); BGHZ 65, 325, 328 (1975); OLG Stuttgart GRUR-RR 2006, 20, 21; *Sack*, FS Ullmann, 2006, 825, 828 ff.; *Katzenberger*, Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, 1967, 150 f.

<sup>65</sup> *Maume*, MMR 2009, 398, 399; *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2. Dasselbe gilt zumindest im Ergebnis für § 826 BGB, der zwar neben dem UWG anwendbar bleiben soll (siehe RGZ 74, 434, 435 f. (1910); BGHZ 36, 252, 256 (1961); anders *Sack*, FS Ullmann, 2006, 825, 839 (Vorrang des UWG)), aber zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen keine weitergehenden Ansprüche als § 3 UWG generieren kann.



schon wegen der restriktiven Wertungsvorgaben des vorrangigen UWG nicht ersichtlich. Im Übrigen verkennt das OLG die Funktion dieses Rahmenrechts. Jenes schützt den Gewerbebetrieb oder wie hier die ggf. ernsthaften Absichten und Anstalten zur Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung nicht im Sinne eines statischen, eigentumsähnlichen Besitzstandes. Schon gar nicht dient es dazu, den Marktzutritt neuer Mitbewerber zu unterbinden<sup>66</sup>. Vielmehr handelt es sich um eine Rechtsfortbildung in Erfüllung der verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates (hier der Gerichte) zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG in Ausnahmekonstellationen, in denen ohne Abwehr- bzw. Schadensersatzbefugnisse die Wahrnehmung der Erwerbsfreiheit des Betroffenen in ihrem Kern in Frage gestellt wäre<sup>67</sup>. Eine solche Extremsituation liegt hier aber wie gezeigt nicht vor.

Damit verbleibt es insgesamt bei der eben prinzipiell zulässigen Ausübung der Wettbewerbsfreiheit durch die Beklagten. Der Kläger hat demnach zwei Möglichkeiten: Entweder er unterbindet die Herstellung von Aufzeichnungen in Zusammenarbeit mit den örtlichen Vereinen auf der Basis des Hausrechts. Dieses Unterfangen ist jedoch aufwendig<sup>68</sup> und kollidiert mit der Erwartung der Spieler und Zuschauer, wonach unterklassige Amateurspiele frei zugänglich sind. Demnach verbleibt die zweite Alternative, eine konkurrierende mediale Vermarktung aufzusetzen. Aufgrund der organisatorischen Verflechtung mit den lokalen Vereinen hat der Kläger hierfür beste Voraussetzungen. Im Wettbewerb mit den Beklagten können so neue und innovative Angebote entstehen. Das ist es, was eine dezentrale Marktwirtschaft bewirken soll. Ihr und nicht richterlichen Privilegien gebührt der Vorrang.

---

<sup>66</sup> So aber OLG Stuttgart 2 U 47/08 v. 19.3.2009, juris Rn. 137 („Der Eingriff in die Vermarktungsmöglichkeiten, welcher darin besteht, dass sich die Beklagte anmaßt, ihrerseits mit konkurrierender Verwertung auf den Markt zu treten ...“). Ablehnend dazu RGZ 35, 166, 169 (1895); RGZ 132, 311, 317 (1931); BVerfG NJW 2000, 1939 (auch Art. 14 GG schütze nicht vor Wettbewerb); *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 290 (die Entwicklung „wohlerworbener Rechte wirtschaftsberufsständischer Art“ wäre einer wirtschaftlichen Friedens-, nicht aber einer Kampfordnung angemessen); *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 17 Rn. 11 (kein Schutz vor Konkurrenz).

<sup>67</sup> Allgemein BGHZ 7, 30, 33, 36 (1952) (ohne zwingende Gründe sei die Überwindung des Enumerationsprinzips eine unzulässige Rechtsfortbildung contra legem); *Peukert* (Fn. 7), 256 ff., 808 ff. m.w.N. Zur „Notwendigkeit“ der Anwendung des Rahmenrechts am Gewerbebetrieb auf objektiv unberechtigte Verwarnungen aus Immaterialgüterrechten RGZ 58, 24, 30 (1904); BGHZ 38, 200, 204 (1962); BGHZ (GS) 164, 1, 2 ff. (2005); *Meier-Beck*, WRP 2006, 790, 793 (freiheitssichernder Tatbestand); *Peukert*, Mitt. 2005, 73 ff.

<sup>68</sup> Anders die Einschätzung von *Ernst*, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 3.