

PETER W. HEERMANN*

Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter de lege ferenda?

Jüngst hat der EuGH (GRUR 2012, 156 Rdnrn. 100–105 – Football Association Premier League u. Murphy) den Mitgliedstaaten scheinbar eine Steilvorlage zur Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter gegeben. Eine darauf gerichtete Forderung hatten hierzulande bereits im Jahr 2006 Hilty und Henning-Bodewig in einem Rechtsgutachten aufgestellt. Vor einem Einschreiten des Gesetzgebers stellen sich jedoch komplexe rechtliche und tatsächliche Fragen. Diese sind in der bisherigen Diskussion vielfach vernachlässigt worden und sollen deshalb im nachfolgenden Beitrag herausgearbeitet und gewürdigt werden.

I. Einleitung

In unterschiedlichem Kontext und mit verschiedenen Begründungsansätzen ist hierzulande während der vergangenen Jahre im wissenschaftlichen Schrifttum die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter gefordert worden. Der deutsche Gesetzgeber hat – soweit ersichtlich – diese Initiative noch nicht aufgegriffen. Nachfolgend sollen die unterschiedlichen Ansätze unter Berücksichtigung aktueller Entwicklungen in der Rechtspre-

* Prof., Dr., LL.M. (Univ. of Wisconsin), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Sportrecht an der Universität Bayreuth, Richter am OLG Nürnberg a. D.

chung des *EuGH* und *BGH* gewürdigt werden. Dabei soll die Frage nach dem „Ob“ der Einführung eines solchen Leistungsschutzrechts *de lege ferenda* im Vordergrund stehen.

II. Ansätze zur Entwicklung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter – eine kritische Würdigung

1. Stellungnahmen der Judikatur

a) BGH

Bereits im Jahr 1960 zog der *BGH* in seiner Entscheidung „Figaros Hochzeit“ eine Parallele zwischen ausübenden Künstlern und Sportlern und äußerte sich dabei mittelbar zur Ausgangsproblematik¹. So stelle es einen besonders einschneidenden Eingriff in die Erwerbsmöglichkeiten des ausübenden Künstlers dar, wenn seine Leistungen gegen seinen Willen auf Ton- oder Bildträger festgelegt und damit ohne seine erneute persönliche Inanspruchnahme beliebig oft wiederholbar und einem theoretisch unbegrenzten Hörerkreis zugänglich gemacht werden; das gleiche Problem stelle sich bei allen stofflich nicht gebundenen, ihrer Natur nach vergänglichen Darbietungen, bei denen eine Nachfrage nach ihrer Wiederholung bestehe, wie beispielsweise bei Darbietungen von Artisten oder Sportlern.

Zunächst fällt auf, dass zu Beginn des Kommerzialisierungsprozesses im Sportsektor nicht eine etwaige Schutzbedürftigkeit der Sportveranstalter, sondern der Sportler im Vordergrund stand. Zweifeln begegnet freilich der Vergleich zwischen ausübenden Künstlern und Sportlern. Während etwa Artisten (z. B. Balljongleure) die gleiche Inszenierung wiederholt nicht nur an einem Ort präsentieren und kommerziell verwerten können, mag dies in gewisser Weise noch für Individualsportler (z. B. Turner oder Leichtathleten) gelten, nicht jedoch für Mannschaftssportler (z. B. Fußballspieler) oder gar Sportveranstaltungen (z. B. ein Spiel der Fußballbundesliga). Für die Zuschauer von hervorgehobenem Interesse ist nicht die sportlerische Darbietung eines individuellen Athleten, sondern deren Einbettung in einen bestimmten Sportwettkampf unter Beteiligung auch anderer Athleten (z. B. Turnwettkampf, Leichtathletikmeisterschaft, Fußballbundesliga). So kann ein Balljongleur bei verschiedenen Auftritten über einen längeren Zeitraum das Publikum mit seiner Ballfertigkeit begeistern und fesseln. Diese Auftritte weisen hinsichtlich Qualität und Spannungsgehalt ein tendenziell gleichbleibendes Niveau auf und sind damit austauschbar. Wenn hingegen ein berühmter Fußballspieler mit seiner Mannschaft gegen Club A antritt, so besteht ein vitales kommerzielles Interesse an der Wiederholung dieser Begegnung in den Medien am Spieltag (live und zeitversetzte Highlight-Berichterstattung), vielleicht noch am Folgetag. Je weiter die Zeit sodann fortschreitet, umso stärker wird sich das Interesse der Öffentlichkeit jedoch auf die Leistung des Elitekickers im nächsten Spiel gegen Club B richten u. s. w. Kurzum: Der Balljongleur hat eine Uraufführung pro Spielzeit, ein Fußballprofi ist hingegen an jedem Spieltag an einer neuen Uraufführung beteiligt.

Nach der erstmaligen Befassung des *BGH* mit der Problematik wurden mit dem Inkrafttreten des Urheberrechtsgesetzes vom 9. 9. 1965 eigene Leistungsschutzrechte für ausübende Künstler (§ 73 UrhG) und im Hinblick auf deren Darbietungen für Veranstalter (§ 81 UrhG) geschaffen. Dies veranlasste den *BGH* im Jahr 1979 in

der Entscheidung „Fußballspieler“² die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts auch für Sportler anzusprechen. Ob und inwieweit die wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen seit Schaffung des Kunsturhebergesetzes im Jahre 1907 Anlass gäben, dem Abgebildeten Leistungsschutzrechte zuzubilligen, müsse der Gesetzgeber entscheiden. Erstmals brachte der *BGH* hinsichtlich eines Leistungsschutzrechts für Sportler („dem Abgebildeten“) den Gesetzgeber ins Spiel.

Hinsichtlich eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter hat der *BGH* bislang die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts nicht thematisiert, sondern eine Einführung angesichts anderer gesetzlicher Schutzmöglichkeiten für die Veranstalter stillschweigend für nicht erforderlich erachtet. Den Ausgangspunkt bildet insoweit der „Sportübertragungen“-Beschluss des *BGH* aus dem Jahr 1990³. Anders als der Veranstalter der Darbietung eines ausübenden Künstlers (§ 81 UrhG) genieße ein Veranstalter von Sportveranstaltungen kein verwandtes Schutzrecht; zum Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen könnten ihm je nach Fallgestaltung Ansprüche aus § 823 I BGB (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb), aus § 826 BGB oder wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus § 1 UWG [Anm. Verf.: gemeint ist § 1 UWG 1909, inzwischen aufgegangen in § 3 UWG 2008] zustehen; als Besitzer oder Eigentümer des Veranstaltungsorts könne er ferner sein Hausrecht (§§ 858, 1004 BGB) gegenüber einem Dritten geltend machen, der ohne seine Genehmigung versuche, die Veranstaltung aufzuzeichnen und durch Rundfunk zu übertragen. Im Hinblick auf die audiovisuelle Vermarktung von Sportveranstaltungen hat für den *BGH* auch in der Folge in den Entscheidungen „Hörfunkrechte“ und „Hartplatzhelden.de“ die Ausübung des Hausrechts am Veranstaltungsort im Vordergrund gestanden⁴.

Im Hinblick auf das von Sportveranstaltern in den vergangenen Jahren wiederholt betonte Bedürfnis eines Investitionsschutzes hinsichtlich der von ihnen erbrachten Leistungen – ein für ein Tätigwerden des Gesetzgebers sicherlich überaus wichtiger Aspekt⁵ – hat der *BGH* zuletzt zweimal seine Grundeinstellung durchleuchten lassen:

(1) Hinsichtlich der Vermarktung einer Fußball-Weltmeisterschaft stellte der *BGH* im Jahr 2009 in seinem „WM-Marken“-Urteil⁶ am Ende der Entscheidungsgründe in einem *obiter dictum* fest, das grundgesetzlich geschützte Recht der klagenden Fédération Internationale de Football Association (FIFA) zur wirtschaftlichen Verwertung der von ihr organisierten Sportveranstaltungen begründe keinen Schutz für jede wirtschaftliche Nutzung, die auf das Sportereignis Bezug nehme [Hervorhebung des Verf.].

(2) In ähnlicher Weise argumentierte der *I. Zivilsenat* im Jahr 2010 in der „Hartplatzhelden.de“ Entscheidung⁷. So sei der

¹ BGHZ 33, 20 (28) = GRUR 1960, 614 – Figaros Hochzeit.

² BGH, GRUR 1979, 425 (428) – Fußballspieler.

³ BGHZ 110, 371 (383 f.) = GRUR 1990, 702 – Sportübertragungen.

⁴ BGHZ 165, 62 Rdnr. 33 = GRUR 2006, 249 – Hörfunkrechte; BGHZ 187, 255 Rdnr. 21 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de, m. Anm. Heermann, JZ 2011, 641, u. *Obly*, GRUR 2011, 439.

⁵ Vgl. hierzu u. II 2 b.

⁶ BGH, GRUR 2010, 642 Rdnr. 60 = CaS 2010, 127 m. Anm. Heermann – WM-Marken. Außerhalb des Sportssektors hat der *BGH* diesen Ansatz bereits im Jahr 1962 – vgl. BGHZ 37, 1 (21) = GRUR 1962, 470 – AKI – entwickelt und festgestellt, es sei weder wettbewerbsrechtlich noch zum Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geboten, denjenigen, der eine Leistung erbringe, grundsätzlich auch an allen späteren Auswertungsarten seiner Leistung zu beteiligen.

⁷ BGHZ 187, 255 Rdnr. 25 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de, m. Anm. Heermann, JZ 2011, 641.

vom klagenden Württembergischen Fußballverband e. V. begehrte wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz für Amateurfußballspiele nicht erforderlich, um für ihn ein Leistungsergebnis zu schützen, für das er erhebliche Investitionen getätigt hätte und dessen Erbringung und Bestand ohne diesen Rechtsschutz ernstlich in Gefahr geriete.

Die beiden letztgenannten Entscheidungen lassen die Tendenz des I. Zivilsenats am BGH erkennen, dass er zwar Sportverbänden hinsichtlich ihrer Aufwendungen für die Planung, Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen wie etwa auch dem Ligabetrieb einen Investitionsschutz grundsätzlich zuerkennt. Eine Grenze bildet indes das Erforderlichkeitspostulat, mithin der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Deshalb hat der BGH über die *de lege lata* bereits bestehenden gesetzlichen und vertraglichen Schutzmöglichkeiten hinaus bislang eine Monopolisierung der kommerziellen Nutzungsmöglichkeiten zu Gunsten der Sportveranstalter abgelehnt, solange nicht die Gefahr besteht, dass Letztere die im Allgemeininteresse liegenden Leistungen unterlassen.

b) EuGH

Zuletzt hat der EuGH mit seiner Entscheidung „Football Association Premier League u. Murphy“ den Mitgliedstaaten scheinbar eine Steilvorlage zur Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter gegeben. Nach der – im Ergebnis keineswegs neuen – Feststellung, dass Sportereignisse keinen urheberrechtlichen Schutz genießen⁸, geht der EuGH unmittelbar auf ein gesetzliches Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter ein. Die einschlägigen Erwägungsgründe 100 bis 105⁹ seien wegen ihrer besonderen Bedeutung wörtlich wiedergegeben:

[100] Gleichwohl sind Sportereignisse als solche einzigartig und haben insoweit einen Originalcharakter, der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen, wobei dieser Schutz gegebenenfalls von den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährt werden kann.

[101] In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Art. 165 I Unterabs. 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigt.

[102] Einem Mitgliedstaat steht es daher frei, Sportereignisse – gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums – zu schützen, indem er eine spezielle nationale Regelung einführt oder unter Beachtung des Unionsrechts einen Schutz anerkennt, den diese Ereignisse auf der Grundlage von Verträgen genießen, die zwischen den Personen, die berechtigt sind, den audiovisuellen Inhalt dieser Ereignisse der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, und den Personen, die diesen Inhalt an die Öffentlichkeit ihrer Wahl verbreiten wollen, geschlossen werden.

[103] Dazu ist zu bemerken, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mitgliedstaaten von dieser Befugnis Gebrauch machen werden, da er im 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 97/36 auf Ereignisse Bezug nimmt, die von einem Veranstalter organisiert werden, der kraft Gesetzes befugt ist, die Rechte an diesem Ereignis zu veräußern.

[104] Falls die betreffende nationale Regelung daher zum Ziel haben sollte, Sportereignisse zu schützen – was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts wäre –, steht das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen, so dass eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wie die in den Ausgangsverfahren fragliche rechtfertigen kann.

[105] Jedoch darf eine solche Beschränkung zusätzlich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen (...).

Eine rechtliche Würdigung dieser Erwägungsgründe führt zu folgenden Erkenntnissen:

(1) Sportereignisse sind nach Auffassung des *Gerichtshofs* nicht automatisch als verwandte Schutzrechte im Sinne des Urheberrechts einzustufen (Erwägungsgrund 100: „möglicherweise“; Erwägungsgrund 102: „gegebenenfalls“).

(2) Mit der in Erwägungsgrund 101 erfolgten Erwähnung von Art. 165 I Unterabs. 2 AEUV, wonach unter anderem die besonderen Merkmale des Sports bei der Förderung der europäischen Dimension des Sports durch die Union zu berücksichtigen sind, zeigt der *Gerichtshof* zum wiederholten Male¹⁰, dass diese Norm den im Sportsektor wirtschaftlich tätigen Unternehmen und Verbänden keinen rechtlichen Freibrief ausstellt.

(3) Aus der Wortwahl (Erwägungsgrund 102: „gegebenenfalls“, jedoch keine Verwendung der Worte *etwa* oder *beispielsweise*) folgt, dass ein Veranstalterschutzrecht an das geistige Eigentum anknüpfen sollte. In diesem Fall müssten die nationalen Gesetzgeber sodann aber die Wertungen und Grenzen der bestehenden Schutzgesetze angemessen beachten¹¹, wodurch der Spielraum des Gesetzgebers spürbar eingeschränkt würde. Je nach Definition des Schutzgegenstands eines solchen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter können sich im Einzelfall auch aus dem Unionsrecht Beschränkungen ergeben (deutlich insoweit Erwägungsgrund 100: „unter Beachtung des Unionsrechts“; eventuell falsche Erwartungen weckend Erwägungsgrund 104: „steht das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen“). Sofern also in einem bestimmten Rechtsgebiet eine Harmonisierung durch eine EU-Richtlinie hergestellt worden ist, darf eine nationale Gesetzesregelung zum Schutz von Sportveranstaltungen letztlich nicht einen solchen Rechtsschutz gewähren, der den Zielsetzungen der betreffenden Richtlinie zuwiderliefe¹².

(4) Unklar ist die vom *Gerichtshof* in Erwägungsgrund 102 angedeutete Anerkennung von Schutz allein „auf der Grundlage von Verträgen ...“. Denn auch außerhalb vertraglicher Beziehungen kann sich eine Schutzbedürftigkeit von Sportveranstaltern ergeben (z. B. gegenüber illegalen Streamingangeboten). Auch wenn die Einführung einer gesetzlichen Vorschrift zum Schutz einer absolut (und eben nicht nur relativ) wirkenden Rechtsposition gerade nicht explizit angesprochen wird, wird man hieraus nicht den Schluss ziehen können, die Einführung einer solchen absolut wirkenden gesetzlichen Schutzvorschrift sei per se unzulässig.

⁸ EuGH, GRUR 2012, 156 Rdnrn. 96–99 – Football Association Premier League u. Murphy.

⁹ EuGH, GRUR 2012, 156 Rdnrn. 100–105 – Football Association Premier League u. Murphy.

¹⁰ Vgl. zuvor bereits EuGH, Slg. 2010, I-2177 Rdnr. 40 – Olympique Lyonnais.

¹¹ Vgl. hierzu etwa Heermann/John, K&R 2011, 753, im Hinblick auf den Schutz von Spielplänen an Sportligen; Heermann, WRP 2012, 17, und ders., WRP 2012, 132; hinsichtlich der Medienrechte an Sportveranstaltungen; Heermann, Ambush Marketing bei Sportveranstaltungen, 2011, S. 132 ff., bezüglich des Schutzes von Sportveranstaltungen vor so genanntem Ambush Marketing.

¹² So zuletzt Generalanwalt Mengozzi, Schlussanträge v. 15. 12. 2011 – C-604/10, BeckRS 2011, 81917 Rdnrn. 47–52 – Football Dataco Ltd, zum Schutz von Spielplänen im Lichte der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

(5) Aus Erwägungsgrund 102 geht des Weiteren hervor, dass der *Gerichtshof* offensichtlich ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter allein im Hinblick auf die Medienrechte an Sportveranstaltungen anregen möchte („Verträgen ..., die zwischen den Personen, die berechtigt sind, den audiovisuellen Inhalt dieser Ereignisse der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, und den Personen, die diesen Inhalt an die Öffentlichkeit ihrer Wahl verbreiten wollen, geschlossen werden“). Auch nur insoweit soll – wie in Erwägungsgrund 104 erwähnt – „das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen (stehen)“. Das bedeutet zugleich, dass der *EuGH* sich gerade nicht für die Einführung eines Leistungsschutzrechts ausgesprochen hat, das Sportveranstaltern einen Schutz vor der Übernahme oder Nutzung anderer Aspekte der Sportveranstaltung (z. B. deren positives Renommee oder der zu Grunde liegenden Spielpläne etc.) durch Dritte zu kommerziellen Zwecken (z. B. mittels assoziativer Werbung von Nicht-Sponsoren oder Anbietern von Sportwetten) gewährt.

(6) Die in Erwägungsgrund 103 enthaltene indirekte Ermunterung an die nationalen Gesetzgeber, sofern noch nicht geschehen, „von dieser Befugnis Gebrauch“ zu machen, hat hierzulande erwartungsgemäß¹³ schon zu entsprechenden Forderungen geführt¹⁴.

(7) Abschließend schränkt der *Gerichtshof* in Erwägungsgrund 105 indes den Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber spürbar ein, indem er zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mahnt¹⁵. So hätte also auch ein nationales Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter letztlich das streitgegenständliche Modell zur Vermarktung der Live-Übertragungsrechte im Satellitenfernsehen nicht rechtfertigen können, welches zum Zweck der Gewinnmaximierung auf absoluten exklusiven Gebietschutzklauseln aufbaute.

(8) Überraschend ist der Umstand, dass der *Gerichtshof* eine Einführung nationaler Leistungsschutzrechte für Sportveranstalter im Hinblick auf die Medienrechte an Veranstaltungen anregt, ohne eine vor der Schaffung eines neuen Immaterialgüterrechts regelmäßig zentrale, wenn nicht gar maßgebliche Frage anzusprechen: Besteht überhaupt ein ökonomisches Bedürfnis für eine solche Maßnahme¹⁶?

2. Rechtsgutachten „Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter?“ (Hilty/Henning-Bodewig)

Bereits im Jahr 2006 sprachen sich *Hilty* und *Henning-Bodewig* in einem von Sportverbänden (Deutscher Fußball-Bund e. V.; DFL Deutsche Fußball Liga GmbH; DOSB Deutscher Olympischer Sportbund) sowie von Senats- und Staatskanzleien verschiedener Bundesländer (Berlin, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen, Bayern) in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten¹⁷ für die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter aus. Zugleich lehnten die Gutachter einen von der Rechtsprechung geschaffenen immaterialgüterrechtlichen Schutz auf der Grundlage des UWG strikt ab¹⁸. Hierfür seien weniger der „Numerus clausus der IP-Rechte“ als vielmehr folgende Aspekte ausschlaggebend: Ein von der Judikatur gewährter absoluter Investitionsschutz auf der Basis der Generalklausel widerspreche der Systematik des UWG; die Gerichte seien mit den insoweit erforderlichen wirtschaftlichen Prognosen überfordert, zumal nur Einzelfallentscheidungen

getroffen werden könnten; schließlich würde es zu einer unkontrollierten Ausdehnung von Ausschließlichkeitsrechten kommen. Die Schaffung oder Anerkennung neuer IP-Rechte sei daher dem Gesetzgeber vorbehalten¹⁹.

Dieses Rechtsgutachten ist in der Folge wiederholt seitens der Interessenvertreter des Sports²⁰, aber auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion²¹ zur Grundlage für die Forderung nach Einführung eines Leistungsschutzrechts zu Gunsten von Sportveranstaltern gemacht worden. Eine kritische Würdigung der in dem Rechtsgutachten aufgestellten Thesen ist – soweit ersichtlich – weitgehend unterblieben. Dies ist nicht der Ort, das bislang Versäumte nachzuholen. Allerdings sollen einige Thesen, die für die Ausgangsfrage dieses Beitrags von zentraler Bedeutung sind, skizziert und auf den rechtlichen Prüfstand gestellt werden.

a) Schutzgegenstand

Hilty und *Henning-Bodewig* regen für das einzuführende gesetzliche Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter einen weiten Schutzgegenstand an²²:

„Inhaltlich sollte das Veranstalterrecht weit genug sein, um diejenigen Aspekte abzudecken, die das Wirtschaftsgut ‚Sportveranstaltung‘ ausmachen. Soweit ersichtlich, bestehen diese zurzeit im Ticketverkauf, den audiovisuellen Übertragungsrechten, im Merchandising (Fanartikel), in Werbe- und Sponsoringverträgen sowie (bezüglich der Verbände) im Erstellen von Spielplänen. Die Definition sollte offen genug sein, um künftige Entwicklungen abzudecken.“

Kurzum: Nahezu die gesamten gegenwärtigen und künftigen Vermarktungsaktivitäten der Sportveranstalter mit unmittelbarem und mittelbarem Bezug zu den von diesen durchgeführten Sportveranstaltungen sollen von dem Leistungsschutzrecht erfasst werden. Dieses Ansinnen spiegelt sich in der Rechtsprechung, der eine gewisse Schrittmacherfunktion im Hinblick auf die Einführung neuer gewerblicher Schutzrechte zukommt, nur teilweise wider. Der *EuGH* hat sich – wie zuvor dargelegt²³ und im Gegensatz zum *BGH*²⁴ – für die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts zu Gunsten der Rechteinhaber allein im Hinblick auf die audiovisuellen Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen ausgesprochen. Trotz mehrfacher Befassung mit der kommerziellen Nutzung von Spielplänen hat der *Gerichtshof* indessen insoweit keinen ergänzenden Schutz der Sportveranstalter durch

¹³ In diesem Sinne bereits *Peifer*, AfP 2011, 540 (542).

¹⁴ Vgl. etwa *Götting*, LMK 2011, 325117; *Kuhn/Lentze*, SpuRt 2011, 222 (226).

¹⁵ Nach *Peifer*, AfP 2011, 540 (543), nimmt dieser Ansatz „dem möglichen Lobbyismus der Verbände die Schärfe“.

¹⁶ *Peifer*, AfP 2011, 540 (543), bezweifelt das Vorliegen einer ökonomischen Begründung und methodischen Erklärung für diesen Ansatz.

¹⁷ *Hilty/Henning-Bodewig*, Rechtsgutachten „Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter?“, 2006, S. 87 ff., im Internet abrufbar unter http://www.bundesliga.de/media/native/dfl/leistungsschutzrecht_sportveranstalter.pdf.

¹⁸ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 71 f.

¹⁹ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 72.

²⁰ Vgl. stellvertretend das Schreiben der Auftraggeber des Rechtsgutachtens an verschiedene Bundesministerien sowie den Sportausschuss und den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages v. 23. 11. 2006, im Internet abrufbar unter http://www.bundesliga.de/media/native/dfl/dfl-statuten_und_regeln/anschreiben.pdf.

²¹ *Körber/Ess*, WRP 2011, 697 (702), sowie im Anschluss an diese *Götting*, LMK 2011, 325117.

²² *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 88.

²³ S. II 1 b.

²⁴ S. II 1 a.

nationale Gesetzgeber angeregt, sondern vielmehr die Vorschriften zum Datenbankrecht als abschließend erachtet²⁵. Im Hinblick auf die hierzulande geforderte Anerkennung so genannter Eventmarken auch im Hinblick auf die Bezeichnungen von Sportveranstaltungen²⁶ hat der BGH²⁷ eine Aufweichung der für einen Markenschutz erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen und damit der bisherigen Anwendungspraxis strikt abgelehnt. Auch darüber hinaus haben sich der *EuGH* sowie deutsche Gerichte – soweit ersichtlich – bislang nicht ausdrücklich für die Einführung eines speziellen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter ausgesprochen.

Natürlich ist der nationale Gesetzgeber für ein Tätigwerden *de lege ferenda* nicht auf entsprechende Initiativen der Judikatur angewiesen, sondern kann unabhängig davon neue Leistungsschutzrechte einführen, wie hierzulande die aktuelle Diskussion zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger belegt²⁸. Allerdings bedarf es sodann einer überzeugenden Rechtfertigung für eine gesetzliche Beschränkung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit²⁹ durch Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter³⁰ und der Abstimmung mit den bereits bestehenden unionsrechtlichen und nationalen Regelungen³¹.

b) Rechtfertigung

Angesichts des inhaltlich sehr weiten Schutzgegenstands, den *Hilty* und *Henning-Bodewig* dem geforderten gesetzlichen Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter zu Grunde legen wollen, sollte die Rechtfertigung einer solchen – den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit erheblich einschränkenden – gesetzgeberischen Maßnahme gewissen Mindeststandards genügen sowie sach- und interessengerecht sein. Überzeugend ist der in dem Rechtsgutachten gewählte Ausgangspunkt³². Danach würden Kosten/Nutzen-Überlegungen künftig verstärkt bereits vor Schaffung neuer Ausschließlichkeitsrechte – sowohl auf Gemeinschaftsebene als auch auf nationaler Ebene – anzustellen sein; allein die Vermutung, dass ein Ausschließlichkeitsrecht zu Investitionen etc. anreizen könnte, genüge jedenfalls nicht; neue Leistungsschutzrechte seien nur gerechtfertigt, wenn die Marktmechanismen nicht in der Lage seien, ohne sie dafür zu sorgen, dass im Allgemeininteresse liegende Investitionen erbracht (oder verstärkt erbracht) würden.

Ein solches Marktversagen soll nach Auffassung von *Hilty* und *Henning-Bodewig* in zweierlei Hinsicht möglich sein:

Anknüpfend an die gängige Praxis und in Übereinstimmung mit der „Incentive“-Theorie soll nach Ansicht der Gutachter ein Marktversagen anzunehmen sein, wenn der bestehende Rechtsschutz nicht ausreichend sei, um einen Anreiz zu einer bestimmten Investition zu schaffen, wodurch die Gefahr entstehe, dass im Allgemeininteresse liegende Leistungen unterbleiben³³. In der Folge lehnen sie ein Marktversagen durch fehlenden Anreiz zur Investition in Sportveranstaltungen ab³⁴, widersprechen diesem Ergebnis zum Abschluss des Rechtsgutachtens indes ohne nähere Begründung³⁵. Festzuhalten bleibt, dass tatsächlich keine Hinweise dafür existieren, dass in der Vergangenheit unzureichender Rechtsschutz die Amortisation der Investitionen in Sportveranstaltungen gefährdet hätte³⁶.

Darüber hinaus wollen *Hilty* und *Henning-Bodewig* ein Marktversagen annehmen,

„wenn es in Folge eines inadäquaten Schutzes zu einer Störung des Verhältnisses Wettbewerbsfreiheit/Wettbewerbsbeschränkung kommt oder zu einem Zustand, der dem Prinzip der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zuwiderläuft.“³⁷

Zur Begründung weisen sie darauf hin, dass ein Schutz über eine an sich nicht geeignete (und nur in Ermangelung einer einschlägigen Rechtsgrundlage herangezogene) Norm problematisch sei, weil die Gefahr einer unkontrollierten Änderung der Stoßrichtung der herangezogenen Rechtsgrundlage drohe, die zu einer partiellen Störung des Rechtssystems führen könne. Der Hinweis, zu dieser Art von Marktversagen gebe es noch „relativ wenig Literatur“³⁸, ist freilich irreführend. Die alleinige Anknüpfung des Gesetzgebers an ein „Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz“ ist ein in dieser Form schlichtweg neuer Ansatz! In den meisten der von *Hilty* und *Henning-Bodewig* hierfür zum Nachweis angeführten Quellen³⁹ wird – zudem allein für die audiovisuelle Verwertung von Sportveranstaltungen – erwohnen, die entsprechenden Leistungen *de lege lata* über gesetzliche Vorschriften des Urheber- und Lauterkeitsrechts unmittelbar zu schützen. Auch *Hilty* hatte die Idee eines „Marktversagens durch fehlgeleiteten Schutz“ – soweit ersichtlich – zuvor zumindest in Publikationen noch nicht vertreten⁴⁰.

Der Tatbestand des ergänzenden Leistungsschutzes i. S. des § 4 Nr. 9 UWG sowie die vom BGH zuletzt an-

²⁵ Vgl. zuletzt *EuGH*, GRUR 2012, 386 – Football Dataco/Yahoo; zuvor bereits *EuGH*, Slg. 2004, I-10 415 = GRUR 2005, 244 – British Horseracing Board; Slg. 2004, I-10 497 = GRUR 2005, 252 – Fixtures Marketing.

²⁶ Grundl. *Fezer*, in: Festschr. f. Tilmann, 2003, S. 321; *ders.*, Mitt 2007, 193; zust. *Gaedertz*, WRP 2006, 526; krit. hierzu stellvertretend *Heermann*, ZEuP 2007, 535 (550–560), und *ders.*, in: Festschr. f. Klippel, 2008, S. 179, jew. m. w. Nachw.

²⁷ BGHZ 167, 278 Rdnrn. 20, 22 = GRUR 2006, 850 – FUSSBALL WM 2006; BGH, Beschl. v. 27. 4. 2006 – I ZB 97/05, BeckRS 2006, 09470 Rdnrn. 20, 22 – WM 2006.

²⁸ Vgl. hierzu aus wissenschaftlicher Sicht stellvertretend *Ohly*, WRP 2012, 41 m. w. Nachw. zum Meinungsstand, sowie zu den jüngsten politischen Entwicklungen etwa *Hanfeld*, FAZ v. 6. 3. 2012, S. 30 („Angemessen beteiligt – Koalition beschließt Leistungsschutzrecht für Verlage“).

²⁹ Diesen Grundsatz gleichfalls anerkennend *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 67.

³⁰ Hierzu nachfolgend II 2 b.

³¹ Hierzu nachfolgend II 2 c.

³² Zum Folgenden *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 75.

³³ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 76. In diesem Sinne auch zuvor schon *Hilty*, in: Festschr. f. Ullmann, 2006, S. 643 (661), wonach für die Frage, ob zur Verhinderung eines Marktversagens ein Leistungsschutzrecht eingeführt werden soll, „einzig das Verhältnis von objektiv notwendiger Investition und erforderlicher Amortisationsmöglichkeit (einschließlich eines lohnenden Gewinns) relevant“ sei; ähnlich sodann *ders.*, S. 665 f. im Hinblick auf die Einführung eines eigenständigen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter.

³⁴ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 82.

³⁵ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 86: „Der Schutz gerade des Sportveranstalters rechtfertigt sich weiter wegen der spezifischen Gefährdung der Amortisation der erforderlichen erheblichen Investitionen ...“.

³⁶ So zutreff. *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 82; ähnl. im Hinblick auf die Auswirkungen des so genannten Ambush Marketings auf die Finanzierbarkeit von Sport(groß)veranstaltungen *Heermann* (o. Fußn. 11), S. 37–39.

³⁷ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 82 sowie auch S. 76.

³⁸ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 76 Fußn. 197.

³⁹ *Lochmann*, Die Einräumung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen, 2005; *Osterwalder*, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, 2004; *Ohly*, in: Festschr. f. Schricker, 2005, S. 105 (112 ff.).

⁴⁰ In dem in Bezug genommenen Beitrag *Hilty*, in: Festschr. f. Ullmann (o. Fußn. 33), S. 643 (665), erwähnt er insoweit nur „die Auswertung einer Sportveranstaltung etwa durch Medien etc.“, plädiert aber insoweit und allein unter Berufung auf ein Marktversagen durch fehlenden Anreiz zur Investition für ein eigenständiges Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter.

erkannte Rechtsfigur des unmittelbaren Leistungsschutzes⁴¹ zeigen, dass durchaus geeignete Normen und rechtliche Ansätze zum Schutz der planerischen und organisatorischen Leistungen von Sportveranstaltern vorhanden sind, die seitens der Judikatur bislang jedoch mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen vielfach nicht zu Gunsten von Sportverbänden angewendet werden konnten. Aus dieser Entwicklung – zumal völlig unabhängig vom Vorliegen eines Marktversagens durch fehlenden Anreiz zur Investition – ein „Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz“ abzuleiten, wodurch letztlich die Einführung eines umfassenden, deutlich über die mediale Verwertung von Sportereignissen hinausgehenden Leistungsschutzrechts von Sportveranstaltern gerechtfertigt werden soll, kommt dem von *Hilty* und *Henning-Bodewig* im Ergebnis zu Recht abgelehnten reinen Investitionsschutz⁴² faktisch sehr nahe.

Letztlich drängt sich in diesem Zusammenhang die Frage auf, wann bestehender Rechtsschutz tatsächlich „fehlgeleitet“ wird. Insoweit kann allein der Umstand nicht ausreichen, dass Gerichte wiederholt der kommerziellen Verwertung der von Sportverbänden geplanten, organisierten und durchgeführten Sportveranstaltungen durch Dritte nicht Einhalt geboten haben. Stattdessen verweisen *Hilty* und *Henning-Bodewig*⁴³ darauf, der Schutz der Leistungen des Sportveranstalters erfolge über „Hilfskonstruktionen“ wie das Hausrecht; die Versuche, einen Ausgleich durch die Anerkennung eines „informellen Ausschließlichkeitsrechts“ auf der Grundlage der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel (§ 3 UWG) oder über das Urheberrecht zu schaffen, erhöhten lediglich die bestehende Rechtsunsicherheit und drohten die Grundzüge der IP-Rechte und des UWG zu verwischen; in der Praxis führe der gegenwärtige Rechtszustand dazu, dass schützenswerte Leistungen in einem bedeutenden Wirtschaftszweig mangels klaren Rechtsschutzes von Dritten zu kommerziellen Zwecken „ausgebeutet“ werden oder Rechtsinhaber einen über das ökonomisch Wünschenswerte hinausreichenden Rechtsschutz erzielen könnten.

Wenn diese apodiktisch vorgetragenen Thesen zuträfen, könnten sie in der Tat den Ausgangspunkt für die Einführung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter bieten. Indes begegnen die Thesen erheblichen Zweifeln, die vor einem Einschreiten des Gesetzgebers ausgeräumt werden müssten:

(1) Die rechtliche Auffassung, dass es sich bei der Anknüpfung an das Hausrecht zur Begründung von Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen um eine „Hilfskonstruktion“ handelt, ist in dieser Pauschalität zumindest übertrieben. Eine audiovisuelle Verwertung von Sportveranstaltungen ohne Berücksichtigung des Hausrechts ist nur vorstellbar, wenn der Inhaber des Hausrechts an der Sportstätte zugleich Inhaber der Übertragungsrechte an den dort stattfindenden Sportereignissen ist. Dies ist jedoch nicht der Regel-, sondern der Ausnahmefall⁴⁴.

(2) Seit der Erstellung des Rechtsgutachtens hat die Judikatur rechtskräftig noch kein „informelles Ausschließlichkeitsrecht“ zu Gunsten der Sportveranstalter auf der Grundlage der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel oder des Urheberrechts anerkannt. Insoweit ist eine etwaige Rechtsunsicherheit sogar beseitigt oder doch zumindest spürbar reduziert worden.

(3) Sollte die Rechtsprechung künftig in besonders gelagerten Fällen gleichwohl einmal über die inzwischen an-

erkannte Rechtsfigur des unmittelbaren Leistungsschutzes zu Gunsten der Sportveranstalter ein „informelles Ausschließlichkeitsrecht“ schaffen und damit seiner Schrittmacherfunktion gerecht werden, drohten die Grenzen zwischen IP-Rechten und dem Lauterkeitsrecht in der Tat zu verwischen. Bei Eintritt eines solchen Falls – aber auch erst dann – sollten Maßnahmen *de lege ferenda* erwogen werden.

(4) Wenn unterstellt wird, dass Dritte die (Vor-)Leistungen der Sportveranstalter mangels klaren Rechtsschutzes „ausbeuten“ könnten, so kommt dies einer rechtlichen Vorverurteilung gleich. Diese Argumentation vermag angesichts des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit solange nicht zu überzeugen, wie die Dritten weder gegen Gesetzesvorschriften noch gegen vertragliche Regelungen verstoßen.

(5) Nicht von der Hand zu weisen ist die Gefahr, dass Sportveranstalter auf Grund ihrer Alleinstellung und der daraus resultierenden überlegenen Verhandlungsmacht einen über das ökonomisch Wünschenswerte hinausreichenden Rechtsschutz zu erzielen suchen. Indes hat die Judikatur in den letzten Jahren derartigen Entwicklungen effektiv entgegengewirkt.

(6) Die Schwäche des *prima facie* einleuchtenden Rechtfertigungsgrundes des „Marktversagens durch fehlgeleiteten Schutz“ besteht darin, dass die Kriterien für einen solchen „fehlgeleiteten Schutz“ vage bleiben. Es fragt sich, ob letztlich nicht der klassische Ansatz – mithin ein bestehendes oder auf Grund konkreter Umstände unmittelbar drohendes Marktversagen durch fehlenden Anreiz zur Investition als Rechtfertigung für ein Tätigwerden des Gesetzgebers – einen „fehlgeleiteten Schutz“ zuverlässiger nachzuweisen vermag.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass die von *Hilty* und *Henning-Bodewig* vorgeschlagene Rechtfertigung für die Schaffung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter, das angebliche Vorliegen eines „Marktversagens durch fehlgeleiteten Schutz“, von vornherein erheblichen Zweifeln ausgesetzt war, die sich durch die zwischenzeitliche Entwicklung der Judikatur vergrößert haben.

c) Rechtliche Grenzen

Bei der Schaffung eines gesetzlichen Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter ist der Gesetzgeber nicht völlig frei, sondern hat zunächst die rechtlichen Grenzen zu beachten, die das Europarecht durch Verordnungen, Richtlinien, aber auch durch die Rechtsprechung insbesondere des *EuGH* setzt. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob und inwieweit von bestehenden nationalen Gesetzen eine Sperrwirkung ausgeht. Diese Zusammenhänge schränken den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers stärker ein, als es auf den ersten Blick scheint.

So hatten *Hilty* und *Henning-Bodewig* bereits in ihrem Rechtsgutachten aus dem Jahr 2006 betont⁴⁵, dass nationalen Schutzrechte so ausgestaltet sein müssten, dass darin kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten, insbesondere den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs gem. ex-Art. 49 EG (nunmehr Art. 56 AEUV), gesehen

⁴¹ BGHZ 187, 255 Rdnr. 19 = GRUR 2011 436 – Hartplatzhelden.de, m. Anm. Heermann, JZ 2011, 641.

⁴² *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 73 f.

⁴³ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 82 f.

⁴⁴ Ausf. zu Stellung und Stellenwert des Hausrechts bei der audiovisuellen Verwertung von Sportveranstaltungen *Heermann*, WRP 2012, 17, und *ders.*, WRP 2012, 132 m. w. Nachw. zum Meinungsstand.

⁴⁵ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 24.

werden könne; zudem müssten Diskriminierungsverbote beachtet und auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz berücksichtigt werden. Dass die auf territorial begrenzten Lizenzverträgen mit absoluten exklusiven Gebietsschutzklauseln beruhende Vermarktung der Live-Übertragungsrechte für das Satellitenfernsehen fünf Jahre später durch den *EuGH* als nicht zu rechtfertigende und unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit eingestuft werden würde⁴⁶, konnten die Gutachter zwar nicht vorhersehen. Indes bestätigt diese Entscheidung eindrucksvoll, dass im Sportsektor auch über Jahre praktizierte Vermarktungsmodelle selbst im Falle ihrer gesetzlichen Absicherung nicht von den weitreichenden Wirkungen des Europarechts immunisiert werden können. Das gilt natürlich zudem für das europäische Kartellrecht (insbesondere Art. 101, 102 AEUV)⁴⁷, welches auch Wettbewerbsbeschränkungen in regulierten Verhältnissen erfasst⁴⁸. Ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter würde deren geschäftliches Handeln, das im Einklang mit etwaigen gesetzlichen Vorgaben zu einem Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter steht, also nicht gleichsam automatisch der Anwendung des Kartellrechts entziehen können.

Darüber hinaus müsste sich ein neues gesetzliches Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter auch harmonisch in die Schutzregelungen einfügen, die im Recht des geistigen Eigentums und im Wettbewerbsrecht bereits bestehen. Zwar gibt es – wie *Hilty* und *Henning-Bodewig* feststellen⁴⁹ –

„keinen anerkannten Grundsatz, dass ein Gegenstand, der nach einem Schutzgesetz nicht schutzbar ist, insgesamt gemeinfrei bleiben müsse und auch nicht durch ein anderes Schutzgesetz unter Schutz gestellt werden dürfe.“

Allerdings bedarf es nicht nur einer genauen Abgrenzung der verschiedenen Schutzrechte, zudem müssen Wertungswidersprüche vermieden werden.

Dies sei am Beispiel des von Sportverbänden angestrebten urheber- oder datenbankrechtlichen Schutzes von Spielplänen⁵⁰ exemplarisch veranschaulicht. Insofern vertreten *Hilty* und *Henning-Bodewig* die Auffassung, die Tatsache, dass Spielpläne im Ligasport nicht als Datenbanken geschützt seien, hindere nicht daran, sie z. B. direkt oder reflexartig anderweitig zu schützen⁵¹. Zwar ist hinsichtlich Investitionen für die Sammlung von Daten der *sui generis*-Schutz als Datenbank nach der Art. 7 Datenbankrichtlinie sowie §§ 87 a ff. UrhG nach vorherrschender Auffassung ausgeschlossen⁵²; dies gelte jedoch nicht für einen anders gearteten nationalen „Schutz derartiger Investitionen für die Planung, Organisation und Durchführung eines sportlichen Spielbetriebs“⁵³. Sicherlich ist es dem Gesetzgeber möglich, neue Leistungsschutzrechte zu schaffen. Aber dabei dürfen die Grundwertungen der auf eine EU-weite Harmonisierung gerichteten Datenbankrichtlinie nicht unterlaufen und ausgehöhlt werden. Sollte der Zweck eines *de lege ferenda* zu schaffenden Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter tatsächlich im „Schutz derartiger Investitionen für die Planung, Organisation und Durchführung eines sportlichen Spielbetriebs“ gesehen werden, um auf diese Weise auch Spielpläne reflexartig zu schützen, so würde man sich auf den ersten Blick von Schutzzweck und -gegenstand der Datenbankrichtlinie abgrenzen. Indes müsste durch die legislative Maßnahme jeder Zweifel ausgeräumt werden, dass Sportveranstaltern im Hinblick auf ihre Spielpläne letztlich nur deshalb ein Schutz zuteil werden soll, weil dieser sich *de*

lege lata trotz inhaltlich unmittelbar einschlägiger und harmonisierter rechtlicher Vorschriften nicht begründen lässt. Mithin müsste die Zwecksetzung des neuen Schutzrechts in eine ganz andere Richtung als die der Datenbankrichtlinie weisen. In beiden Fällen geht es – wie bei Leistungsschutzrechten kaum anders zu erwarten – letztlich um Investitionsschutz. Dann ist es aber in gewisser Weise widersprüchlich, bei der Rechtfertigung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter *de lege ferenda* mit einem vergleichsweise weiten Schutzgegenstand⁵⁴ – anders als bei Einführung des *sui generis*-Schutzes von Datenbanken⁵⁵ – den Aspekt eines Marktversagens durch fehlenden Anreiz zur Investition völlig auszublenden⁵⁶, sondern sich stattdessen allein auf ein „Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz“ zu berufen, das sich zudem angesichts der offensichtlich funktionierenden Praxis nicht zweifelsfrei zu belegen lässt⁵⁷.

3. Stellungnahmen des Schrifttums

Im Hinblick auf die Einführung speziellen gesetzlichen Schutzes für die Leistungen von Sportveranstaltern sind im Schrifttum unterschiedliche Ansätze entwickelt worden. Diese lassen sich grob in fünf Gruppen zusammenfassen, die nunmehr skizziert und bewertet werden sollen.

a) Veranstalterrecht für den Sport bereits *de lege lata*

Jüngst sprachen sich *Krebs/Becker/Dück*⁵⁸ für die Anerkennung eines Veranstalterrechts mit vergleichsweise weit gefasstem, jedoch ungenau abgegrenztem Schutzgegenstand bereits *de lege lata* aus. Überraschenderweise bleibt der gesetzliche Anknüpfungspunkt hierfür im Dunkeln. Daher ist nicht zu erwarten, dass dieser Ansatz die verbreitet geäußerte Forderung nach Schaffung oder Anerkennung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter zu befriedigen vermag.

b) Zustimmung zum Rechtsgutachten von *Hilty/Henning Bodewig*

Der im Rechtsgutachten von *Hilty/Henning-Bodewig* entwickelte Ansatz ist etwa von *Körber/Ess*⁵⁹ sowie im Anschluss an diese von *Götting*⁶⁰ unkritisch übernommen worden. Über die zuvor bereits angedeuteten, eventuell

⁴⁶ *EuGH*, GRUR 2012, 156 Rdnrn. 85 ff. – Football Association Premier League u. Murphy; vgl. hierzu auch *Heermann*, WRP 2012, 371 (373 ff. unter III 1).

⁴⁷ Ebenso *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 29 f. Zur Anwendung des europäischen Kartellrechts im Bereich des Sports s. stellvertretend *Heermann*, WuW 2009, 394, und *ders.*, WuW 2009, 489 m. w. Nachw.

⁴⁸ *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, WettbewerbsR EG/Teil I, 4. Aufl. (2007), Art. 81 EGV Rdnrn. 80–82 m. w. Nachw.

⁴⁹ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 21.

⁵⁰ In diesem Sinne hierzulande erstmalig *Summerer/Blask*, SpuRt 2005, 50; zur Kritik s. stellvertretend *Heermann*, CaS 2010, 227, und *Heermann/John*, K & R 2011, 753, jew. m. w. Nachw. zum Meinungsstand.

⁵¹ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 21.

⁵² *EuGH*, GRUR 2005, 244 Rdnrn. 30 f., 42 – British Horseracing Board; GRUR 2005, 252 Rdnr. 37 – Fixtures Marketing; *BGH*, GRUR 2005, 857 (858 f.) – HIT BILANZ; GRUR 2005, 940 (941 f.) – Marktstudien; GRUR-RR 2010, 232 Rdnr. 14 – Gedichttitelliste I; im Schrifttum zuletzt *Heermann/John*, K&R 2011, 753 (753 f.) m. w. Nachw. zum Meinungsstand.

⁵³ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 23.

⁵⁴ S. hierzu o. II 2 a.

⁵⁵ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABLEG Nr. L 077 v. 27. 3. 1996, S. 20 ff. Rdnrn. 10 f.

⁵⁶ *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 28 f.

⁵⁷ S. hierzu o. II 2 b.

⁵⁸ *Krebs/Becker/Dück*, GRUR 2011, 391 (394 ff.).

⁵⁹ *Körber/Ess*, WRP 2011, 697 (702).

⁶⁰ *Götting*, LMK 2011, 325117.

aber ausräumbaren Zweifel an der Überzeugungskraft der Thesen⁶¹ hinaus ist aber zweierlei festzustellen:

(1) Der deutsche Gesetzgeber hat sich in den vergangenen mehr als fünf Jahren seit der Präsentation des Rechtsgutachtens „Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter?“⁶², soweit dies ein Außenstehender beurteilen kann, nicht zur Einführung eines solchen Leistungsschutzrechts oder zu einer Modifikation des Leistungsschutzrechts veranlasst gesehen. Und vielleicht ist es sogar sinnvoller, ein solches Leistungsschutzrecht – wenn überhaupt – auf europäischer Ebene einzurichten⁶².

(2) Darüber hinaus fällt die rechtspolitische Forderung in eine Zeit, in der – wie die jahrelange Diskussion über die Einführung eines vom wissenschaftlichen Schrifttum fast einhellig abgelehnten⁶³ Leistungsschutzrechts für Presseverleger belegt – nach einer Periode der permanenten Ausdehnung des urheberrechtlichen Schutzes das Pendel zurückzuschlagen scheint. Im Anschluss an die „Hartplatzhelden.de“-Entscheidung hat *Peifer*⁶⁴ insoweit an – eigentlich altbekannte – gesetzssystematische Zusammenhänge erinnert, die in der aktuellen Diskussion mitunter mit leichter Hand verdrängt werden. So müssten die „verwandten Schutzrechte“ dem Urheberrecht verwandt sein, es habe sich dabei niemals um eine Materie gehandelt, die allgemeinen Investitionsschutzinteressen dienen sollte; Legitimationsgrundlage für diese Rechte sei stets die werkvermittelnde Funktion des jeweiligen Schutzrechts gewesen. Wenn und soweit nunmehr – wie bei der reinen Durchführung einer Sportveranstaltung – kein Werk vermittelt wird⁶⁵, bedarf es daher erst recht eines zusätzlichen Rechtfertigungsaufwands für die Schaffung eines neuen Leistungsschutzrechts.

c) Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz *de lege ferenda*

Die Diskussion zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter wäre möglicherweise gar nicht erst aufgekommen, wenn sich die Gesetzgeber bei der Reform des UWG im Jahr 2004 dem zuvor von *Fezer*⁶⁶ vorgestellten Gesetzentwurf angeschlossen hätte. Dieser enthielt unter anderem folgende Regelung:

„Wer eine schutzwürdige Leistung eines anderen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar übernimmt oder wesentlich nachahmt, handelt unlauter.“

Diese Vorschrift sollte generell, d. h. unabhängig von der behaupteten Schutzbedürftigkeit einzelner Interessengruppen wie etwa der Sportveranstalter, einen weitreichenden unmittelbaren Leistungsschutz statuieren. Es sei dahingestellt, ob aus rechtssystematischen Gründen ein solcher Investitionsschutz überhaupt und – wenn ja – dann gerade im Lauterkeitsrecht verankert werden sollte. Jedenfalls hat der Gesetzgeber auch diesen Vorschlag bei der Novellierung des UWG in den Jahren 2004 und 2008 nicht aufgegriffen, was durchaus als rechtspolitisches Zeichen gewertet werden kann. Vielmehr bleibt es einstweilen der Rechtsprechung überlassen, die inzwischen im Grundsatz anerkannte⁶⁷ Rechtsfigur des unmittelbaren Leistungsschutzes weiterzuentwickeln.

d) Lauterkeitsrechtlicher Schutz gegen so genanntes Ambush Marketing *de lege ferenda*

Gleichfalls im Lauterkeitsrecht ansetzend, allerdings nur zum Zweck der Eindämmung des so genannten Ambush Marketings bei Sport(groß)veranstaltungen, sprach sich *Jaeschke*⁶⁸ im Jahr 2008 für eine Ergänzung im UWG aus. So fordert er die Einfügung einer neuen Vorschrift gegen Ambush Marketing in Anlehnung an den Wortlaut der

§§ 4 Nr. 1, 4 Nr. 9 lit. b UWG und § 6 II Nr. 4 UWG als neuen § 4 Nr. 12 UWG in das Lauterkeitsrecht.

„Unlauter i. S. von § 3 handelt insbesondere, wer Wettbewerbshandlungen vornimmt, die geeignet sind, die Wertschätzung der von einem Veranstalter oder dessen Lizenznehmer verwendeten Kennzeichen oder Abbildungen für eine (Sport-)Großveranstaltung oder die im Verkehr für derartige Veranstaltungen üblicherweise verwendeten Abkürzungen in unlauterer Weise auszunutzen oder zu beeinträchtigen.“

Es ist nicht zu erwarten, dass dieser Ansatz, der bereits an anderer Stelle⁶⁹ im Detail kritisiert worden ist, umgesetzt werden wird. Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass *Hilty* und *Henning-Bodewig* einem Einsatz des von ihnen befürworteten Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter zur Abwehr von Maßnahmen des so genannten Ambush Marketings zu Recht⁷⁰ sehr skeptisch gegenüberstehen⁷¹.

e) Immaterialgüterrecht für Übertragung von Sportveranstaltungen *de lege ferenda*

Verschiedentlich ist die Schaffung einer gesetzlichen Regelung insbesondere im Hinblick auf Sportübertragungsrechte als „wünschenswert“⁷² bezeichnet worden. *Ohly*⁷³ hat insoweit zutreffend herausgearbeitet, dass ein Investitionsschutzrecht zu Gunsten der Veranstalter von Ereignissen fehlt, die nichts mit der Werkvermittlung zu tun haben und daher aus dem Regelungszusammenhang des Urheberrechts herausfallen. *De lege ferenda* ließe sich die Einführung eines solchen Rechts im Hinblick auf die mit der Durchführung von sportlichen Großereignissen verbundenen erheblichen Investitionen durchaus rechtfertigen, was letztlich auch im öffentlichen Interesse liege. Wenn freilich in solcher Weise der auf den Investitionsschutz gerichtete Zweck einer solchen Regelung in den Vordergrund gerückt wird, sollte – wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt⁷⁴ – überprüft werden, ob überhaupt ein Marktversagen durch fehlende Anreize zur Investition drohen. Apodiktische Behauptungen (z. B. „... kann man dieser Investition die Schutzwürdigkeit kaum absprechen“⁷⁵) sind als Rechtfertigung für die Einführung eines gesetzlichen Investitionsschutzes kontraproduktiv. Vielmehr bedarf es insoweit nicht zuletzt auch aus gesetzssystematischen

61 S. o. II 2 a bis c.

62 Vgl. hierzu *Poll*, SpuRt 2012, 5 (9) m. w. Nachw.

63 Vgl. stellvertretend *Ohly*, WRP 2012, 41 m. w. Nachw.

64 *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181.

65 So zuletzt *EuGH*, GRUR 2012, 156 Rdnr. 96–99 – Football Association Premier League u. Murphy.

66 S. zu dem GesE *Fezer*, WRP 2001, 989 (1008); vgl. auch *ders.*, in: *Baudenbacher/Simon* (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht, Neuntes St. Galler Internationales Immaterialgüterrechtsforum 2005, 2006, S. 147 ff.; zuletzt haben *Ruess/Slopek*, WRP 2011, 834 (841 f.); in ihrer Besprechung der „Hartplatzhelden.de“-Entscheidung des *BGH*, jedoch nicht *de lege ferenda*, sondern an die lauterkeitsrechtliche Generalklausel anknüpfend, einen ähnlichen Ansatz entwickelt.

67 *BGHZ* 187, 255 Rdnr. 19 = GRUR 2011, 436 – Hartplatzhelden.de, m. Anm. *Heermann*, JZ 2011, 641; grundl. zu dieser Rechtsfigur *Schröder*, Der unmittelbare Leistungsschutz, 2010.

68 *Jaeschke*, Ambush Marketing: Schutzstrategien gegen assoziatives Marketing für Veranstalter von (Sport-)Großereignissen und Markenartikler, 2008, S. 71–73.

69 Zur Kritik an diesem Ansatz vgl. *Heermann* (o. Fußn. 11), S. 134.

70 Vgl. hierzu ausf. *Heermann* (o. Fußn. 11), S. 132 ff.

71 *Hilty/Henning-Bodewig* (o. Fußn. 17), S. 83 f.

72 *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitzer*, UWG, 5. Aufl. (2010), § 4.9 Rdnr. 80; *Laier*, Die Berichterstattung über Sportereignisse, 2007, S. 167 Fußn. 224.

73 *Ohly*, in: *Festschr. f. Schricker* (o. Fußn. 39), S. 105 (113).

74 Vgl. o. II 2 c.

75 *Ohly*, in: *Festschr. f. Schricker* (o. Fußn. 39), S. 105 (113).

Gründen konkreter, noch zu erarbeitender und im Einzelfall letztlich nachzuweisender Voraussetzungen für die Gewährung eines zusätzlichen gesetzlichen Investitionsschutzes zu Gunsten bestimmter Interessengruppen, bevor entsprechende Forderungen auf die Agenda des Gesetzgebers gesetzt werden.

III. Fazit

Die Diskussion der Frage, ob *de lege ferenda* ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter geschaffen werden sollte, befindet sich noch im Fluss. Der bisherige Erkenntnisstand lässt thesenartig in folgender Weise zusammenfassen:

1. Das Rechtsgutachten von *Hilty* und *Henning-Bodewig* aus dem Jahr 2006, das die Ausgangsfrage bejaht, bildet eine wichtige Grundlage für die Diskussion. Diese kann auch mehr als fünf Jahre später nicht als abgeschlossen betrachtet werden.

2. Der *EuGH* hat jüngst – allerdings nur im Hinblick auf Rechte zur Übertragung von Sportereignissen – in der „Football Association Premier League u. Murphy“-Entscheidung zur Einführung nationaler, im Urheberrecht angesiedelter Schutzrechte ermutigt. Der *BGH* hat hingegen in seinen Entscheidungen „FUSSBALL WM 2006“, „WM 2006“, „WM-Marken“ und „Hartplatzhelden.de“ zum Ausdruck gebracht, dass nach seiner Auffassung die in den konkreten Fällen aufgetretenen Rechtsprobleme *de lege lata* sachgerecht gelöst werden konnten und er nicht

jede wirtschaftliche Nutzung, die auf ein Sportereignis Bezug nimmt, für schutzwürdig erachtet.

3. Im Falle der Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter würden dem Gesetzgeber durch die Grundfreiheiten des AEUV, das Diskriminierungsverbot, das europäische Kartellrecht und nicht zuletzt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gesetzt. Zudem müsste sich ein solches Schutzrecht widerspruchsfrei in die Schutzregelungen einfügen, die im Recht des geistigen Eigentums und im Wettbewerbsrecht bereits bestehen.

4. Vor der Einführung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter sollten folgende Fragen geklärt werden:

a) Ist ein über den bestehenden gesetzlichen Standard hinausgehender Investitionsschutz zu Gunsten von Sportveranstaltern aus gesamtwirtschaftlichen Gründen geboten?

b) Liegt insoweit ein Marktversagen auf Grund fehlender Anreize für Investitionen in den Sport (insbesondere Sportveranstaltungen) vor?

c) Liegt ein „Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz“ vor?

d) Ist auf Grund der zuvor ermittelten Ergebnisse ein Einschreiten *de lege lata* – etwa durch Fortentwicklung des unmittelbaren Leistungsschutzes nach § 3 UWG – oder *de lege ferenda* gerechtfertigt?

e) Wie wäre im Falle eines gesetzgeberischen Einschreitens der Schutzgegenstand eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter exakt abzugrenzen? Wie wären die Schranken dieses Rechts auszugestalten?