

WORKING PAPER

Rechtsgutachten „Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter?“

von Herrn Prof. Dr. Reto M. **Hilty** und Frau Dr. Frauke **Henning-Bodewig**

Auftraggeber:

Deutscher Fußball-Bund e.V.
Otto-Fleck-Schneise 6
60528 Frankfurt am Main

DFL Deutsche Fußball Liga GmbH
Otto-Fleck-Schneise 6a
60528 Frankfurt am Main

DOSB Deutscher Olympischer Sportbund
Otto-Fleck-Schneise 12
60528 Frankfurt am Main

Senatskanzlei Berlin
Berliner Rathaus
Dienstgebäude Berlin-Mitte
10871 Berlin

Staatskanzlei Rheinland-Pfalz
Peter-Altmeier-Allee 1
55116 Mainz

Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen
Stadtter 1
40219 Düsseldorf

Bayerische Staatskanzlei
Franz-Josef-Strauß-Ring
80539 München

INHALT

Gutachterauftrag

1. Teil: Bestandsaufnahme

A. Europäisches Recht

I. Kein europarechtliches Verbot für ein nationales Sportveranstaltungsrecht

1. Keine spezielle Regelung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht
 - Keine Kompetenz der EU für Sport als solchen
 - Aber: Kompetenz zur Regelung der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ des Sports
2. Regelungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zum geistigen Eigentum bzw. zu Leistungsschutzrechten
 - Kompetenz zur Schaffung von Gemeinschaftsrechten
 - Kompetenz zur Harmonisierung nationaler IP-Rechte
 - Keine Präklusion für Ausgestaltung von IP-Rechten durch Mitgliedstaaten
 - Keine Präklusion für Schaffung neuer IP-Rechte durch Mitgliedstaaten
3. Art. 295 EG: Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für das „Eigentum“
 - Einschränkung durch Kompetenz der EU bezüglich der „wirtschaftlichen Tätigkeit“

II. Indirekte gemeinschaftsrechtliche Sperrwirkung für ein nationales Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter?

- Einengung der Kompetenz der Mitgliedstaaten durch „Durchregulierung“?
- Insbesondere: Sperrwirkung durch die Datenbankrichtlinie
 - o Die Entscheidung des EuGH vom 9.11.2004
 - o Verbot eines nationalen Schutzes von Investitionen auf der ersten Stufe“?

III. Vorgaben aus einem (künftigen) Europäischen Verfassungsvertrag?

IV. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die Ausgestaltung und die Nutzung eines nationalen Leistungsschutzrechts

1. Art. 49 EG
 - „Wirtschaftliche Betätigung“ beim Sport und Grundfreiheiten
 - Rechtfertigungsgründe
 - Vorgaben und Rechtfertigung für ein nationales Recht
2. Art. 81, 82 EG
3. Sonstiges sekundäres Gemeinschaftsrecht

V. Herkunftslandprinzip

IV. Zusammenfassung zum europäischen Recht

B. Deutsches Recht

I. Ausgangssituation

II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

III. Ableitung eines originären „Veranstalterrechts“ aus allgemeine Grundsätzen

1. Urheberrechtliche Grundlage
 - § 2 UrhG
 - § 81 UrhG analog
 - § 87a UrhG
2. Lauterkeitsrechtliche Grundlage
3. Recht am Unternehmen, § 823 I BGB
4. „Hausrecht“

IV. Der Schutz einzelner Aspekte der unternehmerischen Leistung des Sportveranstalters

1. IP-Rechte
2. Lauterkeitsrecht
 - Vorbemerkung
 - Ergänzender Leistungsschutz
 - Gezielte Behinderung
3. Hausrecht, § 854, 903 BGB

V. Der Begriff des „Veranstalters“**VI. Zusammenfassung (zugleich Defizite des Schutzes de lege lata)****C. Stellung des Sportveranstalters im ausländischen Recht****I. Französisches Recht**

1. Hintergrund der Regelung
2. Gegenstand des „droit d'exploitation“
3. Begriff des „Veranstalters“
4. Schranken des „droit d'exploitation“
5. Rechtsnatur des „droit d'exploitation“

II. Brasilianisches Recht

1. Hintergrund der Regelung
2. Gegenstand des „Arenarechts“
3. Der Begriff des Veranstalters
4. Schranken des „Arenarechts“
5. Rechtsnatur des „Arenarechts“

2. Teil: Argumente für und gegen die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter**A. Fragestellung****B. Ausgangssituation im Recht des geistigen Eigentums****I. Vorgaben des europäischen Rechts****II. Faktische Einengung des Spielraums für die Schaffung neuer IP-Rechte****III. Verhältnis Wettbewerbsfreiheit / IP-Rechte**

IV. Lückenfüllende Funktion des Lauterkeitsrechts

V. Neue Leistungsschutzrechte durch die Rechtsprechung?

C. Rechtfertigung für die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte

I. Kein Schutz von Investitionen als solchen

II. Investitionen im Allgemeininteresse – die „Incentive-Theorie“

III. Marktversagen

D. Leistungsschutzrecht gerade für Sportveranstalter?

I. Erhebliche Investitionen (auch) im Allgemeininteresse

II. Übernahmemöglichkeit durch Dritte

III. Punktueller Rechtsschutz/Diskrepanz zur Praxis

IV. Marktversagen durch fehlenden Anreiz zur Investition?

V. Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz?

VI. Funktionswandel des UWG

VII. Kartellrechtliche Aspekte

VIII. Ungleichbehandlung anderer Veranstalter?

3. Teil: Schlussfolgerungen

Gutachterauftrag

Der Gutachterauftrag, der den Unterzeichnenden vom DFB (Deutscher Fußball-Bund e.V.), der DFL (Deutsche Fußballliga GmbH), dem DOSB (Deutscher Olympischer Sportbund) und den Staatskanzleien von Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz sowie der Senatskanzlei Berlin am 11.4.2006 erteilt wurde, hat zum Gegenstand die wissenschaftliche Prüfung der Frage, ob die Schaffung eines eigenen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern nach der gegebenen Sach- und Rechtslage in Deutschland befürwortet werden kann; dies insbesondere unter Berücksichtigung der Situation des Fußballmarktes, einschließlich der auf Bundesligatabellen Bezug nehmenden Sportwetten.

Das Gutachten soll dabei neben der Aufbereitung des de lege lata in Deutschland bestehenden Schutzes (und eventueller Schutzdefizite) der Frage nachgehen, ob und inwieweit ein derartiges deutsches Recht mit dem europäischen Primär- und Sekundärrecht vereinbar wäre, bzw. welche Wertungskriterien dem Gemeinschaftsrecht zu entnehmen sind. Einbezogen sind weiter rechtsvergleichende Hinweise, insbesondere auf das französische Recht. Die Schlussfolgerungen sollen die erarbeiteten Argumente für oder gegen die Schaffung eines nationalen Sportveranstalterrechts abwägen.

1. Teil: Bestandsaufnahme

A. Europäisches Recht

Als Vorfrage ist zu klären, ob das Gemeinschaftsrecht der Schaffung eines nationalen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern entgegensteht. Sollte dies nicht der Fall sein, ist weiter zu klären, ob und welche bindenden Vorgaben dem Gemeinschaftsrecht für die Ausgestaltung eines derartigen nationalen Rechts zu entnehmen sind. Schließlich ist zu untersuchen, welche Regelungen für die Nutzung eines europarechtskonform ausgestalteten Sportveranstaltungsrechts bestehen. Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Europäisierung der meisten nationalen Wirtschaftsbereiche ist es unerlässlich, von vornherein gemeinschaftsrechtlich kompatible Lösungen zu erarbeiten¹.

I. Kein europarechtliches Verbot für ein nationales Sportveranstaltungsrecht

Ein Verbot eines nationalen Sportveranstaltungsrechts könnte sich aus einer zwingenden Regelung des europäischen Rechts im Hinblick auf den Sport einerseits oder aus Rechten des geistigen Eigentums bzw. Leistungsschutzrechte andererseits ergeben.

1. Keine spezielle Regelung im primären und sekundären Gemeinschaftsrecht
- Keine Kompetenz für Sport als solchen

¹ Dies zeigt deutlich das Schicksal des früheren § 31 GWB, der nicht zuletzt wegen gemeinschaftsrechtlicher Bedenken wieder aufgehoben werden musste; zu den Gründen s. BT-Drucks. 15/3640 vom 7.6.2004, S. 50; dazu auch *Heinemann*, Sportübertragungsrechte im europäischen Kartellrecht am Beispiel der Olympischen Spiele, in: ZEuP 2005, S. 339.

Der EG-Vertrag enthält keine spezielle Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Sport. Er wird dort nicht erwähnt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Sport im Gemeinschaftsrecht keine Rolle spielte.² So wurde z.B. in einer vom Europäischen Rat in Nizza im Dezember 2000 angenommenen Erklärung die besondere Bedeutung des Sports für die Gemeinschaft, insbesondere seine soziale, erzieherische und kulturelle Funktion betont³. Vor allem jedoch sind die mit dem Sport verbundenen wirtschaftlichen Aspekte in vollem Umfang dem Gemeinschaftsrecht unterworfen⁴. Soweit der Sport somit am Wirtschaftsleben i.S.v. Art. 2 EG teilnimmt – was heute bei vielen Sportarten der Fall ist – fällt er, wie jede andere wirtschaftliche Betätigung auch, unter das Gemeinschaftsrecht. Die „besonderen Merkmale des Sports“, etwa der Aspekt der Umverteilung von Geldern von reicheren an schwächere Vereine, die Sportförderung durch sporteigene Institutionen etc. finden dabei durchaus Berücksichtigung. Sie stehen einer Einbeziehung in das Gemeinschaftsrecht jedoch nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr wird ihnen (und anderen Besonderheiten des Sports) erst bei der Gesamtwürdigung des Verhaltens, insbesondere bei einer eventuellen gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigung, Rechnung getragen⁵. So ist etwa bei der Zentralvermarktung von Spielen des Profifußballs das europäische Kartellrecht zu beachten, welches seinerseits den Besonderheiten des Sports bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung Beachtung schenkt.

Bestrebungen, Sonderregelungen für den Sport ausdrücklich in den EG-Vertrag aufzunehmen⁶, etwa eine Bereichsausnahme im Kartellrecht zu schaffen, sind bislang nicht erfolgreich gewesen und werden es wohl auch in Zukunft nicht sein⁷.

² S. etwa *Coopers & Lybrand*, Der Einfluß der Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft auf den Sport. Abschlußbericht, Juli 1993; Aktualisierte Fassung 1995.

³ Europäischer Rat v. 7.12.2000, : Erklärung über die im Rahmen gemeinsamer Politik zu berücksichtigenden besonderen Merkmale des Sports und seine gesellschaftliche Funktion in Europa, Schlussfolgerungen, Anhang IV. Ebenso bereits die Kommission im „Helsinki Bericht zum Sport“ (KOM(1999) 644 end.

⁴ Europäische Kommission v. 23.7.2003, ABl. 2003 L 291/25 – „Zentralvermarktung“, Rdnr. 127; dazu *Heinemann* (Fn. 1), S. 349 ff.

⁵ Ebd., Rdnr. 131.

⁶ S. *Streinz*, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf den Sport, SpuRt 1998, 1 mit N.

⁷ Der ehemalige § 31 im deutschen GWB musste wieder abgeschafft werden.

- Aber: Kompetenz zur Regelung der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ des Sports

Obwohl also weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht eine spezielle Regelung des Sports als solchen kennt, ist die im Zusammenhang mit der Ausübung des Sports stehende wirtschaftliche Tätigkeit in vollem Umfang dem Gemeinschaftsrecht unterworfen. Soweit es um diese wirtschaftlichen Aspekte geht, besteht auch eine Kompetenz der Gemeinschaft, die sich aus dem Binnenmarktziel, dem Diskriminierungsverbot⁸, dem Kartellrecht⁹ oder dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzes ergibt, wobei nach dem Amsterdamer Vertrag allerdings das sog. Subsidiaritätsprinzip zu beachten ist.

2. Regelungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts zum geistigen Eigentum bzw. zu Leistungsschutzrechten

- Kompetenz zur Schaffung von Gemeinschaftsrechten

Weiter hat die EU eine eigene Kompetenz im Hinblick auf das geistige Eigentum (die gleichfalls dem Subsidiaritätsprinzip unterliegt). Diese Kompetenz könnte im vorliegenden Fall eine Rolle spielen, wenn man das Sportveranstaltungsrecht als ein Leistungsschutzrecht ausgestaltet, wie es auch z.B. aus dem Urheberrecht bekannt ist, und dieses Leistungsschutzrecht als Bestandteil eines weit verstandenen Begriffs des Rechts des geistigen Eigentums ansieht.

Die Kompetenz der EU in Bereich des geistigen Eigentums besteht in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist die EU berechtigt, Gemeinschaftsrechte zu schaffen, wie sie es mit der Gemeinschaftsmarke¹⁰ und dem Gemeinschaftsdesign¹¹ bereits getan hat

⁸ EuGH Rs C-415/93 - „Bosman“, Slg. 1995, I-4921.

⁹ Entscheidung Zentralvermarktung (Fn. 4).

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. L 11 v. 14.1.1994, S. 1-36 (GemeinschaftsmarkenVO)

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. L 3 v. 5.1.2002, S. 1-24 (GemeinschaftsgeschmacksmusterVO).

und mit dem Gemeinschaftspatent plant¹². Letzterem ist in Lissabon für die globale Wettbewerbsfähigkeit der EU sogar ein besonderer Stellenwert eingeräumt worden, der seitdem aber an Bedeutung zu verlieren scheint. Gemeinschaftliche Regelungen bestehen auch im Hinblick auf geographische Herkunftsangaben¹³ und Sortenschutzrechte. Die EU hat ferner mit Billigung des EuGH ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel und Pflanzenschutzmittel¹⁴ geschaffen, die allerdings nicht als Gemeinschaftsrecht ausgestaltet sind, sondern als nationale Rechte (auf der Basis und in Fortsetzung der nationalen und europäischen Bündelpatente) geschaffen wurden.

Die Rechtsgrundlage für die Schaffung von Gemeinschaftsrechten wird seit der Gemeinschaftsmarkenverordnung in der sehr weitreichenden Vorschrift des Art. 308 (früher Art. 235) EGV gesehen. Darauf berufen sich auch Gemeinschaftsdesign und Gemeinschaftspatent.

- Kompetenz zur Harmonisierung nationaler IP-Rechte

Zum anderen hat die EU die Kompetenz, das nationale Recht des geistigen Eigentums zu vereinheitlichen und auf diese Weise die Ausgestaltung nationaler IP-Rechte zu beeinflussen. Diese Zuständigkeit wird aus Art. 95 (früher Art. 100a) EGV für Maßnahmen der Rechtsangleichung abgeleitet wie bei den ergänzenden Schutzzertifikaten für Arznei- und Pflanzenschutzmittel oder der geplanten Vereinheitlichung des Gebrauchsmusterrechts¹⁵, der Harmonisierungsrichtlinie zum Markenrecht¹⁶ oder

¹² Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent, letzte Fassung vom 21.11.2003, DOK 15086/03 (GemeinschaftspatentVO)

¹³ Verordnung (EWG) Nr. 2081/92 des Rates v. 14.7.1992 zum Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 208 . 24.7.1992, S. 1-8.

¹⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates v. 18.6.1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel, ABl, L 182 v. 2.7.1992, S. 1-5; Verordnung (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.7.1996 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel, ABl. L 198 v. 8.8.1996, S. 30-35.

¹⁵ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend den Schutz von Erfindungen durch Gebrauchsmuster v. 25.6.1999 KOM(1999)309 endg. (Gebrauchsmusterrichtlinie).

¹⁶ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates v. 21.12.188 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40 v. 11.2.1989, S. 1-7.

den zahlreichen urheberrechtlichen Richtlinien¹⁷. Dabei kann die EU auch die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit nationaler IP-Rechte regeln, wie etwa in der Biotechnologie-Richtlinie¹⁸ und im Entwurf einer Richtlinie zum Schutz computerimplementierter Erfindungen im Patentrecht¹⁹, in der Richtlinie zum Schutz von Design²⁰, der Richtlinie zum urheberrechtlichen Schutz von Computersoftware²¹ oder der Ersten Harmonisierungsrichtlinie im Markenrecht²². Noch weiter geht der auf Eis liegende Vorschlag einer Gebrauchsmusterrichtlinie²³, der einige Staaten wie z.B. Großbritannien nicht bloß zur Anpassung ihres nationalen Rechts, sondern zur Einführung eines für sie neuen Schutzrechtes zwingen würde. Auch die Richtlinie zum Schutz von Datenbanken enthält in Art. 7 eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ein Recht sui generis einzuführen²⁴.

¹⁷ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122 vom 17.5.1991, S. 42–46; Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. L 346 vom 27.11.1992, S. 61–66; Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 vom 6.10.1993, S. 15–21; Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. L 290 vom 24.11.1993, S. 9–13; Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27.3.1996, S. 20–28; Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 vom 22.6.2001, S. 10–19; Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. L 272 vom 13.10.2001, S. 32–36.

¹⁸ Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. L 213 vom 30.7.1998, S. 13–21.

¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, KOM/2002/0092 endg.

²⁰ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. L 289 vom 28.10.1998, S. 28–35.

²¹ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. L 122 vom 17.5.1991, S. 42–46

²² Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates v. 21.12.188 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40 v. 11.2.1989, S. 1-7.

²³ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend den Schutz von Erfindungen durch Gebrauchsmuster v. 25.6.1999 KOM(1999)309 endg. (Gebrauchsmusterrichtlinie).

²⁴ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27.3.1996, S. 20–28.

- Keine Präklusion für Ausgestaltung von IP-Rechten durch Mitgliedstaaten

Es fragt sich aber, ob diese Kompetenzen der EU, Gemeinschaftsrechte zu schaffen und die nationalen Schutzrechte zu harmonisieren, den nationalen Gesetzgeber daran hindern, neue IP-Rechte bzw. Leistungsschutzrechte auch von sich aus auf nationaler Ebene zu schaffen.

Die Kompetenz der EU zur Schaffung von Gemeinschaftsrechten behält dieses Recht natürlich der Union vor; dies kann kein Recht eines nationalen Gesetzgebers sein. Diese Kompetenz der EU schließt den nationalen Gesetzgeber aber nicht von der Schaffung nationaler Rechte aus. Beim hier in Frage stehenden Veranstalterrecht geht es auch nicht um die Schaffung eines Gemeinschaftsrechts, sondern um ein nationales deutsches Recht. Für die Zulässigkeit derartiger nationaler Rechte, selbst wenn die EU parallele Gemeinschaftsrechte geschaffen haben sollte, spricht, dass sowohl im Marken- und Designrecht (und nach den Planungen auch im Patentrecht) nationale Schutzsysteme neben den Gemeinschaftsrechten existieren. Selbst wenn Gemeinschaftsrechte bestehen, sind die nationalen Rechte damit nicht obsolet geworden oder präkludiert²⁵. Der nationale Gesetzgeber wäre allenfalls ausgeschlossen, wenn mit der Schaffung eines Gemeinschaftsrechts ausdrücklich ein Verbot paralleler nationaler Rechte ausgesprochen würde.

Die Freiheit des nationalen Gesetzgebers zur Schaffung nationaler IP-Rechte ist deshalb erst recht nicht eingeschränkt, wenn gar keine parallelen Gemeinschaftsrechte bestehen oder geplant sind.

Infolge der wirtschaftlichen und technologischen Entwicklung entsteht immer wieder eine Tendenz oder gar die Notwendigkeit, neue Schutzrechte einzuführen oder bestehende umzugestalten. Dies war etwa bei den ergänzenden Schutzzertifikaten²⁶

²⁵ Es besteht bei einer solchen Koexistenz jedoch ein erhöhter Harmonisierungsbedarf zwischen Gemeinschafts- und nationalem Recht.

²⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1768/92 des Rates v. 18.6.1992 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel, ABl. L 182 v. 2.7.1992, S. 1-5; Verordnung (EG) Nr. 1610/96 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 23.7.1996 über die Schaffung eines ergänzenden Schutzzertifikats für Pflanzenschutzmittel, ABl. L 198 v. 8.8.1996, S. 30-35.

oder beim Topographenschutz²⁷ der Fall. In diesen beiden Fällen ist diesem neuen Schutzbedürfnis durch eine gemeinschaftsrechtliche Regelung Rechnung getragen worden. Diese Tatsache ist aber nicht darauf zurückzuführen, dass nur die EU bei solchen neu auftretenden Schutzbedürfnissen zuständig wäre und die Mitgliedstaaten nicht nationale Regeln hätten erlassen dürfen, sondern sie ist dem von den vordringenden und tonangebenden USA aufgestellten Reziprozitätserfordernis zuzuschreiben, das auf europarechtlicher Ebene schneller und sicherer befriedigt werden konnte. Aus dem Tätigwerden der EU abzuleiten und zu verallgemeinern, dass neue Schutzrechte als Reaktion auf neue Entwicklungen nur von der EU und nicht mehr vom nationalen Gesetzgeber geschaffen werden dürften, lässt sich rechtlich nicht begründen.

Für die Zulässigkeit „nationaler Sonderwege“ spricht auch, dass es auch europarechtlich nicht grundsätzlich unzulässig ist, wenn die inhaltliche Ausgestaltung der nationalen Schutzrechte in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ist. Es besteht also kein Zwang zur Harmonisierung, wenn diese nicht durch legislative Maßnahmen der EU vorgeschrieben ist. In der Entscheidung „Thetford/Fiamma“²⁸ etwa nahm es der EuGH als im Kompetenzbereich des nationalen Gesetzgebers liegend hin, dass das damalige britische Patentrecht einen Neuheitsbegriff hatte, der von dem aller anderer Mitgliedstaaten abwich, so dass die Erfindung nur in Großbritannien patentierbar war. Auch in der „Magill“-Entscheidung²⁹ hat der EuGH die Entscheidung der irischen Gerichte zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit der Auflistung der Programmfolge von Fernsehsendern nicht hinterfragt, obwohl auch hier durchaus Zweifel angebracht waren, ob andere Mitgliedstaaten den Schutz so weit ausgedehnt hätten. Diese Haltung des EuGH zu den Befugnissen des nationalen Gesetzgebers ist Ausfluss von Art. 295 EG, der die nationale Eigentumsordnung dem Zugriff des europäischen Rechts entzieht, jedenfalls soweit keine einheitliche Regelung getroffen wurde.

²⁷ Richtlinie 84/57/EWG des Rates v. 16.12.1986 über den Rechtsschutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen, ABl. L 24 v. 27.1.1987, S. 36 ff.

²⁸ EuGH Rs. 35/87, Thetford gegen Fiamma, Slg. 1988, 3585.

²⁹ EuGH Verb. Rs. C-241/91 P, C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) u. Independent Television Publications Ltd. (ITP) gegen Kommission v. 6.4.1995, Slg 1995, S. I-743.

Die „Silhouette“-Entscheidung³⁰, in der der EuGH die bis dahin auch im deutschen Markenrecht angewendete weltweite Erschöpfung für mit der Harmonisierungsrichtlinie nicht vereinbar erklärte, weil der Binnenmarkt eine einheitliche Regelung erfordere, steht dem nicht entgegen. Dort ging es nicht um die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit unterschiedlicher Ausgestaltung nationaler Rechte, sondern um die Frage, ob eine unterschiedliche Interpretation des harmonisierten Markenrechts zulässig sei bzw. eine zwingende Regelung vorlag. Soweit eine Harmonisierung noch nicht besteht, lässt sich aus der „Silhouette“-Entscheidung somit noch kein Zwang zur Vereinheitlichung ableiten.

- Keine Präklusion für Schaffung neuer IP-Rechte durch Mitgliedstaaten

Allerdings ging es in den vorstehend erwähnten Entscheidungen immer um vorbestehende nationale Schutzrechte. Soweit ersichtlich hat sich der EuGH mit der Einführung neuer Schutzrechte noch nicht befasst.

Man könnte in diesem Zusammenhang argumentieren, dass bei einem neu einzuführenden Schutzrecht vorher eine tatsächlich harmonisierte Rechtslage insofern besteht, als eben in keinem Mitgliedstaat Schutz gewährt wird. Die Neueinführung könnte dann als Störung dieses harmonisierten Zustands angesehen werden.

Dies würde aber außer Acht lassen, dass der harmonisierte Zustand, falls er denn überhaupt besteht, rein tatsächlicher Art ist, nicht aber europarechtlich vorgeschrieben. Außerdem wäre dann der nationale Gesetzgeber an gesetzgeberischen Innovationen völlig gehindert. Ein wünschenswerter Wettbewerb der Systeme³¹ im Hinblick auf neu auftauchende Problemstellungen und legislative Antworten darauf wäre nicht möglich. Ferner ist eine solche „negative“ Harmonisierung eben nicht eine von der EU gewollt herbeigeführte und damit verbindliche (wie in der „Silhouette“-Entscheidung). Schließlich bedeutet die Einführung eines neuen Rechts in aller Regel nicht eine Schaffung aus dem Nichts, sondern nur die Schaffung einer neuen

³⁰ EuGH Rs. C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Slg. 1998, I-4799 - „Silhouette“.

³¹ Dazu *Hilty*, Entwicklungsperspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, in: Behrens (Hrsg), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums in Europa, 2004, S. 141.

Rechtsgrundlage für Fallgestaltungen, die auch bisher schon von der Rechtsordnung geregelt wurden, bloß unter anderen „Überschriften“³². Von einer bisher bestehenden europaweiten Lücke kann dann nicht die Rede sein; die Verfestigung zu einem nationalen Schutzrecht schafft nicht eine größere „Disharmonie“.

Die dadurch möglicherweise entstehende Uneinheitlichkeit nationaler Lösungen ist also nur dann bedenklich, wenn die Ausgestaltung des nationalen Rechts zu einer Störung des Binnenmarktes führt (dazu ausführlich unter IV.). Im Übrigen kann sie Anlass für die Kommission sein, mit Richtlinienvorschlägen auf eine Harmonisierung zu dringen (wie dies z.B. bei der Datenbankrichtlinie geschehen ist³³). Solange eine Harmonisierung jedoch noch nicht vorgeschrieben ist, sind die Mitgliedstaaten frei, nationale Maßnahmen zu ergreifen. Dies folgt indirekt aus der Schutzdauerrichtlinie³⁴. Gemäß Erwägungsgrund 20 steht es den Mitgliedstaaten frei, andere als in der Richtlinie erwähnte verwandte Schutzrechte „beizubehalten oder einzuführen, insbesondere in Bezug auf den Schutz kritischer und wissenschaftlicher Ausgaben“. Bei Einführung neuer verwandter Schutzrechte besteht lediglich nach Art. 12 der Richtlinie eine Mitteilungspflicht. Welchen Schutzgegenstand diese Rechte haben, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen³⁵.

³² So hat der deutsche Gesetzgeber z.T. veranlasst durch die Erste Harmonisierungsrichtlinie zum Markenrecht bei deren Umsetzung Fallgestaltungen wie die Rufausbeutung etc. in das Marken-gesetz mit aufgenommen, die vorher nur wettbewerbsrechtlich erfasst werden konnten.

³³ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. L 77 vom 27.3.1996, S. 20, Begründungserwägungen 1 bis 4.

³⁴ Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (ABl. L 290 vom 24.11.1993, S. 9–13; GRUR Int. 1994, 141); zur Richtlinie ausführlich *Dietz*, Die Schutzdauer-Richtlinie der EU, GRUR Int. 1994, 670; Maier, L'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins. *Revue du marché Unique Européen*, 2/1994, S. 49.

³⁵ Die Kommentierung von *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, 2001, VI. Kap. Rdnr. 28. nennt als Beispiel ausdrücklich ein mögliches verwandtes Schutzrecht zugunsten des Sportveranstalters.

3. Art. 295 EG: Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für das „Eigentum“

- Kompetenz der Mitgliedstaaten für „das Eigentum“

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht die Schaffung neuer nationaler Schutzrechte oder die Umgestaltung bestehender Schutzpositionen verbietet. Vielmehr unterstellt Art. 295 EG die nationale Eigentumsordnung und damit die Schaffung und Ausgestaltung von Eigentumsrechten ausdrücklich der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Danach lässt „dieser Vertrag ... die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt“.

Kommission und EuGH verwenden den Begriff „Eigentum“ dabei in einem sehr extensiven (dem englischen „property“ entsprechenden) Sinne³⁶. Erfasst sind z.B. auch Rechtspositionen, die sich aus Abwehrrechten ergeben, z.B. aus lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüchen oder aus dem (auf das Recht zum Besitz zurückzuführenden) „Hausrecht“. Zu den „Eigentumsrechten“ zählen jedenfalls unzweifelhaft auch die Rechte des geistigen Eigentums sowie die diesen angenäherten Leistungsschutzrechte.

Es ist daher, soweit die EU ihre diesbezüglichen Kompetenzen noch nicht ausgeübt hat, grundsätzlich Sache der Mitgliedsstaaten, ob und wie sie z.B. das geistige Eigentum schützen, ob und welche Rechte sie zu diesem Zweck schaffen oder aufrechterhalten bzw. wie sie diese ausgestalten. Es ist folglich auch Sache der Mitgliedstaaten, ob und mit welchem Inhalt sie ein eigenes Schutzrecht für die Veranstalter von Sportereignissen schaffen wollen oder ob sie es bei einem auf Abwehrrechten etc. beruhenden Schutz – oder auch gar keinem Schutz – belassen wollen³⁷. Erst recht ist es Sache der Mitgliedstaaten, den Schutz für bestimmte Leistungen „umzugestalten“. Sieht man das Hausrecht bzw. einen abwehrrechtliche Schutz bereits als Eigentumsposition i.S.v. Art. 295 EG an, würde die Einführung eines Sport-

³⁶ Vgl. z.B. Kommission. In der Entscheidung „Zentralvermarktung“ (Fn. 4), Rdnr. 32, 49. Auch das deutsche BVerfG (z.B. BVerfGE NJW 1980, 692; BVerfGE NJW 1982, 745) verwendet einen weiten Eigentumsbegriff, der jede vermögensrechtliche Rechtsposition umfasst; s. dazu *Götting*, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353, 357.

³⁷ Dies hat die Kommission (Fn. 4) bezüglich der Medienrechte an Fußballwettbewerben ausdrücklich festgestellt (Rdnr. 122).

veranstaltungsrechts als Leistungsschutzrecht das bereits bestehende zur Eigentumsordnung gehörende Recht nur umwandeln, nicht aber wirklich ein neues Recht schaffen.

- Einschränkung durch Kompetenz bezüglich der „wirtschaftlichen Tätigkeit“

Die sich aus Art. 295 EG ergebende grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung der Eigentumsordnung bedarf freilich einer gewissen Relativierung. Diese ist bedingt dadurch, dass, wie ausgeführt³⁸, die „wirtschaftlichen Aspekte des Sports“ dem Gemeinschaftsrecht unterliegen. In der Rechtssache Spanien/Rat³⁹ (in der es um die Befugnis der EU ging, den Mitgliedstaaten ergänzende Schutzzertifikate für Arznei- und Pflanzenschutzmittel vorzuschreiben) hat der EuGH ausgeführt, dass Art. 295 EG nicht so ausgelegt werden dürfe, als gestatte er es zusammen mit Art. 30 EG den Mitgliedstaaten, nationale Schutzrechte so auszugestalten, dass sie gegen die Binnenmarktregeln verstoßen. Auch sei der Gemeinschaftsgesetzgeber dadurch nicht an Maßnahmen gehindert, welche solche Verstöße verhindern sollen. Art. 295 EG erkenne lediglich die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Festlegung der Eigentumsordnung an, verbiete aber nicht jede Gemeinschaftsmaßnahme, die sich auf die Ausübung eines Eigentumsrechts auswirke⁴⁰.

Die Ausübung eines nationalen Veranstalterrechts, das typischerweise wirtschaftliche Folgen zeitigt, untersteht daher zugleich dem Gemeinschaftsrecht, auch wenn die Schaffung oder Aufrechterhaltung des Rechts im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt. Häufig ist es jedoch nicht möglich, zwischen Rechtsbestand und Rechtsausübung abzugrenzen⁴¹; in neueren Entscheidungen spricht der EuGH bezeichnenderweise auch nur noch vom „Kernbereich der IP-Rechte“, der durch Art. 295 der EU entzogen sei. Ein nationales Recht für Sportveranstalter, sei es als IP-Recht, sei es als Leis-

³⁸ S.o.

³⁹ EuGH, Rs. C-350/92, 13.07.1995, Spanien ./ Rat, Slg. 1995, I - 1985

⁴⁰ EuGH, Rs. C-491/01, 10.12.2002, British American Tobacco und Imperial Tobacco (Tabakprodukttrichtlinie), Rdnr. 147.

⁴¹ Ausführlich *Hilty*, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001.

tungsschutzrecht⁴², wäre danach „im Kernbereich“ zwar Sache der Mitgliedstaaten, bezüglich der Ausübung bestünde jedoch eine Regelungskompetenz der EU.

Von dieser Kompetenz der EU, die Ausübung nationaler Rechte zu regulieren, ist ihre Befugnis zu trennen, durch Rechtsharmonisierung die nationalen Schutzrechte einheitlich zu gestalten. In diesem Zusammenhang hat die EU gerade im Bereich der IP-Rechte sehr umfassend von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht. So sind nicht nur bestehende IP-Rechte, z.B. das Markenrecht, in einer Weise auf Gemeinschaftsebene geregelt, die den Mitgliedstaaten kaum mehr Regelungsspielraum lässt. Jedenfalls im Ergebnis werden durchaus auch neue Eigentumsrechte geschaffen, z.B. hat die Datenbank-Richtlinie zu einem Leistungsschutzrecht sui generis geführt (auch wenn dieses in den meisten Mitgliedstaaten systematisch in das UrhG eingegliedert wurde). Daraus folgt, dass jedes neu zu schaffende nationale IP-Recht auch im Verhältnis zu den bereits auf Gemeinschaftsebene bestehenden Regelungen vergleichbarer Rechte, insbesondere der IP-Rechte, gesehen werden muss.

Geht es um die Schaffung eines neuen nationalen IP-Rechts oder Leistungsschutzrechts, so ist also insbesondere zu fragen, ob die Regelung, die derartige Rechte bereits durch die Gemeinschaft bereits erfahren haben, dem nationalen Gesetzgeber überhaupt noch Spielraum lässt, auf nationaler Ebene ein derartig neues Eigentumsrecht zu schaffen. Auch wenn die bisherigen punktuellen Regelungen auf Gemeinschaftsebene nicht abschließend sind – es also keinen numerus clausus der IP-Rechte gibt – und auch wenn es bei der aus Art. 295 EG-V folgende Kompetenz der Mitgliedstaaten bleibt, IP-Rechte oder andere Leistungsschutzrechte zu schaffen oder aufrechtzuerhalten, ist die Einengung der Kompetenz der Mitgliedstaaten unverkennbar.

⁴² Das Verhältnis von Leistungsschutzrechten zu IP-Rechten ist nicht ganz klar. Im Urheberrecht werden hierunter die „verwandten Schutzrechte“ verstanden, d.h. Rechte, die zwar dem kulturellen Schaffen im weitesten Sinne dienen, die jedoch eine unternehmerische Leistung zum Gegenstand haben; vgl. etwa *Rehbinder*, Urheberrecht, 14. Aufl., § 7 Rdnr. 85; *Schulze*, Mehr Urheberschutz oder mehr Leistungsschutz?, in: FS Schricker, 2005, S. 523. Außerhalb des Urheberrechts wird der Begriff „Leistungsschutzrecht“ eher informell zur Abgrenzung zu den „klassischen“ Rechten des gewerblichen Rechtsschutzes (Patent, Marke, Muster) verwendet; er deutet auf einen Investitionsschutz außerhalb dieser Gebiete hin. Der angloamerikanische „Property Rights“-Begriff umfasst demgegenüber klassische IP-Rechte wie auch Leistungsschutzrechte; vgl. dazu die Ausführungen oben bei „Kompetenz der Mitgliedstaaten für ‚das Eigentum“.

II. Indirekte gemeinschaftsrechtliche Sperrwirkung für ein nationales Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter?

- Einengung der Kompetenz der Mitgliedstaaten durch „Durchregulierung“?

Die bisherige Regelung der IP- und Leistungsschutzrechte auf Gemeinschaftsebene hat somit keinen abschließenden Charakter in dem Sinne, dass damit die Schaffung neuer nationaler Schutzrechte durch die Mitgliedstaaten, die sich auf Art. 295 EG stützt, eingeschränkt würde. Allerdings besteht eine Kompetenz der Gemeinschaft zur Regelung der wirtschaftlichen Aspekte bestehender Schutzrechte, die aus den Gesichtspunkten des Binnenmarktes, des Diskriminierungsverbots, des Kartellrechts und dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus folgt. Diese Kompetenz hat die EU zwischenzeitlich so ausgeschöpft, dass de facto alle IP-Rechte zumindest punktuell gemeinschaftsrechtlichen Regelungen unterliegen. Soweit diese gemeinschaftsrechtlichen Regelungen reichen, sind sie auch bei der Wahrnehmung der eigenen Kompetenz durch die Mitgliedstaaten zu beachten.

So könnten insbesondere die bestehenden Regelungen auf Gemeinschaftsebene im Bereich der IP-Rechte auf eine Art und Weise ausgestaltet sein, dass sie die wesentlichen Rechte des Veranstalters von Sportevents – sei es direkt, sei es indirekt – bereits miterfassen. In diesem Falle wären jedenfalls inhaltlich abweichende Regelungen durch ein eventuell auf nationaler Ebene zu schaffendes Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter durch die Mitgliedsstaaten ausgeschlossen.

Ein solcher indirekter Ausschluss ergibt sich allerdings nicht aus der bisherigen Regelung des Urheberrechts. Dass Sportveranstaltungen als solche dem Urheberrecht kaum zugänglich sind, schließt nicht die Schaffung eines besonderen Schutzrechts dafür aus, wie die übrigen Leistungsschutzrechte zeigen. Auch dort entsteht das Schutzbedürfnis gerade aus der Tatsache, dass ein urheberrechtlicher Schutz mangels Werkqualität der Leistungen nicht erreichbar ist. Ein Ausschluss ergibt sich auch nicht aus der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken⁴³, die lediglich allgemeine Grundsätze für Geschäftspraktiken gegenüber dem Verbraucher

⁴³ Richtlinie des Parlaments und des Rates v. 11.5.2005, über unlautere Geschäftspraktiken, 2005, 569, ABl. L 149 v. 11.6.2005, S. 22-39; dazu *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2005, 629.

enthält, und auch nicht aus der Markenrichtlinie⁴⁴. Zwar spielen bei der Verwertung von Sportveranstaltungen gerade Markenrechte eine bedeutsame Rolle, doch stehen auch die allgemeinen Regeln der Ersten Harmonisierungsrichtlinie einem Sportveranstalterrecht nicht entgegen, zumal der Schutzgegenstand ein völlig anderer wäre und die Lizenzierung von Marken dort nicht eingehend geregelt ist. Dies unterliegt weiterhin wesentlich dem nationalen Recht.

- Insbesondere: Sperrwirkung durch die Datenbankrichtlinie
 - o Die Entscheidung des EuGH

In Betracht käme eine indirekte Sperrwirkung daher nur über die Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, insbesondere wegen der Interpretation, die diese Richtlinie durch die Entscheidung des EUGH vom 9.11.2004 (verbundene Rechtssachen Fixture Marketing)⁴⁵ erfahren hat.

Die Richtlinie führt für Datenbanken in jeglicher Form ein Schutzrecht sui generis ein, d.h.

„die Mitgliedsstaaten sehen für den Hersteller einer Datenbank, bei der für die Beschaffung, die Überprüfung oder die Darstellung ihres Inhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition erforderlich ist, das Recht vor, die Entnahme und/oder die Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentlichen Teils des Inhalts dieser Datenbank zu untersagen.“

Nach Auffassung des EuGH erfüllt z.B. auch ein Spielplan für eine Weltmeisterschaft den Begriff einer „Datenbank“⁴⁶. Allerdings liege keine für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung der Datenbank „in qualitativer oder quantitativer Hinsicht wesentliche Investition“ vor. Bei derartigen Spielplänen bestehe nämlich die wesentliche Investition auf der Stufe des Erzeugens der in der Datenbank enthaltenen Daten, d.h. der Daten, die sich auf die Begegnung der einzelnen Mannschaften etc. beziehen.

⁴⁴ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, ABl. L 40 v. 11.2.1989, S. 1-7.

⁴⁵ Verb. Rs. C-338/02; C-444/02; C-45/02.

⁴⁶ Da es sich um eine Sammlung handelt, die Werke, Daten oder andere Elemente umfasst, die voneinander getrennt werden können, ohne dass der Wert ihres Inhalts dadurch beeinträchtigt wird und eine Methode oder ein System beliebiger Art beinhaltet, mit der bzw. dem jeder die Bestandteile der Sammlung wieder zu finden in der Lage ist (Rdnr. 36).

Demgegenüber bestünden keine (im Verhältnis zu den genannten Investitionen selbständigen) Investitionen für die Zusammenstellung der Daten in der Datenbank. Weder für die Beschaffung, noch die Überprüfung noch für die Darstellung des Inhalts eines Spielplans von Fußballbegegnungen sei eine wesentliche Investition erforderlich, die sich von der Investition auf der ersten Stufe unterscheiden ließe.

Die Investitionen in die Veranstaltung der Spiele, die Wettkämpfe, sind also, so der EuGH in einer nicht immer überzeugenden Begründung⁴⁷, grundsätzlich nicht geeignet, das sui generis-Recht des Datenbankschutzes zu begründen.

Im Ergebnis stellt der EuGH somit fest, dass die Spielpläne zwar eine Datenbank sind, mangels Investitionen aber nicht schutzfähig, dass andererseits zwar erhebliche Investitionen in die Organisation des Spielbetriebs fließen, diese aber keine Datenbank sei.

- Verbot eines nationalen Schutzes von Investitionen auf der „ersten Stufe“?

Bedeutet dies nun im Umkehrschluss, dass die Mitgliedsstaaten daran gehindert sind, auf der „ersten Stufe“ ein neues nationales Schutzrecht zu schaffen? Die Frage stellt sich deshalb, weil die Schaffung eines nationalen Leistungsschutzrechts für Leistungen und Investitionen auf der ersten Stufe, d.h. die Entwicklung, Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen, letztlich auch zu einem gewissen Schutz der Spielpläne führen könnte, welche nach dem EuGH einem sui generis-Schutz nach der Datenbankrichtlinie gerade nicht zugänglich sind.

Dieses Argument ist jedoch nicht durchgreifend. Es gibt 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. Die Tatsache, dass die Spielpläne nicht als Datenbanken geschützt sind, hindert deshalb nicht daran, sie z.B. direkt oder reflexartig anderweitig zu schützen⁴⁸. Denn der Schutz auf der „ersten Stufe“ kann ganz anders

⁴⁷ Siehe auch die Generalanwältin *Stix-Hackl* in ihren Schlussanträgen.

⁴⁸ Dies wäre nur dann der Fall, wenn der nationale Gesetzgeber im Widerspruch zum europäischen Recht beschließen würde, dass in Zukunft Datenbanken national auch ohne Investitionen geschützt werden sollten.

ausgestaltet sein als der durch die Datenbankrichtlinie gewährte Schutz, insbesondere an andere Voraussetzungen geknüpft werden und andere Rechtsfolgen haben.

Eine solche Situation ist auch im Recht des geistigen Eigentums nicht ungewöhnlich. So schützt das Gebrauchsmusterrecht Erfindungen, die wegen zu geringer Erfindungshöhe keinen Patentschutz erlangen können. Das vereinheitlichte Geschmacksmusterrecht kennt zwar den Urheberrechtsschutz für Design, liegen die dortigen Schutzvoraussetzungen aber nicht vor, gewährt es einen Geschmacksmusterschutz unter anderen Voraussetzungen. Auch die Leistungsschutzrechte des Urheberrechts gewähren z.B. ausübenden Künstlern (§§ 73 ff. UrhG), Herstellern von Tonträgern (85 f. UrhG), Sendeunternehmen (§ 87 UrhG), Filmproduzenten (§ 94 UrhG) etc. ein Schutzrecht für Leistungen, welche die Schutzvoraussetzungen des Urheberrechts gerade nicht erfüllen. In diesem Zusammenhang ist auch bereits ein Veranstalterrecht für den Veranstalter der Darbietungen ausübender Künstler normiert (§ 81 UrhG). Der Anwendungsbereich des Urhebergesetzes wird dadurch erheblich über die eigentlichen Schutzgegenstände des Urheberrechts, die Werke, hinaus ausgedehnt. Gleichwohl bestehen keine Bedenken hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Konformität, zumal die urheberrechtlichen Leistungsschutzrechte international auch für die EU durch verschiedene Verträge verpflichtend sind.

Gerade im Bereich der IP-Rechte hat weiter der EuGH wiederholt den den Mitgliedsstaaten zustehenden Spielraum bei der Interpretation des Anwendungsbereichs ihrer nationalen Gesetze betont, auch wenn dies im Ergebnis zu einem Schutz für Gegenstände führte, die in anderen Mitgliedsstaaten nicht schutzfähig waren. So wurde in der „Thetford/Fiamma“-Entscheidung⁴⁹ die besondere Neuheitsregelung des britischen Patentrechts hingenommen, welche einer Erfindung Schutz gewährte, die in allen anderen Mitgliedstaaten nicht mehr neu gewesen wäre. In der „Magill“-Entscheidung⁵⁰ wurde entsprechend die Gewährung von Urheberrechtsschutz durch die irischen Gerichte nicht hinterfragt.

Hieraus folgt, dass das bisherige sekundäre Gemeinschaftsrecht keine, auch keine indirekte Sperrwirkung für die Schaffung eines nationalen Rechts für Sportveranstal-

⁴⁹ Fn. 28.

⁵⁰ Fn. 29.

ter entfaltet. Dies gilt auch dann, wenn ein eventuell zu schaffendes nationales Recht de facto dazu führt, dass Gegenstände, die die Voraussetzungen eines bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Schutzes nicht erfüllen, von einem anders gearteten nationalen Schutzrecht mit erfasst werden. So ist z.B. zwar für die „Sammlung von Daten“ getätigten Investitionen der sui generis-Schutz „als Datenbank“ nach der Richtlinie ausgeschlossen, nicht jedoch ein (anders gearteter) nationaler Schutz derartiger Investitionen für die Planung, Organisation und Durchführung eines sportlichen Spielbetriebs. Bezeichnenderweise ist auch die französische Regelung zur Einräumung der Rechte im Sport – die sich allerdings auch durch eine sorgfältige Schrankenbestimmung auszeichnet – bislang nicht beanstandet worden⁵¹.

III. Vorgaben aus einem (künftigen) Europäischen Verfassungsvertrag?

Der Entwurf eines Europäischen Verfassungsvertrags, dessen Inkrafttreten nach der Ablehnung in Frankreich und den Niederlanden nicht abzusehen ist, würde der Union die Zuständigkeit zur Unterstützung-, Koordinierung- und Ergänzungsmaßnahmen im Bereich des Sports einräumen, Art. I-17, III-282 Verfassungsvertrag⁵². Ob hieraus eine Kompetenz zur Regelung der Rechtstellung der Veranstalter von Sportereignissen folgt, ist unwahrscheinlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich an der bisherigen Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten – insbesondere der Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Schaffung und Aufrechterhaltung von Rechten des „Eigentums“ – nichts geändert hat.

Art. 14, 15 der beabsichtigten Grundrechtscharta für die Gemeinschaft schützen weiter das Eigentum. Hieraus ergeben sich jedoch weder eine Sperrwirkung noch konkrete Vorgaben für die Schaffung von Rechten durch den nationalen Gesetzgeber. Vielmehr handelt es sich nach Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck um Abwehrrechte gegen gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen.

Im Ergebnis bliebe daher der in Art. 295 EG niedergelegte Grundsatz unberührt, wonach die Eigentumsordnung den Mitgliedsstaaten obliegt.

⁵¹ Ausführlich dazu unter C.I.

⁵² Heinemann (Fn. 1), S. 341; Fischer, Der europäische Verfassungsvertrag, 2005.

IV. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts für die Ausgestaltung und die Nutzung eines nationalen Leistungsschutzrechts

Wie ausgeführt, unterliegt die mit dem Sport verbundene wirtschaftliche Betätigung in vollem Umfang dem Gemeinschaftsrecht. Dies bedeutet, dass die nationalen Schutzrechte so ausgestaltet sein müssen, dass darin kein Verstoß gegen die Grundfreiheiten, insbesondere den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs in Art. 49 EG, gesehen werden kann. Auch müssen Diskriminierungsverbote beachtet werden und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zu berücksichtigen. Und schließlich muss die Gestaltung eines nationalen Veranstaltungsrechts so erfolgen, dass sein Inhalt oder seine vorgegebene Ausübung nicht gegen bestehendes sekundäres Gemeinschaftsrecht verstößt.

Hinsichtlich der Ausübung des nationalen Schutzrechts sind ferner die kartellrechtlichen Vorschriften in Art. 81, 82 EG von den Beteiligten ebenso zu beachten wie die dem Lauterkeitsrecht und/oder Verbraucherschutzrecht zuzuordnenden Regeln.

1. Art. 49 EG

- „Wirtschaftliche Betätigung“ beim Sport und Grundfreiheiten

Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass die absolute Rechtsposition, die den Inhabern von IP-Rechten eingeräumt wird, eine Maßnahme gleicher Wirkung i.S.v. Art. 28 EG sein kann und somit geeignet ist, den freien Warenverkehr zu behindern. Gleiches könnte auch für ein nationales Veranstaltungsrecht gelten. Unterschiedliche Regelungen der Rechtsposition des Veranstalters von Sportereignissen in den Mitgliedsstaaten können weiter zu einer Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs führen. Bei der Ausgestaltung des Rechts ist deshalb z.B. der Erschöpfungsgrundsatz zu berücksichtigen. Ein ausschließliches Importrecht auch für Merchandisingwaren, die der Inhaber des nationalen Veranstaltungsrechts

selbst oder über Lizenznehmer in einem anderen Mitgliedstaat des EWR in Verkehr gebracht hat, würde diesem Grundsatz widersprechen.

Der EUGH hat wirtschaftliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Sport bereits mehrfach an den Grundfreiheiten, insbesondere dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs in Art. 49 EG gemessen. Diese betrafen so unterschiedliche Aspekte wie Sportregelungen über den Spielertransfer, die Tätigkeit sog. Spielervermittler, die Anerkennung von Sportlehrerdiplomen, die Teilnahmemöglichkeiten ausländischer Profis oder Halbprofis an Fußballspielen. Ein weiterer, zunehmend wichtiger werdender Bereich ist der der Sportwetten, der wiederum mit dem Glückspielbereich allgemein zusammenhängt. In diesem Zusammenhang ist auch die oben ausführlich diskutierte Entscheidung des EuGH zu sehen, die einen Schutz als Datenbank für die Sammlung von Informationen (Spielpläne etc.) ausgeschlossen hat.

Bislang wurde in der unterschiedlichen Regelung der Veranstalterrechte in den Mitgliedsstaaten⁵³, offenbar kein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr gesehen. Was Sportwetten anbetrifft, hat die Kommission allerdings im April 2006 eine Aufforderung zur Stellungnahme an die Mitgliedsstaaten geschickt, die die erste Stufe zu einem Verletzungsverfahren nach Art. 226 EG darstellt⁵⁴. Die Aufforderung soll dazu dienen, herauszufinden, ob die nationalen Regelungen bezüglich Sportwetten mit Art. 49 EG übereinstimmen. Dabei hat die Kommission betont, dass derartige Regelungen gerechtfertigt sein können, jedoch dass sie notwendig, angemessen und vor allem nicht diskriminierend sein müssen.

- Rechtfertigungsgründe

Ausgestaltungen des Rechts, welche die Waren- oder Dienstleistungsfreiheit beschränken, sind nur dann zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 30 EG oder sonstige zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses vorliegen. Da

⁵³ S. Kommission Zentralvermarktung (Fn. 4), Rdnr. 119.

⁵⁴ Pressemitteilung der Kommission IP/06/436 v. 4.4.2006; siehe dazu noch ausführlich unter V. Vgl. auch den Bericht in Der Spiegel v. 23.10.06, S. 90 - „Gleiches Recht für alle“.

sich im Ergebnis Ausübung und Recht nicht immer voneinander abgrenzen lassen⁵⁵, sind diese Vorgaben bereits beim Inhalt des Rechts zu beachten.

Die Grenzen, die das Gemeinschaftsrecht der Ausgestaltung eines nationalen Veranstalterrechts im Bereich des Sports setzt, gelangen am deutlichsten in der sog. „Gambelli“-Entscheidung des EuGH vom 6.11.2003 zum Ausdruck⁵⁶. Diese Entscheidung betraf ein strafrechtliches Verbot des italienischen Rechts, an von ausländischen Sportwettveranstaltern über das Internet, Fax, Telefon offerierten Sportwetten teilzunehmen

Der EuGH sah in diesem Verbot, entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung seit der Entscheidung „Alpine-Investment“⁵⁷, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs⁵⁸. Die Feststellung, ob dieses Verbot ausnahmsweise gerechtfertigt sei, obliege dem nationalen Gericht. Zugleich gab der EuGH jedoch deutliche, z.T. von früheren Entscheidungen abweichende Richtlinien vor, die in der Sache auch vom deutschen BVerfG in der Entscheidung „Oddset“⁵⁹ übernommen wurde.

Eine Rechtfertigung sei nur möglich, wenn eine der in Art. 45, 46 EG vorgesehene Ausnahmeregelung vorliege oder aber die Beschränkungen „nach der Rechtsprechung des Gerichtshof aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind“⁶⁰. Die Beschränkungen müssen weiter geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele zu gewährleisten, sie müssen zur Erreichung dieser Ziele verhältnismäßig sein und in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden⁶¹. „Zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ sind der Verbraucherschutz, die Betrugsvorbeu-

⁵⁵ Siehe oben.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-243/01 v. 6.11.2003 – „Gambelli“.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-384/93 v. 10.5.1995, Alpine Investments BV gegen Minister van Financiën, Slg. 1995, S. I-1141.

⁵⁸ Rdnr. 25 ff.

⁵⁹ BVerfG, Urteil v. 28.3.2006, GRUR 2006, 688 – „Oddset“; dazu *Hambach/Schöttler*, Das Sportwettenurteil des BVerfG: Konsequenzen und Perspektiven, MR-Int. 2006, 3; *Pischel*, GRUR 2006, 630; *Holzner/Ricke*, MMR 2006, 303. Das BVerfG hat die eventuelle Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch das deutsche Sportwettenmonopol selbst nicht geprüft.

⁶⁰ S. die „Gambelli“-Entscheidung (Fn. 56), Rdnr. 60.

⁶¹ Rdnr. 65.

gung, die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen⁶².

Die Mitgliedstaaten können also zwar „die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, festlegen (Rdnr. 63). Diese Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung müssen jedoch wirklich dem Ziel dienen, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern. Die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen darf nur eine Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund für die betriebene restriktive Politik sein (Rdnr. 62).

Strafsanktionen gegen Personen, die per Internet etc. an von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Buchmacher angebotenen Wetten teilnehmen, können unverhältnismäßig sein (Rdnr. 72).

- Vorgaben und Rechtfertigung für ein nationales Recht

Als wichtigstes Ergebnis ist also festzuhalten, dass die Ausübung von Sporttätigkeiten, etwa Sportwetten, bei grenzüberschreitenden Aktionen unter Art. 49 EG fällt und dass eine Rechtfertigung staatlicher Beschränkungen nur dann möglich ist, wenn diese tatsächlich dem Ziel des Verbraucherschutzes, insbesondere Verhinderung von übermäßigen Anreizen zum Spiel, oder anderer zwingender Gründe des Allgemeininteresses dienen; wobei ein rein fiskalisches Interesse keine Rechtfertigung darstellt. Weiter muss die nationale Regelung verhältnismäßig und nicht diskriminierend sein und darf keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.

Diese Regeln gelten selbstverständlich nur, soweit europäisches Recht überhaupt anwendbar ist. Dies ist der Fall, wenn spürbare direkte oder indirekte Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel möglich sind. Sind solche Auswirkungen nicht zu erwarten, wäre allein das nationale Recht zuständig. Dies dürfte aber nur bei lokalen oder regionalen Veranstaltungen der Fall sein. Bei allen Sportveranstaltungen auf

⁶² Rdnr. 57.

nationaler Ebene ist in vielerlei Hinsicht von Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel auszugehen (Sportwetten über die Grenzen, TV-Lizenzen und Sendungen, etc.). Vor allem die Digitalisierung und die damit zusammenhängende Internationalisierung der für die Sportvermarktung hauptsächlich genutzten Kommunikationswege (TV über IPTV, Satellit und Kabel, TV und/oder PC, Mobiltelefone) spielen hier eine Rolle.

Die Einrichtung eines nationalen Veranstaltungsrechts muss also durch zwingende Allgemeininteressen begründet sein. Dafür kommen die oben genannten Gründe in Betracht. Allgemein anerkannt ist darüber hinaus die Anreizfunktion als Begründung des Schutzes geistigen Eigentums, die auch auf die Leistungsschutzrechte ausstrahlt. Diese Begründung hat die EU bei der Schaffung des sui generis-Schutzes für Datenbanken ausdrücklich anerkannt⁶³. Auch wenn zwischenzeitlich bezüglich der „Anreiz“-Theorie eine gewisse Ernüchterung eingetreten ist – s. die im 2. Teil unter C. ausführlich dargestellte Evaluierung der Datenbankrichtlinie – ließ sich die europarechtlichen Vorgaben für ein Sportveranstalterrecht (paraphrasierend) in etwa so fassen:

- Die Planung, Organisation und Durchführung nationaler oder internationaler Sportveranstaltungen erfordern die Investition erheblicher menschlicher, technischer und finanzieller Mittel⁶⁴, während ihre Vermarktung über Merchandisingprodukte, Rundfunk- und Fernsehübertragungen, Einbindung in Wetten etc. zu einem Bruchteil dieser erforderlichen Kosten durchgeführt werden können (Rdnr. 7).
- Die unerlaubte Vermarktung solcher Veranstaltungen sind Handlungen, die schwerwiegende wirtschaftliche, sport-, kultur- und gesundheitspolitische Folgen haben können (Rdnr. 8).
- Solche großen nationalen und internationalen Sportveranstaltungen sind für den Sport und die Kultur eines Landes, für die Freizeitgestaltung ihrer Bürger und als Spitze der auf dem Breitensport gründenden Pyramide gesunder sportlicher Betätigung von großer Bedeutung und deshalb von gesamtgesellschaftlichem Nutzen (Rdnr. 9).
- Investitionen in solche großen Sportveranstaltungen werden nur dann in dem gebotenen Umfang stattfinden, wenn ein solides, einheitliches Sys-

⁶³ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABI. Nr. L 077 vom 27/03/1996, S. 20 ff. (Rdnr. 7-12).

⁶⁴ Soweit der Staat aus fiskalischen Gründen in Zukunft etwa die Leistungen seiner Polizei den Veranstaltern nicht mehr kostenlos zur Verfügung stellt, werden diese Investitionen noch erheblich höher werden.

tem zum Schutz der Rechte der Veranstalter und Investoren geschaffen wird (Rdnr. 12).

Als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses ist auch die Lauterkeit des Wettbewerbs anerkannt. Ein Veranstaltungsrecht würde Trittbrettfahrern ihre Tätigkeit erschweren und so den Leistungswettbewerb fördern.

Insgesamt lassen sich verschiedene Argumente anführen, welche als Rechtfertigungsgründe für die Schaffung eines Leistungsschutzrechtes und damit möglicherweise zusammenhängende Beschränkungen des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs herangezogen werden könnten. Im Übrigen wäre stets zu prüfen, ob durch die Schaffung eines solchen Rechts überhaupt Beschränkungen hervorgerufen werden, die weitergehen als diejenigen, die bereits nach heutiger Rechtslage durch die verschiedenen, teilweise unsicheren Rechte der Veranstalter verursacht werden. Eine verschleierte Beschränkung des Handels liegt darin jedenfalls dann nicht vor, wenn lediglich das genannte legitime Schutzbedürfnis befriedigt wird.

2. Art. 81, 82 EG

Bei der Ausübung des zu schaffenden nationalen Veranstaltungsrechts haben die Beteiligten die Regeln des europäischen Kartellrechts in Art. 81, 82 EG zu beachten. Dabei geht es in Art. 81 EG einerseits um ein Kartellverbot, andererseits um wettbewerbswidrige Beschränkungen, z.B. in Lizenzverträgen. Art. 82 EG richtet sich gegen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es geht also um die Ausübung des Rechts durch den Rechtsinhaber und seine Vertragspartner. Dies sind aber keine Überlegungen, welche das Recht der Mitgliedstaaten zur Schaffung von Veranstaltungsrechten betreffen oder die Gestaltung dieser Rechte beeinflussen müssten. Sie betreffen vielmehr das Verhalten der Rechtsinhaber, wenn das Recht ihnen verliehen wurde.

Kartellrechtliche Überlegungen spielen allerdings eine Rolle, wenn für den Sport eine Bereichsausnahme von kartellrechtlichen Regeln gefordert wird. Soweit europäisches Recht anwendbar ist – und das dürfte bei den wirtschaftlich interessantesten

Sportveranstaltungen regelmäßig der Fall sein –, kann das nationale Recht eine solche Ausnahme wegen des Vorrangs des europäischen Rechts nicht vorsehen. Dies wäre allenfalls möglich, soweit mangels grenzüberschreitender Auswirkung nur nationales Recht anwendbar ist. Aus praktischen Gründen spielt dieser Bereich aber keine Rolle.

Soweit also das nationale Recht dem Veranstalter von Sportereignissen Befugnisse etwa zur Zentralvermarktung einräumen sollte, kann damit anwendbares europäisches Kartellrecht nicht ausgehebelt werden. Es bleibt bei dem Grundsatz, dass die wirtschaftliche Betätigung des Sports keinen Verstoß gegen Art. 81, 82 EG darstellen darf. Einen solchen hat die Kommission z.B. bei der Frage der Zentralvermarktung von Fernsehrechten durch die UEFA bejaht⁶⁵.

VIII. Sonstiges sekundäres Gemeinschaftsrecht

Und schließlich muss der für die Ausübung maßgebliche Inhalt eines nationalen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern mit den unter anderen Aspekten (Lauterkeit der Geschäftspraktiken, Verbraucherschutz) erlassenen Richtlinien konform sein. Der Inhalt darf also nicht dergestalt sein, dass er zwingend oder mit großer Wahrscheinlichkeit zu einer Ausübung in einem dem sekundären Gemeinschaftsrecht widersprechenden Sinne führt.

Soweit die Ausübung des Veranstalterrechts mit der Sportveranstaltung in Verbindung stehende Geschäftspraktiken gegenüber dem Verbraucher beinhaltet, ist die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken⁶⁶ einschlägig; soweit es um kommerzielle Kommunikation über das Internet geht, zusätzlich die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr⁶⁷. Ein nationales Veranstalterrecht darf daher nicht so angelegt sein, dass es bei bestimmungsgemäßer Betätigung zu einer Irreführung kommt oder gegen das Transparenzgebot verstoßen wird.

⁶⁵ Vgl. dazu ausführlich *Heinemann* (Fn. 1).

⁶⁶ ABI. L 149 v. 11.6.2005, 22-39.

⁶⁷ ABI. L 178 v. 17.7.2000, 1-16.

V. Herkunftslandprinzip

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, wird nicht nur die Ausübung nationaler Schutzrechte, sondern bereits ihre Einräumung stark von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bestimmt. Vorausgesetzt, dass es sich bei der Vermarktung von Sportveranstaltungen um grenzüberschreitende Sachverhalte handelt – was nicht zuletzt infolge der modernen Kommunikationstechniken zunehmend der Fall ist – läuft eine nicht von vornherein die europäischen Vorgaben beachtende nationale Regelung Gefahr, letztlich am Binnenmarktprinzip (Art. 28, 49 EG) bzw. den Kartellvorschriften (Art. 81 EG) des Gemeinschaftsrechts zu scheitern.

Das sich aus Art. 28, 49 EG ergebende Binnenmarktprinzip wird dabei teilweise auch als „Herkunftslandprinzip“ bezeichnet⁶⁸. Dies ist insofern korrekt, als der Gedanke des freien Warenverkehrs darauf aufbaut, dass in einem Mitgliedstaat rechtmäßig in Verkehr gebrachte Waren (oder Dienstleistungen) grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten frei zirkulieren können sollen. Gleichwohl ist Ausgangspunkt nicht das rechtmäßige Inverkehrbringen im Ausgangsland, sondern die Frage, ob die Gesetze des Importlandes die Einfuhr verhindern dürfen. Konsequenterweise stellt deshalb auch ein unrechtmäßiges Inverkehrbringen (im Exportland) keinen Rechtfertigungsgrund für eine Importbeschränkung nach Art. 28, 30 EG dar.

Wenn also vom „Herkunftslandprinzip“ im Zusammenhang mit dem primären Gemeinschaftsrecht gesprochen wird, so ist dies zumindest missverständlich⁶⁹. Dies gilt umso mehr, als die Kommission den Ausdruck „Herkunftslandprinzip“ auch in einem ganz anderen Sinne, nämlich im sekundären Gemeinschaftsrecht, verwendet.

Im sekundären Gemeinschaftsrecht, d.h. den Richtlinien und Verordnungen der EU, bezeichnet dieser Ausdruck eine Ausnahme von dem ansonsten geltenden Marktortprinzip. Nach dem Marktortprinzip wendet jeder Mitgliedsstaat sein eigenes Recht auf grenzüberschreitende Sachverhalte an, sofern nach den Grundsätzen des (bisher nicht vereinheitlichten) Internationalen Privatrechts ein hinreichender Inlandssach-

⁶⁸ So z.B. von der Kommission in den Auseinandersetzungen um das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie.

⁶⁹ Ausführlich dazu *Bodewig*, GRUR Int. 2000, 475.

verhalt, zumeist eine Kollision der geschützten Interessen auf dem Staatsgebiet, vorliegt⁷⁰. Abweichend hiervon soll sich nach dem Herkunftslandprinzip in grenzüberschreitenden Sachverhalten im Ergebnis das Recht des Herkunftslandes durchsetzen⁷¹.

Diese Art des Herkunftslandprinzips ist bislang im sekundären Gemeinschaftsrecht lediglich in der Fernsichtlinie⁷² und in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr⁷³ vorgesehen. In beiden Richtlinien ist das Herkunftslandprinzip jedoch von unterschiedlicher Reichweite⁷⁴. Während das Herkunftslandprinzip der Fernsichtlinie nur für den durch diese Richtlinie selbst harmonisierten Bereich gilt, statuiert die Richtlinie 31/2000/EG das Herkunftslandprinzip für alle nationalen Anforderungen an kommerzielle Kommunikationen im Internet, auch wenn diese in der Richtlinie selbst nicht angepasst sind. Hiervon sind allerdings wiederum bestimmte Bereiche ausgenommen, bzw. die Richtlinie ist auf sie von vornherein nicht anwendbar; z.B. gilt sie gemäß Art. 1 Abs. 5 lit. d nicht für „Gewinnspiele mit einem einen Geldbetrag darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten“.

Wie ausgeführt, besteht zum Teil Verwirrung um den Begriff „Herkunftslandprinzip“. Dies gilt auch für die im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Sportwetten stehenden Fragen. So haben etwa der BGH⁷⁵ und das OLG München⁷⁶ ein Angebot zur Sportwette von Österreich nach Deutschland unter Berufung auf eine in Österreich erteilte Konzession als strafbar nach § 284 StGB (und deshalb zugleich als wettbewerbswidrig nach dem UWG) angesehen; die Beschränkung auf deutsche Konzessi-

⁷⁰ Im Lauterkeitsrecht kommt es beim sog. Multi-State-Wettbewerb darauf an, ob die Interessen der Verbraucher oder der Mitbewerber im Inland verletzt werden; im Markenrecht darauf, dass ein Verletzungstatbestand im territorialen Schutzgebiet vorliegt.

⁷¹ Das Herkunftslandprinzip lässt an sich die Regeln des IPR unberührt. Im Ergebnis setzt sich jedoch das Recht des Landes durch, in dem der Anbieter seine Niederlassung hat; vgl. dazu *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2004, 880.

⁷² Richtlinie 89/452/EG, v. 10.10.1989, ABI. 1989 Nr. L. 298/23.

⁷³ Fn. 67. In die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken und in die geplante Dienstleistungsrichtlinie wurde es infolge heftiger Kritik letztlich nicht aufgenommen.

⁷⁴ Ausführlich dazu *Bodewig* (Fn. 69).

⁷⁵ BGH v. 1.4.2004 GRUR 2004, 693 – „Schöner Wetten“.

⁷⁶ OLG München, v. 27.10.2005, GRUR-RR 2006, 137. Zur Frage der Zulässigkeit von Sportwetten nach dem Urteil des BVerfG, das sich mit dem Gemeinschaftsrecht nicht direkt befasst hat, vgl. Fn. 59.

onen wurde mit dem Hinweis auf zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt. Demgegenüber hat die Kommission, wie bereits oben ausgeführt⁷⁷ im April 2006 ein Vertragsverletzungsverfahren u.a. gegen Deutschland eingeleitet. Zumindest die Mitteilung der Kommission erweckt dabei den Eindruck, dass entscheidend hierfür das Vorliegen einer Konzession in einem anderen Mitgliedstaat ist⁷⁸. Dies ist jedoch leicht missverständlich. Da hier offenbar nicht auf ein Herkunftslandprinzip des sekundären Gemeinschaftsrechts (z.B. das der E-Commerce-Richtlinie) abgestellt wird (und wohl auch nicht werden kann), kommt es darauf an, ob das deutsche Verbot durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gerechtfertigt ist, d.h. ob es wirklich dem Schutz der Verbraucher vor den Folgen übermäßigen Glückspiels und Wetten „consistent and systematic“ dient. Eine auf dieser Grundlage erfolgende Beanstandung ist also keine Folge des „Herkunftslandprinzips“, sondern eine Anwendung von Art. 49 EG, der den freien Dienstleistungsverkehr vorschreibt, sofern nicht ein hinreichender Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung vorliegt. Nicht die Konzessionierung in einem anderen Mitgliedstaat ist folglich entscheidend, sondern die Frage, ob der ausländische Sportwetten verbietende Staat (hier: Deutschland) dies mittels der oben ausführlich dargestellten Rechtfertigungsgründe tun kann.

VI. Zusammenfassung zum europäischen Recht

- Folgende Fragen sind zu klären:
 - o Steht das Gemeinschaftsrecht der Schaffung eines nationalen Leistungsschutzrechts zugunsten von Sportveranstaltern entgegen?
 - o Inwieweit enthält das Gemeinschaftsrecht bindende Vorgaben für die Ausgestaltung eines derartigen nationalen Rechts?
 - o Welche Regelungen bestehen für die Nutzung eines europarechtskonform ausgestalteten Sportveranstaltungsrechts?

⁷⁷ EG-Kommission, Mitteilung v. 4.4.2006, IP/06/436; dazu oben unter IV.1. Siehe dazu auch Antwort der Bundesregierung v. 12.6.2006.

⁷⁸ So heißt es: „The complaints concern restrictions on the provisions of sport betting services (even where a provider is lawfully licensed in another Member State)“. Hervorhebung hinzugefügt.

- Der EG-Vertrag enthält keine spezielle Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Sport. Soweit der Sport am Wirtschaftsleben teilnimmt, fällt er, wie jede andere wirtschaftliche Betätigung auch, unter das Gemeinschaftsrecht.
- Einschlägige gemeinschaftsrechtliche Regelungen leiten sich z.B. ab aus dem Binnenmarktziel, insb. Art. 28 f., 49 EG, dem Diskriminierungsverbot, dem Kartellrecht oder dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus.
- Im Gegensatz zum Sport hat die EU allerdings eine eigene Kompetenz im Hinblick auf das geistige Eigentum. Sie besteht in zweierlei Hinsicht. Zum einen ist die EU berechtigt, Gemeinschaftsrechte zu schaffen, zum anderen hat die EU die Kompetenz, das nationale Recht des geistigen Eigentums zu vereinheitlichen.
- Beide Kompetenzen präkludieren den nationalen Gesetzgeber grundsätzlich nicht, eigene nationale Schutzrechte zu schaffen und zu gestalten. Dafür spricht insbesondere auch Art. 295 EG, wonach die nationale Eigentumsordnung unberührt bleibt.
- Soweit jedoch der Gemeinschaftsgesetzgeber harmonisierend und regulierend tätig geworden ist, sind diese Vorschriften auch vom nationalen Gesetzgeber zu beachten.
- Die bisherige Regelung der IP- und Leistungsschutzrechte auf Gemeinschaftsebene hat allerdings keinen abschließenden Charakter in dem Sinne, dass damit die Schaffung neuer nationaler IP- oder Leistungsschutzrechte durch die Mitgliedstaaten, die sich auf Art. 295 EG stützt, eingeschränkt würde.
- Weder die Harmonisierungsrichtlinien des Urheberrechts, noch des Markenrechts oder der Geschäftspraktiken haben den Schutzbereich eines möglichen Veranstalterrechts in einer Weise abgedeckt, dass der nationale Gesetzgeber in dieser Hinsicht präkludiert wäre. Auch die Datenbankrichtlinie, welche nach dem EuGH Spielpläne nicht als Datenbanken schützt, schließt ein Recht, das

die Investitionen in Planung, Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen schützt, nicht aus.

- Es gibt keinen anerkannten Grundsatz, dass ein Gegenstand, der nach einem Schutzgesetz nicht schützbar ist, insgesamt gemeinfrei bleiben müsste, d.h. auch nicht durch ein anderes Schutzgesetz unter Schutz gestellt werden dürfte. Die zeigt das Verhältnis Patent-/Gebrauchsmusterrecht, Urheber-/Geschmacksmusterrecht, Urheber-/Leistungsschutzrecht, aber auch Urheber-/Datenbankrecht. Indirekt zeigt dies auch die Notifizierungspflicht für neue Leistungsschutzrechte in Art. 12 der Schutzdauerrichtlinie.
- Bei der Ausgestaltung eines nationalen Schutzrechtes sind die Regeln des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs, insb. der Erschöpfungsgrundsatz zu beachten. Gleiches gilt für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot. Die Inhaber solcher Schutzrechte haben bei ihrer Ausübung die Regeln des Lauterkeitsrechts und des Kartellrechts zu befolgen.
- Soweit durch ein nationales Schutzrecht Einschränkungen des freien Waren und Dienstleistungsverkehrs erfolgen, können diese nur durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Rein fiskalische Interessen genügen dem nicht. Anerkannte Gründe des Allgemeininteresses sind der Schutz des geistigen Eigentums, der Schutz des lautereren Wettbewerbs, der Gesundheitsschutz, der Verbraucherschutz einschl. des Schutzes gegenüber übermäßiger Ausnutzung des Spieltriebs.
- Die Begründung für die Einführung eines nationalen Schutzrechtes muss sich auf solche anerkannten Kriterien konzentrieren, also im Allgemeininteresse liegen.

B. Deutsches Recht

I. Ausgangssituation

Das deutsche Recht kennt keine explizite Regelung der Rechtsstellung des Veranstalters von Sportereignissen. Lediglich den Veranstaltern von „Darbietungen des ausübenden Künstlers“ gewährt Art. 81 UrhG ein originäres Leistungsschutzrecht.

De lege lata ist die wirtschaftliche Leistung des Veranstalters von Sportereignissen daher zwar verfassungsrechtlich geschützt (dazu unter II.); ein originärer Schutz dieser Leistung jedoch allenfalls aus allgemeinen Grundsätzen ableitbar (dazu unter III.). Sofern auch dies nicht möglich ist, kommt de lege lata lediglich ein Schutz einzelner Aspekte der Sportveranstaltung, nicht jedoch der Veranstaltung als solcher, in Betracht (dazu unter IV.).

Wenn vom Schutz „der Veranstaltung“⁷⁹ oder einzelner ihrer Aspekte die Rede ist, ist stets im Auge zu behalten, dass es hierbei um zum Teil sehr unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen geht. Dies erschwert nicht nur die Bestimmung desjenigen, der als „Rechtsinhaber“ in Betracht kommt (dazu unter V.), sondern auch die Abgrenzung der Rechtsfragen, um die es letztlich geht.

In der Praxis sind Sportveranstaltungen jedenfalls in Anlass, Ausgestaltung und Bedeutung ebenso vielfältig wie die Aspekte, deren Schutz (oder auch Nichtschutz) die Beteiligten anstreben. Der Umstand, dass bisher – entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung – im Mittelpunkt des Interesses die Vermarktung von Fernseh- und Hörfunkrechten⁸⁰ stand (sowie spiegelbildlich die Frage der Verhinderung von unge-

⁷⁹ Zur Definition des Begriffs der Sportveranstaltung vgl. etwa *Parlasca*, Kartelle im Profisport, 1993, S. 5.

⁸⁰ Hiermit befassen sich die Werke von *Waldhauser*, Die Fernsehrechte des Sportveranstalters, Berlin 1999; *Helbig*, Die Verwertung von Sportereignissen im Fernsehen, München 2004, *Osterwalder*, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Bern 2004, *Lochmann*, Die Einräumung von Fernsehübertragungsrechten an Sportveranstaltungen, Tübingen 2005; *Strauß*, Hörfunkrechte des Sportveranstalters, Berlin 2006 sowie zahlreiche in diesen Werken zitierte kürzere Abhandlungen.

nehmigten Übertragungen), darf daher nicht zu der Schlussfolgerung verleiten, dass sich die Bedeutung des Veranstalterrechts hierin erschöpfe⁸¹. Es spielen auch andere Aspekte, z.B. der Schutz von vertraglich zugesicherten „Exklusivrechten“ von Sponsoren, eine Rolle, ebenso wie der gesamte Bereich von Werbung/Merchandising⁸². Aber auch die vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG⁸³ hochaktuelle Verbindung von Spielplänen der Bundesliga etc. mit dem allgemeinen Wettmarkt⁸⁴ zeigt, dass „das Veranstalterrecht“ sich einer exakten tatbestandlichen Eingrenzung entzieht. Zur Zeit ist es eher ein Sammelbegriff für alle mit der Veranstaltung von Sportereignissen zusammenhängenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen, soweit diese nicht eindeutig den bestehenden immaterialgüterrechtlichen Schutzrechten zuzuordnen sind, und weniger ein rechtlicher Problemkreis, der klare Konturen aufweist. Letztlich geht es jedoch um den Schutz und die Garantie der kommerziellen Verwertbarkeit des durch die Sportveranstaltung geschaffenen Wirtschaftsgutes.

II. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die Veranstaltung von Sportereignissen ist als Ausdruck der beruflichen Betätigung anzusehen und genießt als solche den verfassungsrechtlichen Schutz der in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit⁸⁵. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁶ erfasst der Begriff des „Berufs“ jede auf den Erwerb gerichtete Betätigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft. Hierunter fällt auch die Veranstaltung sportlicher Ereignisse.

⁸¹ Leicht missverständlich deshalb BHG v. 8.11.2005, GRUR 2006, 249 – „Hörfunkrechte“.

⁸² Vgl. auch *Lochmann* (Fn. 80), S. 5.

⁸³ BVerfG v. 28.3.2006, GRUR 2006, 688; vgl. dazu etwa *Pischel*, Verfassungsrechtliche und Europarechtliche Vorgaben für ein staatliches Glückspielmonopol, GRUR 2006, 630; *Hambach/Schöttle*, Das Urteil des BVerfG: Konsequenzen und Perspektiven, MR-Int. 2006, 30.

⁸⁴ Zu dieser Problematik *Summerer/Blask*, Rechte an Spielplänen und Tabellen von Profiligen am Beispiel der DFL, SpuRt 2005, 50.

⁸⁵ So ausdrücklich (erneut) BGH in der Entscheidung „Hörfunkrechte“ (Fn. 81).

⁸⁶ Vgl. z.B. BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 54, 301, 313; BVerfGE 81, 246, 254; BVerfG 97, 228, 253 ff.

In sachlicher Hinsicht geht es insbesondere um die wirtschaftliche Verwertung der erbrachten Leistung. Wie der BGH in der „Hörfunkrechte“-Entscheidung⁸⁷ festhält, gehört hierzu zumindest bei bedeutsamen Sportereignissen die Möglichkeit, Dritte das sportliche Ereignis „unmittelbar oder mittelbar miterleben“ zu lassen. Zwar hat ein Sportereignis als solches noch keinen wirtschaftlichen Wert. Dieser liegt erst in der Möglichkeit, die Wahrnehmung des Spiels in Bild und Ton, sei es durch den Stadiionsbesuch, sei es via Fotos, Fernsehen, Hörfunk oder Internet, zu erlauben oder zu verbieten. „Das Hausrecht, mit dessen Hilfe der Berechtigte Dritte von der unentgeltlichen Wahrnehmung des von ihm veranstalteten Spiels ausschließen kann“, diene in diesem Zusammenhang der Sicherung der Verwertung der beruflich erbrachten Leistung und nehme an deren verfassungsrechtlicher Gewährleistung teil.

Wie jede berufliche Betätigung unterliegt die Ausübung der durch Art. 12 GG geschützten Aktivitäten Schranken. Was die Übertragung von Sportereignissen via Hörfunk betrifft, hat der BGH diese vor allem darin gesehen, dass die freie Gestaltung des Programms nicht beeinflusst oder die unbeeinflusste Information der Hörer nicht beeinträchtigt werden darf (z.B. durch inhaltliche „Auflagen“). Andere Beschränkungen sind denkbar⁸⁸, z.B. unter dem Gesichtspunkt der Nichtdiskriminierung, des Schutzes anderer Rechtspositionen (z.B. der Sportler).

III. Ableitung eines originären „Veranstalterrechts“ aus allgemeinen Grundsätzen?

Die Begründung eines (originären) Veranstalterrechts auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage wird nach ganz h.M. abgelehnt⁸⁹.

Ein selbständiges, gegen Dritte wirkendes und zu einer positiven Benutzung berechtigendes Ausschließlichkeitsrecht – das die wirtschaftliche Leistung des Sportveran-

⁸⁷ Fn. 81.

⁸⁸ Vgl. z.B. den Beschluss OLG Köln v. 7.3.2000, NJW-RR 2001, 105. (Kein Ausschluss eines Journalisten vom Spielgelände wegen kritischer Berichterstattung.)

⁸⁹ Ein Veranstalterrecht auf gewohnheitsrechtlicher Basis wurde bisher nur von *Ascencão Oliveira*, GRUR Int. 1991, 20 bejaht. Zur h.M., die dies ganz einhellig ablehnt, statt aller *Lochmann* (Fn. 80), S. 116.

stalters als solche zum Gegenstand hat – ist daher nur im Wege der Subsumtion unter bestehende Rechtsgrundsätze begründbar.

Als Grundlage für die Zuerkennung eines derartigen originären Rechts kommt de lege lata vor allem das Urheberrecht in Betracht. In jüngster Zeit wird in der Literatur jedoch auch die Ableitung eines derartigen originären Rechts aus dem Lauterkeitsrecht diskutiert.

1. Urheberrechtliche Grundlage

- § 2 UrhG

Ein urheberrechtlicher Schutz setzt voraus, dass es sich bei dem Sportereignis um ein Werk i.S.v. § 2 UrhG handelt. In der Literatur ist in der Tat teilweise (zum Schweizer Recht) vertreten worden, dass auch Sportereignisse den Charakter eines urheberrechtlichen Werkes haben können⁹⁰.

Dies ist jedoch mit dem Grundverständnis jedenfalls des deutschen Urheberrechts unvereinbar⁹¹. Nach ganz vorherrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung fehlt es an der von § 2 Abs. 2 UrhG vorausgesetzten „persönlichen geistigen Schöpfung“. Eine Sportveranstaltung ist jedenfalls dann, wenn – wie üblich – der sportliche Vergleich mit Konkurrenten im Vordergrund steht, keine eigenschöpferische Darbietung dar. Diese kann ausnahmsweise vorliegen, nämlich dann, wenn es um einen vorher einstudierten und reproduzierbaren Ablauf im Sinne der Choreographie handelt (Beispiele: Eisrevue, Haarlem Globetrotter). Auf das Gros der Sportveranstaltung, bei denen regelmäßig die „Einstudierung“ von der Wettkampfsituation überrollt wird, trifft dies jedoch nicht zu.

⁹⁰ So in jüngster Zeit vor allem von *Osterwalder* (Fn. 80); kritisch hierzu *Hilty*, GRUR Int. 2005, 621. Der Stand der Meinungen ist z.B. bei *Osterwalder*, S. 158, dargestellt.

⁹¹ Bezeichnenderweise wurde ein auf das Urheberrecht gestütztes Recht des Veranstalters in der „Hörfunkrechte“-Entscheidung des BGH (Fn. 81) nicht einmal als Möglichkeit erwähnt.

- § 81 UrhG analog

Auch ein Schutz im Wege des verwandten Schutzrechts nach Maßgabe von § 81 UrhG scheidet ganz h.M. aus⁹². § 81 UrhG ist nach seinem eindeutigen Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte auf die Veranstaltung im Zusammenhang mit urheberrechtlich schutzfähigen Leistungen von ausübenden Künstlern sowie Urhebern i.S.v. § 2 UrhG begrenzt. Sportler und ihre Leistungen fallen hierunter nicht.

Eine eine Analogie zulassende Gesetzeslücke – die bei einer Ausnahmegesetzvorschrift ohnehin selten in Betracht kommen wird – besteht jedoch nicht⁹³. Hiergegen spricht schon, dass die gesetzliche Einbeziehung auch der Veranstalter anderer Ereignisse, insbesondere auch Sportereignisse, in der Vergangenheit vom Gesetzgeber diskutiert und abgelehnt wurde.

- § 87a UrhG

Ein Schutz der unternehmerischen Leistung, die in der Ausrichtung, Koordinierung, Kontrolle etc. von Sportereignissen besteht, ist grundsätzlich nicht geeignet, den Schutz „als Datenbank“ i.S.v. § 87a UrhG zu begründen. Insofern steht die Entscheidung des EuGH vom 9.11.2004 in Sachen „Fixtore Marketing“ (dazu ausführlich oben A.II.), wonach der Schutz als Datenbank eine Investition gerade in Bezug auf die Datensammlung erfordert, der Anerkennung eines derartigen Schutzes entgegen.

2. Lauterkeitsrechtliche Grundlage

In der neueren Literatur ist vereinzelt der Versuch einer immaterialgüterrechtlichen Konstruktion des Rechts des Veranstalters von Sportereignissen auf der Grundlage der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel in § 3 UWG unternommen worden⁹⁴.

⁹² A.A. *Diekmann*; UFITA 127 (1995) 35, 47.

⁹³ Vgl. dazu *Osterwalder* (Fn. 80), S. 160; *Lochmann* (Fn. 80); offenbar zustimmend *Ohly*, Gibt es einen numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, in: FS Schrickler, 2005, S. 105, 121.

⁹⁴ So insbesondere von *Lochmann* (Fn. 80); vgl. dazu auch *Ohly* (Fn. 83), S. 113.

Nach dem Grundverständnis des Lauterkeitsrechts – so wie dieses insbesondere in dem 2004 verabschiedeten Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Ausdruck gefunden hat – begegnet ein derartiges Recht jedoch dogmatischen Bedenken (ausführlich dazu noch in Teil 2, B.V.). Es wäre zudem auf „Wettbewerbshandlungen“ beschränkt, so dass auch bei weiter Interpretation dieser Voraussetzung wiederum nur ein Teil der mit der Sportveranstaltung zusammenhängenden Aspekte abgedeckt wäre⁹⁵.

De lege lata ist ein absoluter Schutz für den Veranstalter von Sportereignissen auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage daher nicht begründbar⁹⁶.

3. Recht am Unternehmen, § 823 I BGB

Eine absolute Rechtsposition gewährt demgegenüber das von der Rechtsprechung als „sonstiges Recht“ auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB anerkannte „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“. Im Verhältnis zum Lauterkeitsrecht kann es dann zur Anwendung gelangen, wenn der Anwendungsbereich des UWG nicht eröffnet ist, es insbesondere an einer Wettbewerbshandlung i.S.v. § 2 Nr. 1 UWG fehlt.

Die wirtschaftliche Auswertung der im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen erbrachten Leistungen fällt in den Schutzbereich des Rechts am Gewerbebetrieb⁹⁷. Vorausgesetzt wird jedoch weiter ein unmittelbarer und betriebsbezogener Eingriff. Die ungenehmigte Ausnutzung der wirtschaftlichen Leistungen der Sportveranstalter müsste sich also gegen dessen „Betrieb“ richten. Ob dies zutrifft, ist fraglich⁹⁸. Gegen

⁹⁵ Der BGH (vgl. Fn. 81) hat das UWG z.B. bei der Übertragung im Hörfunk (indirekt) nicht für anwendbar gehalten; s. dazu auch BGH GRUR 1990, 702 – „Sportübertragung“.

⁹⁶ So die h.M. zum Sportveranstalterrecht: vgl. etwa *Waldhauser, Helbich, Osterwalder* (Fn. 80); jeweils m.N.; dies indirekt bestätigend auch BGH – „Hörfunkrechte“ (Fn. 81).

⁹⁷ So wohl BGH NJW 1970, 2060 – „Bubi Scholz“.

⁹⁸ Bejahend offenbar LG München, NJW-RR 1997, 1406 – „Boxveranstaltungen“; verneinend LG Hamburg, ZUM 2002, 655; zur Problematik bei Fernsehrechten allgemein *Waldhauser* (Fn. 80), S. 155 f. und *Summerer/Blask* (Fn. 84) bezüglich der Übernahme von Spielplänen in Sportwetten; indirekt verneinend BGH – „Hörfunkrechte“ (Fn. 81), wo das Recht am Unternehmen als Grundlage für die Position des Sportveranstalters zur Abwehr ungenehmigter Übertragungen per Hörfunk nicht erwähnt wird.

die Bejahung der Betriebbezogenheit spricht, dass sich das Ergebnis kaum mit dem Grundsatz, wonach das Recht am Unternehmen keinen Zuweisungsgehalt hat, vereinbaren lässt⁹⁹. In Anbetracht der Kritik, die bereits das Rechtskonstrukt des Rechts am Gewerbebetrieb in letzter Zeit erfahren hat¹⁰⁰, ist nicht damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung es wegen des Schutzes der Veranstalterleistungen zu einem weiteren Bruch im Wertungssystem kommen lassen wird.

Eine originäre Rechtsposition des Veranstalters von Sportereignissen lässt sich daher über § 823 Abs. 1 BGB nicht begründen.

4. „Hausrecht“

Schwierig ist ein umfassender Schutz auch auf der Grundlage des „Hausrechts“. Unter diesem Schlagwort werden die auf der Grundlage von § 858 Abs. 1 BGB, § 903 BGB bestehenden Abwehrrechte des Eigentümers und/oder Besitzers zusammengefasst. Zwar hat der BGH in der Entscheidung „Hörfunkrechte“¹⁰¹ das Hausrecht als Grundlage der Verwertung der beruflich erbrachten Leistungen hervorgehoben. Abgesehen davon, dass diese Einordnung dogmatisch nicht zu überzeugen vermag, ergibt sich aus der Begründung, dass es hierbei um einen „Stadionsachverhalt“ und damit um zwei ganz bestimmte Aspekte der unternehmerischen Leistung ging, nämlich um den Zutritt von Zuschauern zum Ort des Sportereignisses und die Berechtigung, das Sportereignis via Hörfunk zu übertragen. Ein umfassendes originäres Recht des Veranstalters, das sich auf sämtliche Aspekte der im Hinblick auf ein Sportereignis erbrachten Leistungen und Investitionen bezieht, stand dabei ebenso wenig zur Debatte wie die Frage, auf welche Weise die Verwendung von unter Verstoß gegen das Hausrecht durch Dritte gefertigte Aufnahmen etc. – die durch den Einsatz digitaler Technik immer leichter wird – verhindert werden kann.

⁹⁹ So zu Recht *Lochmann* (Fn. 80), S. 265.

¹⁰⁰ Zum Beispiel von *Larenz/Canaris*, Schuldrecht Bd. II/2, S. 544.

¹⁰¹ Fn. 81. Kritisch zu den Möglichkeiten eines Schutzes über das Hausrecht generell *Osterwalder* (Fn. 80), S. 107.

Auch wenn das Hausrecht einzelne Aspekte der unternehmerischen Leistung des Veranstalters auf durchaus befriedigende Weise abzudecken vermag und gegenwärtig dem erforderlichen Rechtsschutz im Ergebnis wohl am nächsten kommt (s. dazu die Ausführungen unten, IV.3), vermag es keine originäre Rechtsposition für die Veranstalterleistung als solche zu begründen.

IV. Der Schutz einzelner Aspekte der unternehmerischen Leistung des Sportveranstalters

De lege lata kommt somit nur ein Schutz bestimmter Aspekte der wirtschaftlichen Leistung des Sportveranstalters in Betracht. Diese können, wie oben ausgeführt, sehr unterschiedlich sein. Im Mittelpunkt standen bisher die sog. Übertragungsrechte, seltener Sponsorenverträge und das Merchandising oder die Verwendung von Spielplänen als Grundlage für Sportwetten. Ebenso vielfältig wie diese tatsächlichen Aspekte können jedoch auch die damit zusammenhängenden rechtlichen Aspekte sein. Sie sollen im folgenden kurz angesprochen werden, wobei der Fokus auf den gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten liegt, da die vertragsrechtlichen Schutzmöglichkeiten, die nur inter partes wirken, wegen der im Rahmen der Vertragsfreiheit außerordentlich vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten kaum fassbar sind.

1. IP-Rechte

Für einzelne im Zusammenhang mit einer Sportveranstaltung stehende Aspekte kommt ein urheberrechtlicher oder ein markenrechtlicher Schutz in Betracht. Zum Beispiel werden häufig die Namen von Sportvereinen, ihre Logos und Embleme als Marke geschützt sein, weiter Markenschutz für Bezeichnungen von sportlichen Großereignissen angestrebt werden¹⁰². Die rechtliche Fragestellung lautet dann zum einen, ob ein derartiger Schutz grundsätzlich in Betracht kommt (oder ob z.B. ein absoluter Versagungsgrund wegen Beschreibung vorliegt) und zum anderen, ob eine unerlaubte Verwendung durch Dritte vorliegt. Hierbei spielt insbesondere die Frage

¹⁰² Vgl. etwa BGH Beschluss v. 27.4.2006, NJW 2006, 3002 (kein markenrechtlicher Schutz für „Fußball WM 2006“).

eine Rolle, wie weit der Schutz im Einzelfall reicht, ob es sich bei der angeblichen Verletzung lediglich um eine beschreibende Verwendung handelt, etc.

Die hiermit im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen weisen nur vereinzelt Besonderheiten auf, die als spezifische Probleme der Sportveranstaltung anzusehen wären. Im markenrechtlichen Bereich ist zu berücksichtigen, dass sportliche Großereignisse Gegenstand der allgemeinen Kommunikation sind, die im Allgemeininteresse und damit im markenrechtlichen Freihaltebedürfnis liegen können. Soweit es um Spielpläne für Sportwettbewerbe geht, ist unter Zugrundelegung der insoweit bindenden Vorgaben des EuGH in der Entscheidung vom 9.11.2004 davon auszugehen, dass diese zwar eine Datenbank im Sinne von § 87a des deutschen UrhG darstellen, es jedoch an der schutzbegründenden „wesentlichen Investition“ in diese Datenbank fehlt¹⁰³.

2. Lauterkeitsrecht

- Vorbemerkung

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Sportveranstaltungen ist bislang zumeist auf der Grundlage des früheren Lauterkeitsrechts (UWG von 1909) erfolgt¹⁰⁴; dabei ging es primär um die Vermarktung von Fernsehrechten¹⁰⁵. Die durch die Neuregelung im UWG 2004 erfolgten Änderungen werden nicht oder in ihren Konsequenzen nicht hinreichend erfasst. Dies ist insofern bedauerlich, als sich die Änderungen gerade auch auf die Beurteilung in dem hier interessierenden Bereich des Leistungsschutzes auswirken.

So wahrt das UWG zwar in weiten Bereichen die Kontinuität mit dem früheren Recht, ist z.B. nur auf Wettbewerbshandlungen anwendbar, also nach § 2 Nr. 1 UWG auf

¹⁰³ Ausführlich dazu oben, II.

¹⁰⁴ So insbesondere die Arbeiten von *Waldhauser* und *Helbig* (Fn. 80). *Lochmann* (Fn. 80) geht zwar vom UWG 2004 aus, berücksichtigt teilweise jedoch nur ungenügend die durch die neue Rechtslage bewirkten Änderungen.

¹⁰⁵ Eine Ausnahme bilden der Aufsatz von *Summerer/Blask* (Fn. 84), der die Spielpläne zum Gegenstand hat und von *Heermann*, GRUR Int. 2006, 359, der das sog. „Ambush“-Marketing betrifft.

marktbezogene Tätigkeiten. Die Vermarktung von Sportveranstaltungen durch den Veranstalter, Sponsoren etc. etc. erfüllt regelmäßig dieses Kriterium. Demgegenüber ist fraglich, ob die Übertragung von Sportveranstaltungen durch Rundfunksender eine Wettbewerbshandlung darstellt¹⁰⁶.

Geändert hat sich jedoch die Systematik, die infolge der Rückkopplung der nunmehr expressis verbis geregelten Einzeltatbestände an den zentralen Begriff der „Unlauterkeit“ in § 3 UWG auch zu einem geänderten Verständnis der Generalklausel geführt hat¹⁰⁷. Die Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung wird im neuen UWG zunächst anhand der geregelten Beispielsfälle und nur subsidiär auf der Grundlage der Generalklausel in § 3 UWG bestimmt. Ist ein Sachverhalt nicht unter einen der zahlreichen Beispielsfälle (die z.T. ihrerseits generalklauselhaft weit sind), subsumierbar, ist stets zu prüfen, ob dies nicht im Umkehrschluss die Lauterkeit des Verhaltens impliziert. Auf jeden Fall erfordert die Begrenzungsfunktion der Einzelregelungen eine vom früheren Recht abweichende Bewertung der „Unlauterkeit“. Eine dies nicht beachtende Beurteilung, die unmittelbar und unreflektiert auf der Grundlage von § 3 UWG erfolgt¹⁰⁸, ist mit dem Grundverständnis des geltenden Lauterkeitsrechts nicht vereinbar.

Weiter ergibt sich aus der Regelungstechnik von Generalklausel/Beispielsfällen im neuen UWG, dass es sich bei dem zu verbietenden Verhalten um eine „nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ (§ 3 UWG) handeln muss.

- Ergänzender Leistungsschutz

Die vorgenannten Änderungen wirken sich insbesondere beim sog. ergänzenden Leistungsschutz aus. Unter diesem Gesichtspunkt wird traditionell der lauterkeitsrechtliche Schutz von wirtschaftlichen Leistungen diskutiert, die wegen der hierfür getätigten Investitionen und/oder wegen ihren sonstigen Besonderheiten als schutz-

¹⁰⁶ Indirekt verneinend in BGH „Hörfunkrechte“ (Fn. 81).

¹⁰⁷ Ausführlich *Schünemann*, in: Harte/Henning, UWG, 2004, Kommentierung zu § 3 UWG; vgl. auch *Heermann* (Fn. 105).

¹⁰⁸ So LG Frankfurt a.M., Beschluss v. 07.9.2005, 8091/08 (unmittelbar auf die Generalklausel gestütztes Verbot des Vertriebs von Stofftieren mit „Germany 2006“), kritisch zu Recht *Heermann*, GRUR Int. 2006, 359, 366.

fähig angesehen werden. Der sog. ergänzende Leistungsschutz ist ein enges Bindeglied zu den Rechten des geistigen Eigentums und vermag diese dort, wo (ungewollt) Schutzlücken bestehen, zu ergänzen.

Zumindest von seinem traditionellen Verständnis her erscheint der sog. ergänzende Leistungsschutz daher nicht ungeeignet, bestimmte Aspekte der unternehmerischen Leistung des Sportveranstalters abzudecken und ihn gegen bestimmte Wettbewerbshandlungen Dritter zu schützen. Dies gilt z.B. für das sog. „Ambush“-Marketing – Anhängen an Werbe- und Marketingleistungen¹⁰⁹ oder für die Übernahme von Spielplänen als Grundlage für Wetten etc.¹¹⁰. Zum Teil wird der ergänzende Leistungsschutz jedoch auch dann herangezogen, wenn es um den Problemkreis der ungenehmigten Fernseh- oder Hörfunkübertragungen geht¹¹¹.

Zu bedenken ist freilich, dass diese Schutzmöglichkeiten im UWG 2004 bewusst zurückgedrängt wurden. Während im früheren Recht der Schutz gegen Nachahmung etc. auf der Grundlage der Generalklausel des § 1 UWG a.F. gewährt wurde – was der Rechtsprechung einen weiten Beurteilungsspielraum einräumte –, ist er nunmehr gesetzlich geregelt und in die vorgenannte „neue Systematik“ des UWG eingepasst. Gemäß § 4 Nr. 9 UWG sind Nachahmungen „insbesondere in den drei genannten Fällen verboten“. Gesetzlich geregelt sind das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, die Rufausbeutung und der Unterlagenmissbrauch. Nach allgemeiner Auffassung können Fälle der Behinderung durch Nachahmung unter den besonderen Behinderungstatbestand des § 4 Nr. 10 UWG fallen.

Nicht – auch nicht indirekt – geregelt ist hingegen die sog. Unmittelbarkeit der Leistungsübernahme, die Planmäßigkeit des Handelns oder allgemein die „parasitäre Ausnutzung“ von fremden Leistungen, in denen grade in der hier interessierenden Bereich häufig der Schwerpunkt der Verwertbarkeit gesehen wird. Derartige Aspekte können daher nur auf der Grundlage der Generalklausel des § 3 UWG eine Rolle spielen. Dies ist zwar nicht grundsätzlich auszuschließen¹¹². Allerdings zeigt die neu-

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Heermann*, GRUR Int. 2006, 359.

¹¹⁰ Vgl. dazu *Summerer/Blask*, SpuRt 2005, 50.

¹¹¹ Vgl. dazu die in Fn. 80 genannte Literatur.

¹¹² Ausführlich dazu *Sambuc*, in: Harte/Henning (Hrsg.), UWG, 2004, § 4 Nr. 9.

ere Rechtsprechung, dass gerade der parasitäre Aspekt der Ausnutzung von Investitionen sehr zurückhaltend gehandhabt wird¹¹³. Diese Bewertung entspricht der oben genannten „Begrenzungsfunktion“ und dem dadurch bedingten neuen Verständnis der Generalklausel.

Aus dem geänderten Verständnis des UWG 2004 folgt daher, dass ein Schutz der Leistungen des Sportveranstalters auf der Grundlage der Generalklausel nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen wird¹¹⁴. Investitionen als solche in eine Sportveranstaltung sind daher de lege lata nicht schutzfähig. Dies gilt auch, wenn sie zu konkreten Ergebnissen wie die Erstellung von Spielplänen etc. geführt haben¹¹⁵.

- Gezielte Behinderung, § 4 Nr. 10 UWG

Gemäß § 4 Nr. 10 UWG ist die gezielte Behinderung von Mitbewerbern unlauter i.S.v. § 3 UWG.

Diese Vorschrift ist zum einen tatbestandlich so weit, dass sie bestimmte Aspekte der wirtschaftlichen Ausnutzung der Leistungen des Sportveranstalters erfasst, z.B. Fälle des „Ambush“-Marketings. Andererseits enthält sie zwei wichtige Einschränkungen. So muss die Behinderungshandlung gegenüber einem „Mitbewerber“ i.S.v. § 2 Nr. 2 UWG erfolgen, was trotz großzügiger Interpretation dieses Merkmals nicht immer der Fall ist. Vor allem jedoch muss sie „gezielt“ sein, darf sich also nicht als bloße Folge des Wettbewerbs darstellen.

¹¹³ Unmittelbar einschlägige Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt bislang. In der Entscheidung „Klemmbausteine“ (GRUR 2005, 350) hat der BGH jedoch den parasitären Gedanken nur gestreift (und die Bewertung nach neuem Recht weitgehend offen gelassen). Vgl. dazu auch Heyers, GRUR 2006, 3. Nachdem nunmehr auch der Schutz von Mode durch die neuen Regelungen des (europäischen) Designrechts an lauterkeitsrechtlicher Bedeutung verloren hat, ist abzusehen, dass ein unmittelbarer Schutz von Leistungen auf der Grundlage von § 3 UWG kaum mehr in Betracht kommen wird.

¹¹⁴ Die von *Lochmann* (Fn. 80), S. 292 und *Ohly* (Fn. 93), S. 113 zitierte Entscheidung des BGH GRUR 1990, 702 – „Sportübertragungen“, die dies offen gelassen hat, ist daher nicht mehr einschlägig. In der Entscheidung „Hörfunkrechte“ (Fn. 81) hat der BGH ein originäres Eingreifen der Generalklausel konsequenterweise nicht einmal erwähnt.

¹¹⁵ Andere Auffassung *Summerer/Blask* (Fn. 84).

Was unter dem Tatbestandsmerkmal „gezielt“ konkret zu verstehen ist, insbesondere ob eine entsprechende Absicht vorliegen muss, ist bislang noch nicht völlig geklärt¹¹⁶. Auf jeden Fall muss sich die beanstandete Wettbewerbshandlung gegen einen bestimmten Mitbewerber richten, insbesondere seine Stellung im Wettbewerb angreifen¹¹⁷. Dies wird schwer nachzuweisen sein, wenn die Leistung des Mitbewerbers zur Grundlage für ein eigenes Angebot gemacht wird. Denn in diesen Fällen geht es weniger darum, den Dritten vom Markt zu drängen, als vielmehr darum, seine Leistung für das eigene Angebot nutzbar zu machen, um eigene Kosten zu sparen oder von fremdem Ruf zu profitieren. Die Erfassung zum Beispiel des „Ambush“-Marketings über § 4 Nr. 10 UWG hängt daher davon ab, ob es sich darüber hinaus zugleich um einen Angriff auf die Marktstellung des Sponsors handeln¹¹⁸.

3. Hausrecht, § 854, 903 BGB

Nicht zuletzt wegen der Begrenzung des Lauterkeitsrechts auf Wettbewerbshandlungen sieht die neuere Rechtsprechung¹¹⁹ den Schwerpunkt des „Veranstalterrechts“ im sog. Hausrecht. Danach steht es jedem Veranstalter von Ereignissen, der über Eigentum oder Besitz an der Austragungsstätte am Stadion verfügt oder sich diese Rechte vertraglich hat einräumen lassen, frei, Dritten den ungenehmigten Zutritt zu der Veranstaltung zu verweigern oder von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen.

Wie oben ausgeführt, ist das Hausrecht nicht geeignet, eine originäre Rechtgrundlage für den Schutz der Veranstaltung als solche abzugeben. Es vermag lediglich einzelne Aspekte der Leistung des Sportveranstalters abzudecken. So lässt sich über das Hausrecht in der Tat in vielen Fällen der Zutritt „unliebsamer“ Personen zum

¹¹⁶ Ausführlich hierzu *Omsels*, in: Harte/Henning; UWG, § 4 Rdnr. 7. Nach *Köhler*, in: Baumbach/Hefermehl, UWG, § 4 Rdnr. 10 reicht es aus, wenn die Maßnahme objektiv auf die Störung der fremden Wirtschaftstätigkeit gerichtet ist; nach *Götting*, in: Fezer, UWG, § 4-10 Rdnr. 18 muss es sich hingegen um eine beabsichtigte Zielsetzung handeln; ebenso *Sack*, WRP 2005, 531.

¹¹⁷ Dazu *Heermann*, GRUR 2006, 359, 364.

¹¹⁸ Verneinend *Heermann*, ebenda,

¹¹⁹ Vgl. insbesondere BGH „Hörfunkrechte“ (Fn. 81) und die dort zitierte Rechtsprechung; kritisch zur Bedeutung des Hausrechts *Osterwalder* (Fn. 80), S. 109.

Sportereignis verhindern; damit können indirekt auch die Handlungen dieser Personen – wie Übertragungen per Rundfunk oder Fernsehen – unterbunden werden. Das Hausrecht versagt aber da, wo es an der Voraussetzung eines räumlich kontrollierbaren Bereichs fehlt (z.B. „Tour de France“). Es versagt weiter dann, wenn es um Handlungen Dritter geht, die etwa (unter Verstoß gegen das Hausrecht gefertigte) Fernsehaufnahmen verwerten¹²⁰. Ob es im deutschen Recht möglich wäre, ein „Hausrecht“ bei Konzessionierung öffentlichen Grunds via Sondernutzung zu begründen, erscheint fraglich¹²¹; dies zumindest dann, wenn keine physischen Barrikaden des Veranstalters den öffentlichen Zugang verhindern.

V. Der Begriff des „Veranstalters“

In den meisten wissenschaftlichen Arbeiten wird vorab geprüft, wer in vermarktungsrechtlicher Hinsicht als „Veranstalter“ gilt¹²². Wie ausgeführt, bestehen diesbezüglich keine bindenden europäischen Vorgaben. Den bisherigen Äußerungen von Kommission und EuGH ist lediglich zu entnehmen, dass jedenfalls die an einem Wettkampf beteiligten Vereine als Veranstalter gelten werden und dass die Mitveranstaltereigenschaft von Organisationen und Verbänden nicht ausgeschlossen ist¹²³.

Dies entspricht im Großen und Ganzen der Ansicht im deutschen Recht¹²⁴. Ausgangspunkt ist hier die Überlegung, wer in organisatorischer und finanzieller Hinsicht für das fragliche Ereignis verantwortlich ist, d.h., wem die Vorbereitung und Durchführung obliegt und wer das organisatorische Risiko trägt. Danach sind, wie auch der

¹²⁰ Diesen Aspekt hebt zu Recht *Ohly* (Fn. 93) vor.

¹²¹ Für die Schweiz weisen *Hilty/von der Crone/Weber*, sic! 2006, 100, 101 drauf hin, dass sich die hausrechtlichen Befugnisse aufgrund einer Sondernutzungskonzession oder (bei privaten Stadionbetreibern) aufgrund eines Vertrags übertragen lassen.

¹²² Vgl. statt aller *Helbig* (Fn. 80), S. 24.

¹²³ Ausführlich zum europäischen Veranstalterbegriff *Petersen*, Fußball im Rundfunk- und Medienrecht, 2001, S. 18; vgl. Kommission in der Sache „Zentralvermarktung“ (Fn. 4), Rdnr. 127.

¹²⁴ Zum Veranstalter als Inhaber eines evtl. Leistungsschutzrechts und zur Vermarktungsbefugnis mehrerer vgl. etwa *Lochmann* (Fn. 80), S. 296; *Waldhauser* (Fn. 80), S. 202 f., *Osterwalder* (Fn. 80), S. 67 ff.; *Petersen* (Fn. 123), S. 16.

BGH¹²⁵ betont hat, die beteiligten Vereine „jedenfalls Mitveranstalter“. Umstritten kann also nur die Veranstaltereigenschaft von Verbänden sein¹²⁶.

Der Nachteil der bisher zum Veranstalterbegriff vertretenen Auffassungen – jedenfalls als Ansatzpunkt für eine gesetzliche Regelung – besteht darin, dass sich der Veranstalterbegriff kaum von der jeweiligen Rechtsgrundlage, um die es geht, trennen lässt. Es verwundert daher nicht, dass infolge der bisherigen Fokussierung auf das „Hausrecht“ zumeist die Veranstalterposition der Vereine nahelag.

Insbesondere zur Bestimmung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen auch die Verbände als Veranstalter in Betracht kommen, ist der bisherige Ansatz deshalb zu undifferenziert. Zu fragen ist vielmehr danach, wo genau im Einzelfall der Schwerpunkt der Vorbereitung und Durchführung und das organisatorische Risiko liegt; weiter ist nach der Art der jeweiligen wirtschaftlichen Betätigung (Fernsehrechte, Wetten etc.) zu differenzieren¹²⁷. Eine wichtige Rolle spielen weiter die wertschöpfenden Elemente, die je nach konkreter Konstellation auch bei den Verbandsorganisationen liegen werden. So kann ein maßgebliches Element für die Veranstaltereigenschaft darin liegen, daß einer bestimmten Veranstaltung, etwa der Fußballbundesliga, über eine intensive Verbandstätigkeit ein hohes Ansehen und damit eine große Vermarktungsfähigkeit gegeben wurde.¹²⁸

Veranstalter können gemäß Art. 19 Abs. 4 GG auch juristische Personen des Privatrechts sein.

VI. Zusammenfassung (zugleich Defizite des Schutzes de lege lata)

¹²⁵ Vgl. etwa BGH SpuRt 1988, 28 – „Europapokalheimspiele“.

¹²⁶ Während *Jänich*, GRUR 1998, 438, z.B. beim DFB die Mitveranstaltereigenschaft bejaht, wird diese von *Petersen* (Fn. 123), S. 17, Fn. 69 bestritten. Demgegenüber bejahen *Summerer/Blask* (Fn. 84), S. 52 die originäre Mitberechtigung von Verbänden wie den Fußball-Ligaverband/DFL.

¹²⁷ So zu Recht *Osterwalder* (Fn. 80), S. 79 in seiner Kritik an den bisherigen Sportveranstalterdefinitionen. Vgl. dazu auch LG Frankfurt SpuRT 1998, 1998, 195; *Stopper*, SpuRT 1999, 188; *Mestmäker*, FS Sandrock 2000, S. 691; *Maler*, SpuRT 2001, 8; *Jänich*, GRUR 1998, 438.

¹²⁸ Ausführlich hierzu *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sport, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 85 ff., der etwa im Profifußball die wesentliche Wertschöpfung bezüglich der Gesamtveranstaltung Bundesliga beim Ligaverband und DFL, evtl. noch DFB sieht.

Das deutsche Recht kennt de lege lata kein Recht, das gezielt die Veranstaltung von Sportveranstaltungen regelt oder aus dem sich ein originäres absolutes Recht des Veranstalters von Sportereignissen ableiten ließe. Eine Anwendung des Urheberrechts ist weder direkt noch analog möglich; auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts, des Rechts am Gewerbebetrieb und des sog. Hausrechts lässt sich ein absolut wirkendes Leistungsschutzrecht nicht begründen. Schutzmöglichkeiten in Form von Abwehrrechten bestehen jedoch für einzelne Aspekte der Veranstaltertätigkeit, insbesondere über das „Hausrecht“ und das Lauterkeitsrecht, ansonsten auf vertragsrechtlichem Wege.

Die Defizite einer derartigen Konstruktion liegen auf der Hand. Verträge binden nur inter partes. Und auch das Wettbewerbsrecht und das „Hausrecht“, die noch am ehesten als Rechtsgrundlagen in Betracht kommen, gewähren keinen ausreichenden Rechtsschutz. Beim Hausrecht wird dies besonders dadurch deutlich, dass es da versagt, wo das Sportereignis nicht an einer räumlich abgrenzbaren Stätte stattfindet oder aber die Verwertung durch Dritte erfolgt¹²⁸. Das Wettbewerbsrecht ist hingegen nach seinem bisherigen Verständnis primär Handlungsunrecht; es setzt das Bestehen einer Wettbewerbshandlung voraus, und seine Anwendung ist stark von den Umständen jeden Einzelfalls geprägt. Dazu wurde gerade der Aspekt, der noch am ehesten Schutz gewähren würde, nämlich der Gedanke der parasitären Ausnutzung fremder Investitionen, im neuen UWG von 2004 zurückgedrängt.

Im Ergebnis sind somit einzelne Aspekte der Leistung des Sportveranstalters auf verschiedenen Wegen abgedeckt, nicht jedoch der Aspekt, um den es letztlich geht – die ungenehmigte kommerzielle Ausnutzung von mit Mühe und Kosten geschaffenen Ergebnissen, insbesondere auch die durch die Sportveranstaltung geschaffene Kommunikations- und Marketingplattform. Die de lege lata in Betracht kommenden Schutzmöglichkeiten daher sind nicht mehr als Hilfskonstruktionen, die punktuell Abhilfe schaffen, jedoch die grundlegende Problematik unberührt lassen. Sie sind Scheinlösungen¹²⁹, Verlegenheitslösungen¹³⁰, die der Rechtswirklichkeit nicht entsprechen (dazu noch ausführlich in Teil 2, D.III.).

¹²⁸ Bereits in der bekannten „Waldbühne“-Entscheidung des BGH wurde das Hausrecht dadurch umgangen, dass Kameraleute den Boxkampf von Bäumen filmten; heute ist insbesondere der Einsatz digitaler Techniken (Handykameras, etc.) zu bedenken.

¹²⁹ *Lochmann* (Fn. 80), S. 305.

¹³⁰ *Ohly* (Fn. 93), S. 113.

C. Stellung des Sportveranstalters im ausländischen Recht

I. Französisches Recht

Frankreich ist, soweit ersichtlich, das einzige europäische Land, das die Rechtsstellung des Sportveranstalters gesetzlich geregelt hat. Das dem Sportveranstalter dabei zuerkannte Leistungsschutzrecht gilt als „très important en pratique“¹³¹.

1. Hintergrund der Regelung

Im französischen Recht war lange Zeit umstritten, welche Rechte im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen bestehen und wer diese gegebenenfalls geltend machen kann¹³². Ein Schutz auf urheberrechtlicher Grundlage wurde von der ganz h.M. verneint: Weder sei die Sportveranstaltung ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk, noch ließe sich das (seit 1985 bestehende) Leistungsschutzrecht zugunsten der ausübenden Künstler analog anwenden. Ein dem deutschen „Hausrecht“ ähnlicher eigentumsrechtlicher Anspruch auf der Grundlage von Art. 544 CC galt als möglich, war im Einzelnen jedoch umstritten; zumindest war unklar, wem dieser Anspruch zustehen sollte.

Von der rechtlichen Problematik her hätte an sich ein wettbewerbsrechtlicher Schutz auf der Grundlage der deliktsrechtlichen Generalklausel in Art. 1382 CC nahe gelegen. Auf dieser Grundlage basiert der von der französischen Rechtsprechung entwickelte Schutz vor „concurrency déloyale“¹³³, zu dem wiederum als einer der Haupttatbestände die „concurrency parasitaire“ – und zwar auch ohne Hervorrufen von Verwechslungsgefahr – zählt. Allerdings setzt der Schutz vor „concurrency déloyale“ grundsätzlich voraus, dass es sich bei dem Übernehmenden um einen Mitbewerber handelt – was bei der im Mittelpunkt des Interesses stehenden Sachverhaltskonstellation, nämlich der ungenehmigten Fernsehübertragung, häufig nicht der Fall ist.

¹³¹ Caron, Anm. zu Cour de Cassation v. 17.3.2004, Comm.com.électr. 2004, S. 29.

¹³² Ausführlich dazu Henning-Bodewig, Die Kurzberichterstattung über Sportereignisse im französischen Recht, ZUM 1994, 454; Geiger, Droit d'auteur et droit du public à l'information, 2004, S. 278. Osterwalder (Fn. 80), S. 86.

¹³³ Vgl. Henning-Bodewig, in: Harte/Henning, UWG, Einl. E., Teil Frankreich.

1992 wurde in das Französische Parlament ein Gesetzesentwurf zum Schutz der sog. „créations réservées“ eingebracht, der ein gesetzliches Leistungsschutzrecht für jede wirtschaftlich verwertbare Leistung, die auf einer geistigen Arbeit beruht, vorsah¹³⁴. Nachdem dieser Gesetzesentwurf sich politisch nicht realisieren ließ, die mit der Fernsehübertragung von Sportereignissen zusammenhängenden Rechtsfragen jedoch einer raschen Klärung bedurften, entschloss sich der französische Gesetzgeber mit Gesetz von 13. Juli 1992 zu einer Regelung im Sportgesetz von 1984¹³⁵. Dies bot die Möglichkeit, auch die Rechtsinhaberschaft am „droit du sport“ und die Rechtsstellung der Sportler gesetzlich zu klären. Mit Änderungsgesetz vom 6. März 1998 wurde die Rechtsinhaberschaft erneut geregelt; mit Änderungsgesetz vom 1. August 2003 die bis dahin strittige Frage der Hörfunkübertragung geklärt¹³⁶.

Durch Ordonnance Nr. 2006/569 vom 23. Mai 2006¹³⁷ wurden die fraglichen Bestimmungen schließlich außer Kraft gesetzt und (überwiegend inhaltlich unverändert) in einen neuen „Code du Sport“ transferiert. Hier finden sie sich nunmehr in den Art. L. 333-1 bis 4 und Art. L. 333-7 bis 8.

2. Gegenstand des „droit d'exploitation“

Der „Code du Sport“ von 2006 regelt umfassend die „organisation et promotion des activités physiques et sportives“. Er enthält – wie bereits das Sportgesetz von 1984 – Vorschriften zur Förderung des Sports, zur Organisation der Verbände, zum Doping, zur Stellung der Sportler, etc.

Die Regelung in Art. L. 333 soll dabei vor allem einen Ausgleich des Spannungsverhältnisses von Exklusivrechten an Sportübertragungen einerseits und Informationsinteresse bzw. -bedürfnis andererseits schaffen. Die insofern maßgebliche Vorschrift

¹³⁴ Vgl. *Osterwalder* (Fn. 80), S. 88.

¹³⁵ Gesetz Nr. 84-610 v. 16.7.1984 (« Loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives »). Die Regelung im Sportgesetz wurde vielerorts als überraschend empfunden, da eine Regelung im Mediengesetz erwartet worden war.

¹³⁶ Zur Änderung von 2003 vgl. *Perlemuter/Ferla*, *Légipresse* 2003, Nr. 205, IV., S. 65.

¹³⁷ Abgedruckt in *Journal Officiel* vom 25.5.2006.

findet sich in Art. L. 333 – 1 bis 3 des „Code du Sport“ (der dem früheren Art. 18 Abs. 1 Sportgesetz von 1984 entspricht). Danach steht das Recht zur Verwertung einer Veranstaltung oder eines sportlichen Wettbewerbs dem Veranstalter („organisateur“) zu. Die einschlägigen Vorschriften seien hier des besseren Verständnisses wegen im Zusammenhang zitiert:

Art. L. 333-1. Les fédérations sportives, ainsi que les organisateurs de manifestations sportives mentionnées à l'article L. 331-5, sont propriétaires du droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent.

Toute fédération sportive peut céder aux sociétés sportives, à titre gratuit, la propriété de tout ou partie des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives organisées chaque saison sportive par la ligue professionnelle qu'elle a créée, dès lors que ces sociétés participent à ces compétitions ou manifestations sportives. La cession bénéficie alors à chacun de ces sociétés.

Art. L. 333-2 – Les droit d'exploitation audiovisuelle cédés aux sociétés sportives sont commercialisés par la ligue professionnelle dans des conditions et limites précisées par décret en Conseil d'Etat.

Cette commercialisation est effectuée avec constitution de lots, pour une durée limitée et dans le respect des règles de concurrence.

Art. L. 333-3. – Afin de garantir l'intérêt général et les principes d'unité et de solidarité entre les activités à caractère professionnel et les activités à caractère amateur, les produits de la commercialisation par la ligue des droits d'exploitation des sociétés sont répartis entre la fédération, la ligue et les sociétés.

La part de ces produits destinée à la fédération et celle destinée à la ligue sont fixées par la convention passée entre la fédération et la ligue professionnelle correspondante.

Les produits revenant aux sociétés leur sont redistribués selon un principe de mutualisation, en tenant compte de critères arrêtés par la ligue et fondés notamment sur la solidarité existante entre les sociétés, ainsi que sur leurs performances sportives et leur notoriété.

Art. L. 333-4. – Les fédérations sportives, les sociétés sportives et les organisateurs de manifestations sportives ne peuvent, en leur qualité de détenteur des droits d'exploitation, imposer aux sportifs participant à une manifestation ou à une compétition aucune obligation portant atteinte à leur liberté d'expression.

Art. L. 333-5. – L'accroissement d'actif résultant, pour les sociétés sportives bénéficiaires, de la cession des droits d'exploitation audiovisuelle prévenue à l'article L. 333-1 n'est pas pris en compte pour la détermination de leurs résultats imposables au titre de l'exercice où cette cession intervient. Les charges afférentes à l'accroissement d'actif de ces sociétés ne peuvent venir en déduction de leurs résultats imposables.

La cession par les fédérations sportives de leurs droits d'exploitation audiovisuelle prévue au deuxième alinéa du même est également sans incidence

sur les résultats qu'elles dégagent au titre de l'exercice au cours duquel intervient l'opération.

Von zentraler Bedeutung ist somit das „droit d'exploitation“. Nach der Entstehungsgeschichte ging es dabei in erster Linie um das Recht zur Fernsehübertragung. Der Wortlaut von Art. L. 335-1 „Code du Sport“ beschränkt sich jedoch hierauf nicht, sondern spricht ganz allgemein von dem „droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives“. Dies – und der Umstand, dass die Regelung nicht im Rundfunkrecht, sondern im Sportgesetz erfolgte – legte nahe, dass ganz allgemein sämtliche Verwertungsrechte, die mit Sportveranstaltungen zusammenhängen, erfasst sind¹³⁸. Ob diese Interpretation allerdings noch heute haltbar ist, erscheint fraglich. Denn Art. L. 333 des neuen „Code du Sport“ steht nunmehr ausdrücklich unter der Überschrift „retransmission des manifestations sportives“.

3. Begriff des „Veranstalters“

Ausführlich geregelt ist die Frage der Rechtsinhaberschaft. Rechtsinhaber ist der Veranstalter („organisateur“). Nach Art. L. 333-1 Code du Sport ist dies in erster Linie ein Sportverband („fédération“), wobei jeweils nur ein Verband einer Sportart zur Ausrichtung von Veranstaltungen, auf denen internationale, nationale oder regionale Titel vergeben werden oder eine Qualifikation zur Teilnahme an ihnen stattfindet, berechtigt ist. Das Recht kann gemäß Art. L. 333-1 Abs. 2 kostenlos an die Vereine abgetreten werden. Private Veranstalter sind zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen; gemäß Art. L. 331-5, 333-1 „Code du Sport“ kann auch „toute personne physique ou morale de droit privé ... qui organise une manifestation ...“ Veranstalter sein. Allerdings muss die Veranstaltung unter bestimmten Voraussetzungen (die teilnehmenden Sportler gehören einem Verband an, der ausgesetzte Gewinn überschreitet eine bestimmte Höhe etc.) durch den zuständigen Verband genehmigt worden. Faktisch kommen daher vor allem die staatlich anerkannten Monopolsportverbände als Ver-

¹³⁸ Vgl. *Geiger* (Fn. 133), S. 279, der zu Recht auf „le flou du texte“ hinweist. Die Cour de Cassation hat mit Urteil vom 17.3.2004, Comm.com.électr. 2004, S. 29 (auf der Grundlage von Art. 18 des Sportgesetzes 1984) ein Recht des Veranstalters zur Verwertung von Fotos bejaht; auch *Caron* spricht in der Anm. zu diesem Urteil von „toute forme d'exploitaiton“ (nennt dann allerdings Fernsehen, Radio, Internet und warnt vor einer Überdehnung des Rechts).

anstalter in Betracht, was jedoch nicht ausschließt, dass auch die Veranstaltereigenschaft Dritter bei „inoffiziellen“ Sportveranstaltungen eine Rolle spielen kann¹³⁹.

4. Schranken des „droit d'exploitation“

Mindestens ebenso wichtig wie die grundsätzliche Zuerkennung des Nutzungsrechts an den Veranstalter (und die Festlegung des Veranstalterbegriffs) war es dem französischen Gesetzgeber, die Schranken der Rechtsausübung festzulegen. Denn Ziel der 1992 erfolgten Neuregelung war nicht nur, das bis dahin umstrittene Recht des Veranstalters von Sportereignissen auf eine rechtlich sichere Grundlage zu stellen, sondern vor allem, die noch umstritteneren Schranken dieses Rechts zu kodifizieren¹⁴⁰.

So war unmittelbarer Anlass der Regelung der Streit darum, inwieweit Dritte trotz Einräumung von „Exklusivrechten“ ein Sportereignis im Fernsehen übertragen dürfen. Gemäß Art. L. 333-6 bis 8 „Code du Sport“ (dem früheren Art. 18 Abs. 2 des Sportgesetzes von 1984) darf die Einräumung exklusiver Verwertungsrechte an ein Rundfunkunternehmen grundsätzlich kein Hindernis für die Information der Öffentlichkeit durch andere Rundfunkunternehmen darstellen. Weder der Veranstalter des Sportwettkampfes noch der Erwerber der ausschließlichen Nutzungsrechte kann sich dagegen wehren, dass dritte Rundfunkunternehmen im Rahmen von Informationssendungen kurze, frei gewählte Ausschnitte kostenlos ausstrahlen, sofern dabei das über die Exklusivität verfügende Rundfunkunternehmen hinreichend identifiziert wird¹⁴¹. Durch die Neuregelung von 2003 wurde klargestellt, dass diese Regelung nicht für die Hörfunkübertragung gilt, die grundsätzlich frei und kostenlos ist¹⁴².

¹³⁹ S. die in der vorherigen Fn. zitierte Entscheidung der Cour de Cassation, die eine privat (durch das Unternehmen Andros) organisierte Veranstaltung („Trophée Andros“) betraf.

¹⁴⁰ Vgl. *Henning-Bodewig*, ZUM 1994, S. 456, 457, Fn. 16.

¹⁴¹ Zur Interpretation der relativ vagen Begriffe s. *Henning-Bodewig*, ebenda. Nach einer neueren Entscheidung des Tribunal de grande instance de Nanterre, *Légipresse* No. 206, 2003, 173 ist jedenfalls eine „retransmission massive d'extraits de football“ nicht hiervon gedeckt.

¹⁴² Dazu *Geiger* (Fn. 133), S. 279 und *Perlmutter/Ferla* (Fn. 137).

Geregelt ist weiter der freie Zugang Dritter zu Sportveranstaltungen. Nach Art. L. 333-6 „Code du Sport“ kann weder der Veranstalter des Sportwettkampfes noch derjenige, der von ihm das ausschließliche Recht der kommerziellen Verwertung erworben hat, Journalisten oder Rundfunkzugehörigen den freien Zugang verwehren. Allerdings hat die Cour de Cassation¹⁴³ die kommerzielle Verwertung von Fotos, die anlässlich des Sportereignisses gemacht wurden (im konkreten Fall als Werbung für ein anderes Event) als gegen das Veranstalterrecht verstoßend angesehen. Dabei muss es sich jedoch um „clichés réalisés à cette occasion“ handeln, was nicht zutrifft, wenn die Fotos bei der Vorbereitung zum Event oder danach gemacht wurden¹⁴⁴.

Geregelt ist schließlich die Rechtsstellung der Sportler, die an der fraglichen Veranstaltung teilnehmen. Ihnen darf nach Art. L. 333-4 „Code du Sport“ keine Verpflichtung auferlegt werden, die ihr Recht auf freie Meinungsäußerung einschränken könnte (wohl jedoch das Recht zu ihrer wirtschaftlichen Betätigung, das häufig nicht davon trennbar ist).

5. Rechtsnatur des „droit d'exploitation“

Im französischen Recht sind die Rechte des geistigen Eigentums im „Code de la Propriété Intellectuelle“ zusammengefasst. Der „Code du Sport“ zählt ebenso wenig dazu wie das Sportgesetz von 1984. Er nimmt auch keinerlei Bezug auf das geistige Eigentum. Gleichwohl handelt es sich bei dem dem Veranstalter eingeräumten „droit d'exploitation“ nach vorherrschender Meinung um ein echtes Immaterialgüterrecht in Form eines Leistungsschutzrechts¹⁴⁵. Die Verletzung dieses Rechts stellt ein rechtswidriges fehlerhaftes Verhalten („faute“) i.S.v. Art. 1382 CC dar, ebenso wie die Verletzung des dem Veranstalter zustehenden Bildrechts etc.¹⁴⁶. Die Folge ist in der Regel Schadensersatz, wobei auch „das übliche Entgelt“ für die ungestattete Benutzung verlangt werden kann.

¹⁴³ Fn. 139.

¹⁴⁴ So. insbesondere *Caron* (Fn. 132). Weitergehend offenbar Tribunal commercial de Nanterre v. 12.12.2002; *Comm.com.électr.* 2003, comm. 14.

¹⁴⁵ Zum Meinungsstand in der französischen Literatur *Geiger* (Fn. 133), S. 280.

¹⁴⁶ Vgl. die Entscheidung der Cour de Cassation v. 17.3.2004 (Fn. 139).

II. Brasilianisches Recht

Auch Brasilien kennt eine zusammenhängende Regelung des Sports, die sich u.a. mit dem Recht des Sportveranstalters beschäftigt. Welche Bedeutung sie in der Praxis hat, ist schwer ausmachbar.

1. Hintergrund der Regelung

Bereits das brasilianische Urhebergesetz (Gesetz Nr. 5.988 vom 14.12.1973)¹⁴⁷ enthielt in Art. 100 eine Regelung, die sich speziell mit der Veranstaltung von Sportereignissen beschäftigte. Dieses sog. „direito da arena“ gewährte den juristischen Personen des Sports das Recht zur Aufzeichnung und Übertragung von Bildern der Veranstaltung. Es regelte zugleich die Schranken dieses Rechts im Hinblick auf das Informationsbedürfnis Dritter sowie die Interessen der beteiligten Profisportler. Der Begriff „Arenarecht“ wurde dabei von der brasilianischen Literatur¹⁴⁸ in doppelter Hinsicht gebraucht: Als Kurzbezeichnung für das Recht des Sportveranstalters und als Kurzbezeichnung für die Rechtsstellung des Profisportlers (im Verhältnis zum Sportveranstalter).

1998 wurde Art. 100 UrhG – in modifizierter Form – in das neu geschaffene Sportgesetz Nr. 9.615 vom 25.3.1998 transferiert. Dieses als „Lei Pelé“ bezeichnete Gesetz regelt umfassend alle Fragen des Sports. Das „Arenarecht“ ist nunmehr in Art. 42 des 5. Kapitels, der sich mit Profisport beschäftigt, zu finden.

Ergänzend gilt auch in Brasilien das Recht des geistigen Eigentums und das Recht des unlauteren Wettbewerbs. Während ersteres (nicht zuletzt wegen der durch das Gesetz Nr. 9.279 vom 14.5.1996 über das geistige Eigentum erfolgten Anpassung an TRIPS) gut ausgebildet ist, ist das brasilianische Lauterkeitsrecht relativ unterentwi-

¹⁴⁷ Übersetzung in *Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert*, Quellen des Urheberrechts, Bd. 1, Brasilien I.

¹⁴⁸ *Antonio Chavez*, Direitos Conexos, 1999, S. 806.

ckelt, jedenfalls nicht dem deutschen Wettbewerbsrecht vergleichbar¹⁴⁹. So enthält das Gesetz Nr. 9.279 über das gesetzliche Eigentum vom 14.5.1996 in Art. 195 zwar bestimmte Wettbewerbsdelikte, wie das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, Rufschädigung, Verletzung von Betriebsgeheimnissen etc. Diese sind jedoch strafrechtlich sanktioniert und setzen Vorsatz und regelmäßig ein Wettbewerbsverhältnis voraus. Einige weitere dem Unlauterkeitsrecht (nach deutschem Verständnis) zuzuordnenden Vorschriften wurden 1990 in das sog. Verbraucherschutzgesetz Nr. 8.078 vom 11. September 1990 (CDC) überführt. Der CDC regelt Praktiken wie die irreführende Werbung etc., ist jedoch auf Rechtsgeschäfte mit dem Endverbraucher beschränkt. Zuständig zur Rechtsdurchsetzung sind sowohl die Verwaltung (Art. 55-60) und bei Straftaten die Staatsanwaltschaft (Art. 61-80) als auch die betroffenen Verbraucher (Art. 81-104) und die Verbraucherverbände (Art. 107).

Diese Aufspaltung im Zusammenhang mit der in Brasilien ohnehin nur zögerlichen Ausbildung lauterkeitsrechtlicher Regeln hat zur Folge, dass Klagen Privater gegen unlautere Praktiken, zum Beispiel gegen die parasitäre Ausnutzung fremder Leistungen, kaum vor die Gerichte gelangen¹⁵⁰. Inwieweit es möglich ist, sich insofern auf Art. 10^{bis} PVÜ zu berufen, der nach brasilianischem Verständnis die Regelungen ergänzt und unmittelbar anwendbar ist, ist daher unklar. Gerichtsentscheidungen hierzu sind jedenfalls nicht bekannt, wobei zu bedenken ist, dass Rechtsstreitigkeiten im Wirtschaftsrecht ohnehin selten sind.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die brasilianische Werbewirtschaft (CONAR) im Kodex zur Selbstregulierung im Werbewesen vom 5.5.1980 eine Regelung des missbräuchlichen Marketings aufgenommen hat. In Art. 31 werden unberechtigte Praktiken durch Trittbrettfahrer oder „aus dem Hinterhalt“ verboten. Diese Regelung ist freilich nicht bindend. Sie scheint jedoch die Grundlage für ein rechtliches Vorgehen gegen „Trittbrettfahrer“, die Exklusivsponsorenverträge stören, zu sein¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ausführlich dazu von *Bernreuth*, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht im Mercosul, 2004.

¹⁵⁰ In der Literatur wird ein derartiger Rechtsschutz lediglich von *Ascensão Oliveira*, *Direito Autoral*, 1997, S. 504 diskutiert.

¹⁵¹ Nach einem Bericht der Zeitung „Valor Economico“ vom 11.7.2006 (abrufbar über Lexisnexis) soll das Organisationskomitee der Pan-Amerikanischen Spiele ein Marketing-Team zusammengestellt haben, dessen Juristen bereits ein Jahr vor Beginn der Spiele 100 Abmahnungen zugestellt haben. Dabei ging es offenbar um die Exklusivität von Sponsorenverträgen. Nur einer dieser Fälle wird nun gerichtlich geklärt, im Übrigen wurden die Maßnahmen eingestellt.

2. Gegenstand des „Arenarechts“

Art. 42 des „Lei Pelé“ lautet:

„Art. 42. Den juristischen Personen des Sports steht das Recht zu, die Aufzeichnung, Übertragung oder Wiedergabe von Bildern der Veranstaltung oder den Ereignissen, an denen sie teilnehmen, zu vereinbaren, zu genehmigen oder zu verbieten.“

Das „Arenarecht“ ist somit auf die Übertragung von Bildern der Veranstaltung beschränkt, bezieht sich mithin auf die audiovisuellen Übertragungsrechte. Es umfasst dem Wortlaut nach weder die Hörfunkübertragung noch andere Rechte, die mit der Veranstaltung im Zusammenhang stehen. Diese können nur auf allgemeiner Grundlage geltend gemacht werden, also möglicherweise über das Hausrecht, das Markenrecht oder das relativ wenig ausgeprägte brasilianischen Lauterkeitsrecht. In der portugiesischen Literatur wird zwar vereinzelt die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Veranstalterrechts vertreten¹⁵²; diese Auffassung hat sich jedoch offenbar auch in Brasilien nicht durchgesetzt.

3. Der Begriff des Veranstalters

Nach Art. 42 steht das sog. „Arenarecht“ den juristischen Personen des Sports zu. In der Literatur – Rechtsprechung gibt es hierzu, soweit ersichtlich, nicht – wird es der Heimmannschaft bzw. dem Heimverein zugeordnet¹⁵³. Inwieweit dies auf Verbände zutrifft, ist rechtlich unklar, wird in der Praxis jedoch offenbar bejaht.

¹⁵² Ascensão Oliveira, GRUR Int. 1991, 20.

¹⁵³ Ascensão Oliveira, ebenda.

4. Schranken des „Arenarechts“

Besonderes Gewicht haben die im Zusammenhang mit dem „Arenarecht“ gesetzlich geregelten Schranken.

- Gemäß Art. 42 § 1 hat der Veranstalter mindestens 20 % des Genehmigungsentgelts (für die audiovisuellen Übertragungsrechte) zu gleichen Teilen an die Profisportler zu verteilen.
- Gemäß § 2 ist die Darstellung von Sportereignissen, die ausschließlich journalistischen oder Bildungszwecken dient und deren Dauer insgesamt 3 % der vorgesehenen Veranstaltungszeit nicht übersteigt, nicht vom „Arenarecht“ erfasst.
- Gemäß § 3 stehen die Zuschauer (entgeltlicher) Sportereignisse den Verbrauchern im Verbraucherschutzgesetz Nr. 8.078 vom 11.9.1990 gleich.

Im Mittelpunkt des Interesses (und der bisher bekannt gewordenen Streitigkeiten) steht regelmäßig § 2, d.h. die Regelung der prozentualen Beteiligung der Sportler. In rechtlicher Hinsicht geht es dabei um das Verhältnis des Sportveranstalterrechts zum Recht des Sportlers am eigenen Bild. Das „Arenarecht“ wird als auf die Veranstaltung selbst beschränktes Recht zur Bildnutzung angesehen, wobei das Recht des Sportlers am eigenen Bild durch die 20 %-Klausel in Art. 42 § 1 n.F. abgegolten gilt¹⁵⁴. Hieraus folgt (worauf insbesondere die Literatur hingewiesen hat), dass die Übertragung von Veranstaltungen mit freiem Eintritt, die von Art. 100 UWG a.F. nicht erfasst waren, aufgrund des Rechts des Sportlers am eigenen Bild weiterhin genehmigungspflichtig sind.

5. Rechtsnatur des „Arenarechts“

Die ursprüngliche Regelung des Arenarechts in Art. 100 UrhG von 1973 war Teil der Regelung der verwandten Schutzrechte. Das „Arenarecht“ war also als verwandtes Schutzrecht geregelt und stand in engem Zusammenhang mit vergleichbaren Ver-

¹⁵⁴ Ständige Rechtsprechung des Obersten Zivilgerichts (STJ), AZ 1994/0009355-1; 1996/0073314-7, 1997/001725-0.

wertungssituationen¹⁵⁵. Es stellte daher ein eigenes Leistungsschutzrecht des Veranstalters (bezüglich der audiovisuellen Übertragungsrechte) dar. Allerdings wurde auch das Recht des Sportlers am eigenen Bild (in seiner durch § 1 konkretisierten Fassung) als „dirito da arena“ bezeichnet.

An der Einordnung als absolut wirkendes Leistungsschutzrecht hat sich durch die Transferierung der Vorschrift in das „Lei Pelé“ nichts geändert. Nach alter wie neuer Rechtslage ist das „Arenarecht“ systematisch sowohl als gegenüber Dritten wirkenden Regelung der audiovisuellen Verwertung der Sportveranstaltung anzusehen als auch als Regelung des Rechts am Bild, das den einzelnen Spielern zusteht (und das teilweise durch die 20 %-Regelung abgegolten wird).

¹⁵⁵ Kapitel 2/95 ff. a.F. – Bühnenaufführungen, Kapitel 3 Art. 99 a.F. - Radiosendungen sowie der Ausnahmeregelung in Art. 42 § 2 für kurze Berichterstattungen.

2. Teil: Argumente für und gegen die Schaffung eines Leistungsschutzrechts für Sportveranstalter

A. Fragestellung

Wie die Darstellung im ersten Teil gezeigt hat, sind die im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen erbrachten Leistungen nach geltendem Recht als solche nicht schutzfähig¹⁵⁶. Das „Veranstalterrecht“ ist in Wahrheit ein Konglomerat von Rechtspositionen, die auf hausrechtlichen Befugnissen, wettbewerbsrechtlichen Abwehrensprüchen und vertragsrechtlichen Abmachungen beruhen¹⁵⁷. Auch dabei handelt es sich jedoch um Hilfskonstruktionen, die am eigentlichen Problem vorbeigehen. Besonders deutlich wird dies bei den Versuchen, ungenehmigte Rundfunkübertragungen über das sog. Hausrecht zu verbieten: Das aus dem Eigentum/Besitz abgeleitete Hausrecht zielt darauf ab, unerwünschte Personen am Betreten eines räumlich-gegenständlichen Bereichs zu hindern. Dieser Aspekt ist dem Sportveranstalter jedoch jedenfalls in diesem Zusammenhang¹⁵⁸ gleichgültig: Ihm geht es nicht darum, bestimmten Personen das Betreten des Veranstaltungsorts zu verbieten, sondern vielmehr darum, die parasitäre Ausbeutung der eigenen Leistungen durch diese Personen zu unterbinden – und zwar unabhängig davon, ob diese nun im, neben oder außerhalb des Veranstaltungsorts erfolgt.

Auch wenn die Praxis vom „Veranstalterrecht“ spricht, gibt es ein derartiges Recht also in Wahrheit nicht. Andererseits ist es nicht so, dass das deutsche Recht grundsätzlich Leistungsschutzrechten im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Ereignissen ablehnend gegenüberstünde; z.B. billigt § 81 UrhG dem Veranstalter künstlerischer Leistungen ein derartiges Recht zu.

¹⁵⁶ Zu den Versuchen eines umfassenden Schutzes auf der Grundlage des Lauterkeitsrechts - die von der h.M. zu Recht abgelehnt werden -, ausführlich auch unten, B.V.

¹⁵⁷ So auch *Helbig* (Fn. 80), S. 223; *Lochmann* (Fn. 80), S. 9:

¹⁵⁸ Sinn macht das Hausrecht demgegenüber, wenn es um das Fernhalten von Besuchern ohne Eintrittskarte oder Störenfrieden (Hooligans etc.) geht. Es versagt allerdings auch hier, wenn es an einem räumlich gesicherten Veranstaltungsort fehlt.

De lege ferenda fragt sich daher, ob die bestehende Rechts- und Interessenlage ein ähnliches Leistungsschutzrecht auch zugunsten von Sportveranstaltern zulässt oder gar fordert. Konkret ginge es um ein gesetzlich verankertes Leistungsschutzrecht, das immaterialgüterrechtlich ausgestaltet ist, also Schutz auch gegen Dritte bietet und ein eigenes positives Benutzungsrecht gibt¹⁵⁹. Prüfstein hierfür wäre, ob Klagemöglichkeiten gegen Dritte bestehen, ob das Recht insolvenzfest ist und Sukzessionschutz genießt¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Zur Abgrenzung der Leistungsschutzrechte von den IP-Rechten s. oben, Fn. 42. Einer scharfen Trennung bedarf es nicht: Entscheidend ist, dass es sich um ein Ausschließlichkeitsrecht in dem oben genannten Sinne handelt.

¹⁶⁰ Zu diesen Aspekten insbesondere *Helbig* (Fn. 80).

B. Ausgangssituation im Recht des geistigen Eigentums

I. Vorgaben des europäischen Rechts

Das EU-Recht würde der Schaffung eines derartigen nationalen Rechts nicht entgegenstehen. Wie oben erörtert¹⁶¹, ist der Gemeinschaftsgesetzgeber zwar zur Regelung der Rechte des geistigen Eigentums berechtigt und hat diese Kompetenz auch in den meisten Bereichen ausgeübt. Eine Regelung der Rechtsstellung des Veranstalters von Sportereignissen ist auf Europäischer Ebene jedoch bislang nicht erfolgt. Die Schaffung und Ausgestaltung eines diesbezüglichen Eigentumsrechts fällt daher in die Kompetenz der Mitgliedstaaten (Art. 259 EG). Diese Kompetenz ist auch nicht durch ein indirektes Regelungsverbot für den nationalen Gesetzgeber eingeschränkt: Weder gibt es in europarechtlicher Hinsicht Vorgaben für einen (nationalen) numerus clausus der IP-Rechte, noch wäre das hier zu diskutierende Recht durch ein bereits auf Gemeinschaftsebene geregeltes Recht des geistigen Eigentums – etwa die Datenbankrichtlinie – präkludiert.

Gleichwohl spielt das Gemeinschaftsrecht auch bei der Schaffung neuer Leistungsschutzrechte durch die Mitgliedstaaten eine große Rolle. Dem Gemeinschaftsrecht sind nämlich deutliche Hinweise dafür zu entnehmen, welche Aspekte bei der Ausübung nationaler Rechte unter dem Blickwinkel der Grundfreiheiten (Art. 28, 49 EG) und des Kartellverbots (Art. 80, 81 EG) zu beachten sind. Da jedoch Inhalt und Ausübung von Rechten kaum trennbar sind, ist es nicht nur zweckmäßig, sondern notwendig, diese Vorgaben bereits bei der Schaffung neuer nationaler Eigentumsrechte zu berücksichtigen¹⁶². Es ist jedenfalls von vornherein EU-konformes Recht zu schaffen, das einer Überprüfung durch den EuGH standhält.

Innerhalb dieser – a priori zu beachtenden – Grenzen steht es dem nationalen Gesetzgeber jedoch frei, ob und welche neuen Eigentumsrechte er schafft. Eine Ver-

¹⁶¹ Teil 1, A.

¹⁶² Ausführlich oben, Teil 1, A.IV.

pflichtung zur Beibehaltung des status quo, die zu einer Zementierung der bestehenden Eigentumsordnung führen würde, besteht nicht¹⁶³.

II. Faktische Einengung des Spielraums für die Schaffung neuer IP-Rechte

Die Schaffung neuer Eigentumsrechte ist daher vor allem eine Frage der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit. Faktisch ist der dem nationalen Gesetzgeber dabei zustehende Spielraum jedoch gerade im Bereich des geistigen Eigentums stark eingeschränkt. Da die meisten im Zusammenhang mit geistigen Leistungen und Investitionen stehenden Konstellationen, die nach allgemeiner Auffassung Schutz verdienen, bereits durch Ausschließlichkeitsrechte abgedeckt sind – also insbesondere durch das Patent-, Marken-, Urheber- und Designrecht –, bedarf es eines erheblichen Begründungsaufwands, um den rechtspolitischen Nutzen neu zu schaffender Ausschließlichkeitsrechte zu rechtfertigen. Am ehesten wird dies noch bei einer geänderten Sach- oder Rechtslage gelingen, etwa wenn neue Technologien (wie Internet) neue Schutzmechanismen erfordern, oder wenn sich die Rechtslage ändert, z.B. durch einen Wandel der Rechtsprechung oder die Aufhebung oder Änderung von Gesetzen, die das bestehen gebliebene Regelungswerk in eine Schiefelage bringen¹⁶⁴. Ist dies nicht der Fall, und ist der fragliche Sachverhalt auch nicht im Wege der Analogie unter die bestehenden Gesetze subsumierbar, so liegt die Frage nahe, ob sich hieraus nicht im Umkehrschluss ein Indiz für die bewusste und gewollte Nicht-Schutzfähigkeit der fraglichen Leistung ergibt.

Wesentlich mehr Spielraum besteht freilich dann, wenn es nicht um die Schaffung völlig neuer Ausschließlichkeitsrechte, sondern um die Neufassung oder Umgestaltung bestehender Rechtspositionen geht¹⁶⁵. Der Gedanke der Rechtssicherheit und

¹⁶³ Dies gilt auch dann, wenn nationale Sonderwege beschritten werden. Auf dem hier interessierenden Gebiet hat der deutsche Gesetzgeber z.B. ein Leistungsschutzrecht zugunsten des Veranstalters künstlerischer Darbietungen (§ 81 UrhG) eingeführt, während der französische Gesetzgeber dem Veranstalter von Sportereignissen ein eigenes Recht zugesteht – in beiden Fällen, obgleich derartige Rechte in anderen Mitgliedstaaten nicht existieren.

¹⁶⁴ Zum Beispiel hat die 2001 erfolgte Aufhebung von RabattG und ZugabeVO zur Neufassung des UWG (2004) geführt.

¹⁶⁵ Insofern ist das weite Verständnis der „property rights“ im angloamerikanischen Recht von Bedeutung, dem in verfassungsrechtlicher Hinsicht auch das BVerfG nahesteht; vgl. die Ausführungen oben in Teil 1, A.III.1.

der Rechtsdogmatik kann es erfordern, dass eine geänderte Sachlage berücksichtigt, neue Erkenntnisse in Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen oder eine dogmatisch unbefriedigende Situation dadurch beendet wird, dass bestehende Schutzmöglichkeiten umgestaltet, neu gefasst oder klargestellt werden¹⁶⁶.

III. Verhältnis Wettbewerbsfreiheit / IP-Rechte

Grundsätzlich gibt es also zwar keinen *numerus clausus* der Rechte an geistigem Eigentum¹⁶⁷, wohl jedoch eine Vermutung dafür, dass die *de lege lata* nicht erfassten Sachverhalte vom Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit gedeckt sind. Zurückzuführen ist dies auf das Verhältnis von Wettbewerbsfreiheit einerseits und Beschränkung dieser Wettbewerbsfreiheit andererseits. Auch wenn das Grundgesetz wettbewerbspolitisch neutral ist, ist nach ganz h.M. einer der tragenden Grundsätze des Wirtschaftsrechts der Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit¹⁶⁸. Die Wettbewerbsfreiheit soll dabei nur soweit wie notwendig eingeschränkt werden, wobei Monopole als die wohl gravierendste Form der Einschränkung gelten. Die Rechte des geistigen Eigentums einschließlich sog. Leistungsschutzrechte sind jedoch Ausschließlichkeitsrechte, die zu einer befristeten Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit führen, d.h. zu zeitlich beschränkten Monopolen. Ausschließlichkeitsrechte sind deshalb nur dann vertretbar, wenn sie zur Erzielung der mit dieser „Monopoleinräumung“ beabsichtigten Wirkung erforderlich sind.

Im Ergebnis bedarf es daher einer besonderen Rechtfertigung für die Schaffung (neuer) Eigentumsrechte auf dem Gebiet des geistigen Eigentums oder des Schutzes von Investitionen. Gelingt sie nicht, so ist vom Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit

¹⁶⁶ Zum Beispiel hat der deutsche Gesetzgeber den Erlass eines neuen Markengesetzes dazu benutzt, um die zuvor im oder über das UWG gelösten Problemkreise der geographischen Herkunftsangaben und des Schutzes bekannter Marken gegen Rufausbeutung in das Markenrecht zu integrieren.

¹⁶⁷ Ausführlich dazu *Ohly* (Fn. 93), S. 10. Die Frage ist nicht unumstritten; einen *numerus clausus* für Immaterialgüterrechte bejaht z.B. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 9.

¹⁶⁸ Dies folgt unmittelbar aus den Grundsätzen des GWB und – auf europäischer Ebene – Art. 81, 82 EG.

auszugehen, einschließlich der Freiheit, fremde Leistungen auszunutzen und nach-zuzahlen¹⁶⁹.

IV. Lückenfüllende Funktion des Lauterkeitsrechts

Bei der für die Schaffung neuer Ausschließlichkeitsrechte erforderlichen Rechtferti-gung sind nicht nur die bestehenden Rechte des geistigen Eigentums, sondern auch das sonstige damit zusammenhängende Rechtssystem zu berücksichtigen. Hierzu zählt vor allem das Lauterkeitsrecht – in Deutschland also das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) von 2004 –, das jedenfalls teilweise die Rechte des geistigen Eigentums ergänzt. Rechtstheoretisch besteht zwar ein Unterschied inso-fern, als die IP-Rechte als Ausschließlichkeitsrechte eine Marke, Erfindung etc. als solche schützen, während beim Lauterkeitsrecht nach herrschender Meinung der Schutz vor bestimmten Wettbewerbshandlungen im Vordergrund steht¹⁷⁰. Gleichwohl wird auch in rechtsdogmatischer Hinsicht das enge Verhältnis beider Materien be-tont, z.B. in der von Ulmer¹⁷¹ entwickelten „Bestandteilstheorie“, nach der das Mar-kenrecht ein Teil des Wettbewerbsrechts ist und in dem Umstand, dass auf internati-onaler Ebene die Pariser Verbandsübereinkunft in Art.10^{bis} das Recht des unlauteren Wettbewerbs zum gewerblichen Rechtsschutz zählt.

Die Nähe des Lauterkeitsrechts zu den IP-Rechten ist jedenfalls unverkennbar; zu-mindest gibt es Überlappungen¹⁷². So basieren auch die IP-Rechte (insbesondere das Markenrecht) teilweise auf wettbewerbsrechtlichen Überlegungen¹⁷³, während

¹⁶⁹ Vgl. dazu etwa *Schünemann*, in: Harte/Henning (Hrsg.), UWG, Kommentierung zu § 1 UWG.

¹⁷⁰ Dazu bereits ausführlich oben, Teil 1, B.III., IV.

¹⁷¹ *Ulmer*, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932.

¹⁷² Dies gilt auch heute noch, obwohl sich Lauterkeitsrecht und Geistiges Eigentum in den letzten Jahrzehnten (durch die Öffnung des Lauterkeitsrechts für Verbraucherschutz und Allgemeininter-essen einerseits und die zunehmenden Besonderheiten der IP-Rechte andererseits) auseinan-der entwickelt haben. Wie ungelöst die Abgrenzungsprobleme nach wie vor sind, zeigt die ge-rade in jüngster Zeit wieder aufgeflamte Diskussion um die Anwendung des UWG auf mar-kenrechtliche Sachverhalte.

¹⁷³ Zum Beispiel stellt der Markenverletzungstatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auf die unlautere Rufausbeutung ab.

das Lauterkeitsrecht seinerseits (auch) immaterialgüterrechtliche Betrachtungen anstellt und dem Investitionsschutz dient¹⁷⁴.

Besonders deutlich zeigt sich die Verzahnung von IP-Rechten und Lauterkeitsrecht beim sog. ergänzenden Leistungsschutz, § 4 Nr. 9 UWG, der mit der (von der Rechtsprechung geforderten) Voraussetzung der „wettbewerblichen Eigenart“ und dem Merkmal der Herkunftstäuschung (im wichtigsten Tatbestand des § 4 Nr. 9a UWG) den Rechten des Immaterialgüterrechts ähnelt¹⁷⁵. Die Nähe beider Materien gelangt weiter bei Postulat der sog. lückenfüllenden Funktion des Lauterkeitsrechts zum Ausdruck. Nicht selten werden Rechtspositionen, die keinen sondergesetzlichen Schutz genießen, deren Nicht-Schutz jedoch als unangemessen empfunden wird, zunächst „provisorisch“ – d.h. bis zum Eingreifen des Gesetzgebers – über das Lauterkeitsrecht geschützt. Dieser Schutz ist dann zwar formal als Abwehrrecht gegen eine bestimmte Handlung konzipiert, trägt jedoch bereits deutlich immaterialgüterrechtliche Züge¹⁷⁶, z.B. indem er an eher formale Voraussetzungen geknüpft oder nur zeitlich befristet gewährt wird (Amortisierungsgedanke).

In der Vergangenheit ist ein zunächst nur lauterkeitsrechtlich gewährter Schutz wiederholt später immaterialgüterrechtlich geregelt worden. Als Beispiel seien hier nur genannt der Schutz von Modeneuheiten, Pflanzensorten, Datenbanken, Computerprogrammen, oder bekannten Marken. Der von Rechtsprechung und Literatur zunächst über das UWG gewährte Schutz war hier also eine Art Vorstufe zu den Immaterialgüterrechten¹⁷⁷.

Hingewiesen sei freilich auch darauf, dass sich das Zusammenspiel Lauterkeitsrecht/IP-Rechte nach dem neuen UWG von 2004 geändert hat; die Bedeutung der Schrittmacher-Funktion¹⁷⁸ des UWG zurückgegangen ist¹⁷⁹. Diese wurde im frühe-

¹⁷⁴ Zum Investitionsschutzgedanken im Lauterkeitsrecht insbesondere *Hilty*, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001; weiter *Hilty*, „Leistungsschutz“ – made in Switzerland? Klärung eines Mißverständnisses und Überlegungen zum allgemeinen Schutz von Investitionen, in: FS Ullmann, 2006, S. 637, 639.

¹⁷⁵ Ausführlich dazu *Sambuc*, in: Harte/Henning, UWG, Kommentierung zu § 4 Nr. 9 UWG;

¹⁷⁶ Vgl. auch BGH, GRUR 1990, 702, 705 – „Sportveranstaltungen“.

¹⁷⁷ Dazu auch *Ohly* (Fn. 93), S. 111.

¹⁷⁸ So bereits *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980, S. 40.

ren Recht durch die sehr offene Generalklausel des §1 UWG a.F. begünstigt, die die Hauptgrundlage des lauterkeitsrechtlichen Schutzes darstellte. Infolge des Funktionswandels des Lauterkeitsrechts und der geänderten Systematik (Erläuterung der Generalklausel durch zahlreiche Beispielfälle) ist die Rechtsprechung hinsichtlich „innovativer Neuschöpfungen“ auf der Grundlage der Generalklausel heute weitaus eingeschränkter als früher¹⁸⁰. Der „ergänzende Leistungsschutz“ ist nunmehr in § 4 Nr. 9 UWG gesetzlich geregelt und an die dort genannten Voraussetzungen geknüpft. Nicht genannte Leistungsübernahmen, etwa die parasitäre Ausbeutung fremder Leistungen ohne Verwechslungsgefahr, können zwar theoretisch über die Generalklausel des § 3 UWG verhindert werden; praktisch dürfte dies jedoch kaum Erfolg haben¹⁸¹.

V. Neue Leistungsschutzrechte durch die Rechtsprechung?

Da die Einräumung neuer Ausschließlichkeitsrechte auf dem Gebiet des geistigen Eigentums der besonderen Rechtfertigung bedarf, ist schließlich noch zu klären, ob ein Eingreifen des Gesetzgebers deshalb entbehrlich ist, weil die Gerichte den angestrebten Schutz auch ohne sondergesetzliche Grundlage gewähren könnten. Konkret stellt sich die Frage, ob es den Gerichten *de lege lata* möglich ist, ein neues originäres Immaterialgüterrecht, das die Leistung des Sportveranstalters als solche zum Gegenstand hat, auch ohne gesetzliche Regelung „anzuerkennen“.

Bereits oben (Teil 1) wurde dargestellt, dass die h.M. diesen Versuchen ablehnend gegenübersteht. Eingegangen werden soll an dieser Stelle jedoch noch einmal kurz auf den Vorschlag von *Lochmann*, ein immaterialgüterrechtliches Leistungsschutzrecht bereits *de lege lata* auf der Grundlage von § 3 UWG zu begründen¹⁸². Er liegt

¹⁷⁹ Die dogmatischen Auswirkungen des neuen UWG insbesondere auf diesen Aspekt sind noch vergleichsweise wenig erforscht; vgl. jedoch z.B. *Schünemann*, WRP 2004, 925.

¹⁸⁰ Dies verkennt z.B. *Lochmann* (Fn. 80), der dem Funktionswandel des UWG kaum Rechnung trägt; dieser findet auch bei *Ohly* (Fn. 93) relativ wenig Beachtung..

¹⁸¹ Dies zeigt deutlich die neuere Rechtsprechung des BGH, die zwar nicht grundsätzlich zum Schutz auf der Grundlage von § 3 UWG Stellung nimmt, jedoch eine deutliche Zurückhaltung erkennen lässt; s. auch oben, Fn. 113.

¹⁸² *Lochmann* (Fn. 80), S. 304; nicht ganz eindeutig *Ohly* (Fn. 93), der sich gegen die These vom *numerus clausus* der IP-Rechte wendet und nicht jede Lückenfüllung durch die Rechtsprechung

insofern nahe, als – wie gleichfalls oben erörtert – die Grenze zwischen Lauterkeitsrecht und Sondergesetzen gerade beim Investitionsschutz fließend ist. Auch ist nicht zu verkennen, dass die Generalklausel des UWG ein Höchstmaß an Flexibilität bietet, was den Besonderheiten des facettenreichen „Sportveranstalterrechts“ entgegenkäme. Andererseits wäre der Schutz auf Wettbewerbshandlungen beschränkt (s. § 2 Nr. 1 UWG), so dass wiederum nur ein Ausschnitt aus den Leistungen des Sportveranstalters geschützt wäre, nämlich derjenige, der durch Mitbewerber übernommen wird¹⁸³.

Unabhängig davon ist jedoch mit der h.M.¹⁸⁴ ein von der Rechtsprechung geschaffener immaterialgüterrechtlicher Schutz auf der Grundlage des UWG abzulehnen. Anders als im Deliktsrecht, wo die Rechtsprechung das „Recht am Unternehmen“ infolge der Formulierung des § 823 Abs. 1 BGB auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage stellen konnte, ist die Schaffung oder Anerkennung von absoluten Rechtspositionen mit dem Grundverständnis des Lauterkeitsrechts unvereinbar. Hierfür ist weniger der „*numerus clausus* der IP-Rechte“ als vielmehr folgendes ausschlaggebend:

- Zum einen widerspricht ein von der Rechtsprechung gewährter absoluter Investitionsschutz auf der Grundlage der Generalklausel der geänderten Systematik des neuen UWG¹⁸⁵.
- Zum anderen sind die Gerichte i.d.R. überfordert mit wirtschaftlichen Prognosen. Diese sind jedoch regelmäßig erforderlich, wenn es um die Frage der Amortisierung von Leistungen, einer der notwendigen Voraussetzungen für einen derartigen Schutz, geht.
- Vor allem jedoch geht es bei § 3 UWG stets um Einzelfallentscheidungen, die z.T. sehr spezielle Sachverhaltskonstellationen betreffen. Die Berücksichtigung „aller Umstände des Einzelfalls“, die dem Lauterkeitsrecht eigen ist, verträgt sich nicht mit den klaren Konturen, die wiederum für absolute Rechte erforderlich sind. Denn absolute Rechte verlangen, da sie gegen

als „eine verfassungsrechtliche bedenkliche Ursupation gesetzgeberischer Kompetenzen“ ansieht, andererseits jedoch vor einer „immer großzügigeren Gewährung informellen Leistungsschutzes“ warnt (S. 117).

¹⁸³ Diesem Aspekt trägt *Lochmann* kaum Rechnung.

¹⁸⁴ Vgl. insofern statt aller die Werke von *Helbig*, *Waldhauser*, *Osterwalder* (Fn. 80). Auch *Lochmann*, der selbst eine andere Auffassung vertritt, geht davon aus, dass es sich insofern um eine Außenseitermeinung handelt; s. auch die folgende Fußnote.

¹⁸⁵ Dies erkennt übrigens auch *Lochmann* (Fn. 80), S. 304, an, wenn er seine Auffassung als „entgegen der herrschenden Meinung und des nunmehr in § 4 Nr. 9 UWG kodifizierten rechtlichen Ansatzes“ bezeichnet.

jedermann wirken, größtmögliche Klarheit in den Voraussetzungen und Folgen ihres Schutzes.

- Es besteht daher die Gefahr, dass sich ein Rechtssuchender, der sich nicht genau in der zuvor von den Gerichten entschiedenen Sachverhaltskonstellation befindet, keinen Rechtsschutz über § 3 UWG erlangt.
- Umgekehrt besteht jedoch auch die Gefahr, dass es zu einer unkontrollierten Ausdehnung von Ausschließlichkeitsrechten in der Folge sehr spezieller Einzelfallentscheidungen kommt¹⁸⁶. Dies wiederum unterminiert das Verhältnis Wettbewerbsfreiheit/Sondergesetze/Lauterkeitsrechte.

Die Schaffung oder Anerkennung neuer IP-Rechte ist daher dem Gesetzgeber vorbehalten. Dies gilt auch dann, wenn man einer naturrechtlichen Begründung der IP-Rechte zuneigt¹⁸⁷. Die Möglichkeiten des Lauterkeitsrechts, festgestellte Schutzlücken im System der bestehenden Rechte des geistigen Eigentums zu schließen, beschränken sich folglich auf Abwehrrechte gegen Wettbewerbshandlungen. Sie können eine Vorstufe zu späteren IP-Rechten sein, indem sie dem Gesetzgeber das rechtspolitische Bedürfnis einer sondergesetzlichen Regelung signalisieren. Nicht jedoch kann die Rechtsprechung von sich aus Ausschließlichkeitsrechte auf der Grundlage des UWG schaffen oder „anerkennen“. Diese Einschätzung ist im Übrigen nicht auf das deutsche Recht beschränkt: z.B. hat das Schweizer Bundesgericht erst vor kurzem der Theorie, Art. 5 lit. c des Schweizer UWG (der den Leistungsschutz regelt) enthalte eine Art Immaterialgüterschutz, eine deutliche Absage erteilt¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Vor dieser Gefahr warnt auch *Ohly* (Fn. 93), S. 111.

¹⁸⁷ So etwa v. *Gamm*, Die Lehre vom geistigen Eigentum, UFITA 94 (1982), 73; auch in der Rechtsprechung finden sich in die Richtung einer naturrechtlichen Begründung gehende Äußerungen, vgl. dazu *Götting*, GRUR 2005, 353.

¹⁸⁸ BGV 131, III, 384, abgedruckt in: sic! 2005, 593; dazu ausführlich *Hilty* (Fn. 175), in: FS Ullmann.

C. Rechtfertigung für die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte

Welche Voraussetzungen sind nun positiv zu erfüllen, wenn es um die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte für Investitionen geht? Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass der in Frage stehende Sachverhalt nicht (auch nicht im Wege der Analogie) von den bestehenden Ausschließlichkeitsrechten abgedeckt sein darf. Weiter ist selbstverständlich, dass ein Schutz von Investitionen nur dann in Betracht kommt, wenn es sich in tatsächlicher Hinsicht um erhebliche Investitionen handelt; marginale Investitionen rechtfertigen kein Ausschließlichkeitsrecht.

I. Kein Schutz von Investitionen als solchen

Um Missverständnissen vorzubeugen, sei betont, dass ein absolutes Recht zum Schutz von Investitionen zwar erhebliche Investitionen voraussetzt, dass allein der Umstand erheblicher Investitionen jedoch noch keinen Anspruch auf Schutz geben. Die Rechtfertigung für die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte liegt nicht in den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten. Auch noch so erhebliche Investitionen rechtfertigen nicht per se ein Ausschließlichkeitsrecht. Ob sich eine Investition lohnt oder nicht, ob eine Amortisierung der Kosten oder ein (regelmäßig angestrebter) Gewinn unter den gegebenen Marktverhältnissen realistisch ist, muss jeder Marktteilnehmer selbst entscheiden. Der Grundsatz des freien Wettbewerbs gewährleistet die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung; als Kehrseite der Medaille bedingt er, dass jeder auch das Risiko seiner wirtschaftlichen Betätigung trägt. Der Umstand, dass die Veranstaltung von Sportereignissen regelmäßig nicht ohne erhebliche Investitionen (Geld, Organisation etc.) möglich ist, ist daher als solcher rechtlich irrelevant.

Grundsätzlich irrelevant ist auch, ob die fraglichen Leistungen verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Hieraus folgt jedenfalls nicht die Verpflichtung des Gesetzgebers, diese Leistungen durch Ausschließlichkeitsrechte abzusichern¹⁸⁹. Eine verfas-

¹⁸⁹ Der BVerfG (BVerfGE 97, 228) hat z.B. im Zusammenhang mit der im RfStV geregelten Kurzberichterstattung kein Problem darin gesehen, dass diese zwar die Schranken eines Rechts (Recht zur Übertragung von Sportereignissen) regelt, nicht jedoch das Recht als solches; vgl. dazu auch Lenz, NJW 1999, 757.

sungsrechtlich geschützte Position oder Tätigkeit führt in erster Linie zu einem Schutz vor staatlichen Eingriffen. Daneben ist zwar über die sog. Drittwirkung der Grundrechte auch ein Schutz vor Eingriffen Dritter möglich. Wie dieser Schutz jedoch erfolgt, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Bezeichnenderweise hat der BGH in der Entscheidung „Hörfunkrechte“¹⁹⁰ die wirtschaftliche Betätigung des Sportveranstalters zwar dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 12 GG unterstellt, die rechtliche Absicherung dieser Tätigkeit durch das „Hausrecht“ jedoch genügen lassen (und nicht etwa eine Verpflichtung des Gesetzgebers bejaht, diese ganz offensichtlich lückenhafte Rechtsgrundlage durch ein neues Recht zu ersetzen). Auch die Verankerung des Sports in fast allen Landesverfassungen führt daher nicht zum Entstehen individueller Ansprüche; sie ist eine reine Staatszielbestimmung.

II. Investitionen im Allgemeininteresse – die „Incentive-Theorie“

Der Schutz der fraglichen Leistung gerade durch ein absolutes Recht muss vielmehr (auch) im „Allgemeininteresse“ liegen. Der Begriff des Allgemeininteresses wird insbesondere durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben konkretisiert; er entspricht spiegelbildlich den Rechtfertigungsgründen für eine Binnenmarktbeschränkung¹⁹¹. Als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ gelten etwa der Schutz der Verbraucher (die Erreichung eines „hohen Verbraucherschutzniveaus“), der Sozialordnung, der kulturellen Besonderheiten sowie die Verbrechensbekämpfung. In erster Linie sind zwingende Gründe jedoch wirtschaftliche Gründe, insbesondere die Freiheit und Intensivierung des Wettbewerbs¹⁹².

Was die Rechtfertigung der Rechte des geistigen Eigentums betrifft, so wird diese vor allem in der sog. Anreizfunktion gesehen. Sie geht davon aus, dass zeitlich beschränkte Monopolrechte einen besonderen Anreiz zur geistigen Betätigung und zur Investition in diese schaffen, welche wiederum (spätestens nach Wegfall des Mono-

¹⁹⁰ Fn. 81.

¹⁹¹ Ausführlich dazu oben, Teil 1, A.IV.1.

¹⁹² Dies folgt unmittelbar aus dem primären Gemeinschaftsrecht, d.h. dem Binnenmarktprinzip der Art. 28, 49 EG (im Zusammenspiel mit den Rechtfertigungsgründen des Art. 30 EG) sowie den Kartellvorschriften der Art. 81, 82 EG.

pols) zu Fortschritten in Technik, Kultur etc. und zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen¹⁹³.

Die „Incentive Theorie“ ist jedoch nicht unumstritten. In letzter Zeit hat gerade die Kommission zu einer gewissen Vorsicht gemahnt. Nicht immer führe die Schaffung neuer Leistungsschutzrechte zwangsläufig zu mehr Investitionen und geistigen Leistungen. Unmittelbarer Anlass für diese Erkenntnis war die Evaluierung der sog. Datenbankrichtlinie¹⁹⁴, deren sui-generis-Schutz mit der Notwendigkeit eines Anreizes für Investitionen in Datenbanken gerechtfertigt worden war. In der Evaluierung stellt die Kommission nunmehr ernüchtert fest, diese Begründung sei „somewhat at odds with the continued success of US-publishing and database production that thrives without ‚sui generis‘-type protection“. Und schließlich: “The assumption that more and more layers of IP-protection means more innovation and growth appears not to hold up”¹⁹⁵.

Derartige Kosten/Nutzen-Überlegungen werden 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, genügt jedenfalls nicht. Neue Leistungsschutzrechte sind nur gerechtfertigt, wenn die Marktmechanismen nicht in der Lage sind, ohne sie dafür zu sorgen, dass im Allgemeininteresse liegende Investitionen erbracht (oder verstärkt erbracht) werden.

III. Marktversagen

Die Schaffung eines neuen Leistungsschutzrechts setzt daher voraus, dass bei Fehlen eines absoluten Schutzes ein Marktversagen droht¹⁹⁶. Die Prognose eines Markt-

¹⁹³ Besonders deutlich ist hier die US-Verfassung, die seit 1787 eine „Copyright- and Patent Clause“ enthält: danach erfolgt der Schutz von Patenten und Urheberrechten „to promote the Progress of Science und Useful Art“.

¹⁹⁴ S. dazu First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases vom 12.12.2005, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf (Stand: März 2006).

¹⁹⁵ S. 24 des Berichts.

¹⁹⁶ Ausführlich dazu *Hilty* (Fn. 175), S. 652; *Besen/Raskind*, An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property, Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, 5.

versagens ist natürlich wegen der Komplexität und Interdependenz aller Faktoren des Marktgeschehens schwierig. Auszugehen ist jedoch davon, dass ein Marktversagen in zweierlei Hinsicht möglich ist:

- Zum einen – so auch die „Incentive“-Theorie – kann der bestehende Rechtsschutz nicht ausreichend sein, um einen Anreiz zu einer bestimmten Investition zu schaffen; dadurch muss die Gefahr entstehen, dass im Allgemeininteresse liegende Leistungen unterbleiben. Dies wird dann der Fall sein, wenn mit erheblichen Investitionen einhergehende Leistungen mühelos und zu einem Bruchteil der Kosten von Dritten übernommen werden können, die dann in der Lage sind, dem Investierenden zu ungleich besseren Bedingungen Konkurrenz zu machen. Stellt das Recht nicht das Rechtsinstrumentarium zur Verfügung, um Trittbrettfahrer jedenfalls bis zur Amortisation der Kosten fernzuhalten, dann können die Marktmechanismen auch nicht die im Allgemeininteresse liegenden Leistungen „belohnen“.
- Ein Marktversagen ist aber auch auf andere Weise möglich. Nicht nur zu wenig, sondern auch zuviel Schutz – oder ein fehlgeleiteter Schutz – vermag das Funktionieren des Marktes zu stören. Ein Übermaß an Schutz blockiert jedenfalls punktuell den freien Wettbewerb und unterminiert das Verhältnis Wettbewerbsfreiheit/Wettbewerbsbeschränkung. Gleichermäßen problematisch ist ein Schutz über eine an sich nicht geeignete (und nur in Ermangelung einer einschlägigen Rechtsgrundlage herangezogene) Norm. Hier besteht zusätzlich die Gefahr einer unkontrollierten Änderung der Stoßrichtung der herangezogenen Rechtsgrundlage, die zu einer partiellen Störung des Rechtssystems führen kann¹⁹⁷

¹⁹⁷ Zu dieser Art von Marktversagen gibt es noch relativ wenig Literatur. Sie liegt jedoch dem Gedankengang von *Osterwalder* (Fn. 80), der bereits de lege lata einen urheberrechtlichen Schutz bejaht, und *Lochmann* (Fn. 80), der einen immaterialgüterrechtlichen Schutz auf der Grundlage von § 3 UWG zu begründen versucht, zugrunde und gelangt auch in den Überlegungen von *Ohly* (Fn. 93) und *Hilty* (Fn. 175) zum Ausdruck.

D. Leistungsschutzrecht gerade für Sportveranstalter?

I. Erhebliche Investitionen (auch) im Allgemeininteresse

Die Veranstaltung sportlicher Wettkämpfe setzt zweifelsohne Leistungen von erheblichem wirtschaftlichem Wert voraus. Sie bestehen etwa in finanziellen Investitionen, in Organisationsleistungen, im Zurverfügungstellen von Fachkräften, ehrenamtlichen Helfern und Know how. Diese Leistungen werden von Vereinen, von Verbänden, von Sportlern, von ehrenamtlichen Helfern, professionellen Dienstleistungsunternehmen und Anbietern erbracht. In nicht wenigen Fällen sind bei der Leistungserbringung auch private Mäzene und Sponsoren sowie staatliche Einrichtungen (Bund, Länder, Gemeinden, Polizei, Bundeswehr) involviert.

Die „klassischen“ Sportvereine sind dabei überwiegend non-profit-Organisationen, die den Charakter einer Solidargemeinschaft aufweisen. Dies zeigt sich nicht nur an den sehr moderaten Mitgliedsbeiträgen, sondern auch an der Privilegierung von Kindern und Jugendlichen (obgleich diese die Einrichtungen am intensivsten nutzen) und dem hohen Anteil ehrenamtlicher Tätigkeiten. Eine kostendeckende Finanzierung ist i.d.R. mittels Beitragszahlungen und Aufnahmegebühren nicht möglich. Im Durchschnitt erfolgt zu ca. 20 % eine Finanzierung über Zuschüsse von Sportorganisationen, Sportförderung der Länder und sonstigen Förderprogrammen. Bei Großvereinen mit mittlerer Mitgliederstruktur sind aber auch Sportveranstaltungen eine wichtige Einnahmequelle (16 %) ¹⁹⁸.

Als Beispiel kann hier die Situation im Bereich des Fußballs gelten, bei der ein enges Zusammenspiel zwischen internationalen Verbänden (wie die FIFA), deutschen Spitzenverbänden (DFB, Ligaverband und DFL) und Vereinen besteht, wobei die Vereine wiederum Profimannschaften und/oder Amateurmanschaften haben und i.d.R. in besonderem Masse dem Breiten- und Jugendsport verpflichtet sind, z.B. ist Voraussetzung für die Erteilung der Lizenz der 1. und 2. Bundesliga das Vorhandensein eines Leistungszentrums zur Förderung des Jugendfußballs.

¹⁹⁸ Daten aus „Deutscher Sportbund: Finanzierung von Sportvereinen“ (2006).

Der im Grundlagenvertrag zwischen DFB und Ligaverband vereinbarte Finanzausgleich 2004/2005 hat dazu geführt, dass die 36 Clubs der Bundesliga und 2. Bundesliga ca. 4 Mio. Euro nach Verrechnung wechselseitiger vertraglicher Pflichten aus dem Grundlagenvertrag an den DFB und weitere ca. 4,2 Mio. Euro an die Regional- und Landesverbände des DFB abgeführt haben. Darüber hinaus hat der DFB aus der Vermarktung der Länderspiele ca. 67 Mio. Euro eingenommen, denen Gesamtkosten von ca. 37 Mio. Euro gegenüberstanden, so dass der Gesamtüberschuss vor Steuern ca. 30 Mio. Euro betrug, der zur Finanzierung des gemeinnützigen Verbandes DFB und damit zur Erfüllung seiner gemeinwohlorientierten Satzungszwecke eingesetzt werden konnten. Die Erlöse aus den Veranstaltungen von Länderspielen sind jedoch nur möglich durch den Einsatz der vom Verein bezahlten und zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer (Spieler). Hinzu kommt, dass für die Ausbildung des eigenen Amateur- und Jugendsports vom Lizenzfußball im Spieljahr 2004/2005 ca. 57 Mio. Euro aufgewendet wurden. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der Lizenzfußball per anno durchschnittlich für Finanzierung der Gemeinwohlaufgaben der Verbände direkt oder indirekt einschließlich der eigenen Jugendarbeit ca. 95 bis 125 Mio. Euro einsetzt²⁰⁰.

Diese Leistungen liegen insofern im Allgemeininteresse, als sportliche Ereignisse einen hohen Stellenwert im öffentlichen Leben haben, Gegenstand der Kommunikation bilden und daher insgesamt zu den „public policy issues“ zählen. Wie bereits die Zuschauerzahlen bei Sportsendungen im Fernsehen zeigen, ist der Sport ein wichtiger Faktor der Unterhaltung. Er fördert weiter die kulturelle Identität und die Integration und dient – was den Amateur- und Breitensport betrifft – der Gesundheitspflege und -prävention¹⁹⁹. Insbesondere die Jugendarbeit nimmt einen großen Stellenwert ein²⁰⁰. Attraktive Sportereignisse wiederum wirken sich auch auf den Amateur- und Breitensport aus, indem sie Begeisterung wecken und zur Nachahmung anregen (Beispiel Tennis).

²⁰⁰ Angaben der Auftraggeber.

¹⁹⁹ Welche Bedeutung der Sport insbesondere zur Gesundheitsprävention hat, zeigen z.B. die diesbezüglichen Förderprogramme der Versicherungen.

²⁰⁰ Siehe etwa die Erklärung des Rates vom 5.5.2003 „Der soziale Wert des Sports für Jugendliche“, ABl. 2003 C 134/5.

Auch wenn die Investitionen in Sportveranstaltungen daher unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Gewinnstrebens erfolgen, liegen sie zugleich im Allgemeininteresse. Dies zeigt sich deutlich daran, dass fast alle Landesverfassungen die Förderung des Sports vorsehen. Ihr Wert im „public policy“-Bereich ist umso größer, als gerade die im Allgemeininteresse liegenden Aspekte nicht von beliebigen Dritten erbracht werden können. Verbunden mit dem finanziellen Aufwand, den eine Sportveranstaltung zweifellos erfordert, ist nämlich auch ein beträchtlicher Input an Know how und sonstigen – häufig ehrenamtlich erbrachten – Leistungen, der sich insbesondere auch auf die Förderung des Amateur- und Breitensports und die Jugendarbeit auswirkt, erforderlich. So besteht z.B. beim Fußball eine enge Verbindung des Profisports (der zu den großen Sportereignissen führt, etwa Bundesliga, Länderspiele) mit dem Amateursport, der in den Vereinen betrieben wird.

Es ist daher allenfalls theoretisch möglich, dass die finanziellen Leistungen auch von Dritten (etwa dem Staat) erbracht werden²⁰¹ und das erforderliche Know-how bei den Sportverbänden „eingekauft“ wird. In der Praxis ist dies jedoch bereits wegen der Finanznot des Staates illusorisch; die staatliche Förderung des Leistung- und insbesondere des Breitensports durch die Länder – die dafür ca. 500 Mio. €/Jahr Erträge aus dem traditionell in Landesregie geführten, auch die Sportwetten umfassenden Glückspielmonopol einsetzen – stößt bereits heute an seine Grenzen. In rechtlicher Hinsicht wichtiger ist jedoch, daß bei einer Finanzierung durch den Staat zwangsläufig auch ein Grossteil der personellen Ressourcen und der in dem gewachsenen Zusammenwirken der Verbände mit den Sportvereinen liegenden Vorteile verlustig gehen würde.

II. Übernahmemöglichkeit durch Dritte

Erfordert die Veranstaltung eines Sportereignisses erhebliche Investitionen, so besteht die Gefahr, dass Dritte die dabei erbrachten Leistungen, bzw. das durch sie geschaffene wirtschaftliche Gut „Sportveranstaltung“, zu einem Bruchteil der Kosten übernehmen und hiervon profitieren können. Betroffen sind fast alle Aspekte der

²⁰¹ Nach EuGH-„Gambelli“ (Fn. 56) kann das Allgemeininteresse nicht bejaht werden, wenn die Leistungen auch von Dritten (insbesondere dem Staat) erbracht werden könnten; dazu ausführlich oben, Teil 1.A.IV.1.

durch das Sportereignis geschaffenen Kommunikations- und Marketingplattform. Zum Beispiel ist die Übertragung eines Sportereignisses durch das Fernsehen gewiss ihrerseits mit Kosten und Organisation verbunden; diese sind jedoch, gemessen an den Kosten der Veranstaltung selbst und ihrem wirtschaftlichen Wert, eher geringfügig²⁰². Auch das Merchandising ist durch Dritte ohne großen Eigenaufwand möglich, z.B. durch den Vertrieb von Fanartikeln, die sich auf das Event beziehen. Ein anderes Beispiel ist die kostenlose Nutzung von Spielplänen für Sportwetten, die ohne diese Spielpläne, deren Erstellung gleichfalls erhebliche Investitionen erfordern²⁰³, nicht möglich wären.

²⁰² Einen Anhaltspunkt für die Differenz gibt in etwa das für die „Fernsehübertragungsrechte“ gezahlte Entgelt.

²⁰³ Ausführlich *Summerer/Blask* (Fn. 84),

III. Punktueller Rechtsschutz / Diskrepanz zur Praxis

Gleichwohl sind die Rechte am Sportereignis de lege lata nicht umfassend geschützt. Einzelaspekte können zwar über das sog. „Hausrecht“ und wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche abgedeckt werden; Lücken können auf vertragsrechtlichem Wege geschlossen werden, die allerdings nur inter partes wirken. De lege lata ist der Schutz der Leistungen des Sportveranstalters daher nur im Wege rechtlicher Hilfskonstruktionen möglich, die teils zu weit, teils zu wenig weit greifen, in der Regel jedoch am Kern der wirtschaftlichen Problematik vorbeigehen und damit Scheinlösungen darstellen. Dies ist um so erstaunlicher, als sich der Sport einschließlich der damit zusammenhängenden wirtschaftlichen Randnutzungen zu einem der größten Wirtschaftszweige entwickelt hat^{205a}.

Jedenfalls besteht eine auffallende Diskrepanz zur Praxis²⁰⁴, insbesondere zur Vertragspraxis, die – entgegen der Rechtslage – ein „Veranstalterrecht“ anerkennt und mit diesem arbeitet. Die Veranstaltung als solche gilt als vermarktbare Wirtschaftsgut, und die dem Sportveranstalter zustehenden Rechte, die in Wahrheit lediglich Abwehr- oder Vertragsrechte sind, werden wie absolute Rechte behandelt; dies gelangt bereits in Wendungen wie „Erwerb des Sportveranstalterrechts“ etc. zum Ausdruck²⁰⁵. Aber nicht nur die Praxis sieht eine verkehrsfähige Rechtsposition offenbar als notwendig an, sondern indirekt auch die Rechtsprechung, wenn sie sich bemüht, einen möglichst weit reichenden Schutz auf hierfür ganz offenbar ungenügender Grundlage zu gewähren (z.B. „Hörfunkübertragungsrechte“ auf der Grundlage des Hausrecht). In dieselbe Richtung gehen einige Literaturmeinungen, die versuchen, einen absoluten Schutz über das Urheberrecht oder das UWG zu erreichen. Auch wenn diese Versuche dogmatisch unhaltbar sind, zeigen sie doch das Unbehagen am bestehenden Zustand. So gilt der fehlende Schutz der Leistungen des Sportveranstalters, zusammen mit dem Schutz des kommerziellen Persönlichkeitsrechts, als einer der Hauptbeispielfälle für die Defizite eines inadäquaten Leistungsschutzes²⁰⁶.

^{205a} Allein die Lizenzligen (Bundesliga und 2. Liga) setzen laut Angaben der Auftraggeber jährlich ca. 1,8 Milliarden Euro um.

²⁰⁴ Eine gewisse Diskrepanz besteht auch zum Rundfunkrecht. So regelt § 5 RfStV die Kurzberichterstattung, also die Schranken eines Rechts, dessen Grundlage zumindest unsicher ist.

²⁰⁵ Vgl. auch *Lochmann* (Fn. 80), S. 5.

²⁰⁶ Vgl. dazu etwa *Ohly* (Fn. 93), *Hilty* (Fn. 175), *Lochmann* (Fn. 80); *Osterwalder* (Fn. 80), S. 246.

IV. Marktversagen durch fehlenden Anreiz zur Investition?

Hohe Investitionen (auch im Allgemeininteresse) und ein inadäquater Schutz dieser Investitionen genügen als solche jedoch nicht. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr, ob es infolge des lückenhaften Rechtsschutzes mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einem Marktversagen kommen wird. Wie oben ausgeführt, ist dies zunächst dann der Fall, wenn infolge des unzureichenden Rechtsschutzes die Amortisierung der Investitionen zweifelhaft ist und deshalb die im Allgemeininteresse liegenden Investitionen unterbleiben könnten.

Konkrete Hinweise für letzteres gibt es, was die Investitionen in Sportveranstaltungen betrifft, nicht. Im Gegenteil scheint sich die Veranstaltung von Sportereignissen auch bei der bestehenden Rechtslage wirtschaftlich zu lohnen. In Anbetracht der deutlichen Kritik der Kommission anlässlich der Evaluierung der Datenbankrichtlinie an der „Incentive-Theorie“²⁰⁷ wird man deshalb nicht ohne weiteres unterstellen dürfen, dass ein Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter einen Anreiz zu mehr Investitionen geben würde. Auch die Annahme, dass mehr Schutz (in Form eines Ausschließlichkeitsrechts) gerade die im Allgemeininteresse liegenden Aspekte (nämlich Breiten- und Amateursport, Jugendarbeit, etc.) fördern würde, ist mangels konkreter Anhaltspunkte nicht gerechtfertigt. Ebenso wenig ist beispielsweise anzunehmen, dass Spielpläne wie jene der Bundesliga nicht mehr erstellt werden, wenn sie auf dem Wettmarkt frei übernommen werden können.

V. Marktversagen durch fehlgeleiteten Schutz?

Wie oben ausgeführt, kann ein Marktversagen jedoch auch dann drohen, wenn es infolge eines inadäquaten Schutzes zu einer Störung des Verhältnisses Wettbewerbsfreiheit/Wettbewerbsbeschränkung kommt oder zu einem Zustand, der dem Prinzip der Rechtsklarheit und -sicherheit zuwiderläuft.

Die Gefahr eines derartigen Marktversagens ist hier nicht von der Hand zu weisen. Der Schutz der Leistungen des Sportveranstalters erfolgt zur Zeit über Hilfskonstruk-

²⁰⁷ Ausführlich dazu oben, C.II.

tionen, die, wie ausgeführt, erhebliche tatsächliche und dogmatische Defizite aufweisen; sie beruhen auf besitzrechtlichen Positionen und wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüche, während es in Wahrheit um Investitionsschutz geht. Die Praxis geht konsequenterweise auch von einer verkehrsfähigen Ware „Sportveranstaltung“ aus und behandelt diese wie ein IP-Recht. Die teilweise zu beobachtenden Versuche der Rechtswissenschaft, einen Ausgleich durch die Anerkennung eines informellen Ausschließlichkeitsrechts auf der Grundlage von § 3 UWG bzw. über das Urheberrecht zu schaffen²⁰⁸, erhöhen lediglich die bestehende Rechtsunsicherheit und drohen die Grundzüge der IP-Rechte und des UWG zu verwischen.

In der Praxis führt der gegenwärtige Rechtszustand also dazu, dass schützenswerte Leistungen in einem bedeutenden Wirtschaftszweig mangels klaren Rechtsschutzes von Dritten zu kommerziellen Zwecken ausgebeutet werden können. Er führt jedoch auch dazu, dass in Wahrheit nicht bestehende Rechte „anerkannt“ und wie IP-Recht behandelt werden, wobei es infolge bargaining power der „Rechtsinhaber“ nicht unmöglich zu sein scheint, auch einen über das Ziel – d.h. das ökonomisch Wünschenswerte – hinausreichenden Rechtsschutz zu erzielen. Es besteht jedenfalls die Gefahr, dass ein punktuell gegebener Rechtsschutz in den Bereichen, in denen er durchgesetzt werden kann, unkontrolliert Sachverhalte mit erfasst, die im Allgemeininteresse frei bleiben sollten. Dies ist umso problematischer, als die Interessen der Beteiligten i.d.R. nicht aufgedeckt werden, was die Wahrung anderer Interessen, insbesondere die Interessen der Allgemeinheit, erschwert.

Nicht auszuschließen ist auch, dass sich der Druck auf den Gesetzgeber, punktuell mehr Rechtsschutz zu gewähren, anhand sehr spezieller Konstellationen erhöht, was im Erfolgsfall zu einer unerwünschten Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit und zu einer nicht gerechtfertigten Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit und anderer Marktteilnehmer führen kann. Als Beispiel hierzu seien die Versuche genannt, in das (dem deutschen UWG in seiner funktionalen Betrachtungsweise sehr ähnliche) Schweizer Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein Verbot des sog. Ambush-Marketing einzuführen²⁰⁹. Derartige Sonderregelungen, die einer konkreten

²⁰⁸ Dazu oben, Teil 1, B.III. und Teil 2, B.V.

²⁰⁹ Dazu *Hilty/von der Crone/Weber*, Stellungnahme zur Anpassung des UWG: Ambush-Marketing, *sic!* 2006, 100; zum deutschen Recht *Heermann*, Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßver-

Interessenlage Einzelner Rechnung tragen, schießen dann punktuell über das Ziel eines adäquaten Leistungsschutzes hinaus, indem sie etwa zu einem Verbot der Bezugnahme auf das Sportereignis an sich führen – obwohl derartige Bezugnahmen aus der Sicht der Mitbewerber funktional nicht per se negativ sind und es sich aus der Sicht der Allgemeinheit um einen Gegenstand der freien Kommunikation handelt, der bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen frei sein sollte.

Es besteht daher nicht nur die Gefahr eines ungenügenden Schutzes wertvoller Leistungen, die von Dritten ausgebeutet werden können, sondern auch die Gefahr einer unkontrollierten Vorverlagerung des Schutzes in den Bereichen, in denen er möglich erscheint; insbesondere im Markenrecht²¹⁰. Ein Veranstalterrecht, das die Interessen der Beteiligten offen legt und vor allem auch spezifischer Schranken im Interesse der Allgemeinheit und der Mitbewerber enthält, hätte daher mit Sicherheit den Vorteil der Rechtsklarheit, die insbesondere auch für die Vermarktung im europäischen und internationalen Rahmen erforderlich ist.

VI. Funktionswandel des UWG

Zu berücksichtigen ist weiter der bereits angesprochene Funktionswandel des deutschen Lauterkeitsrechts²¹¹. Nach bisherigem Verständnis wäre de lege lata am ehesten noch ein befriedigender Rechtsschutz auf der Grundlage des UWG denkbar. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass dies nach dem 2004 verabschiedeten UWG kaum mehr möglich ist, da sich das UWG gerade aus dem Bereich des Schutzes der parasitären Übernahme fremder Leistungen ohne Verwechslungsgefahr, um den es hier primär geht, zurückgezogen hat. Insofern – und wegen der durch die Digitalisierung explosionsartig gestiegenen technischen Möglichkeiten – besteht eine andere Rechtslage als im Zeitpunkt des Erlasses von § 81 UrhG, als die Einbeziehung von Sport-

anstaltungen – Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahmen, GRUR 2005, 259.

²¹⁰ Dies zeigt deutlich der Streit anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006 um die Markenschutzfähigkeit von Bezeichnungen wie „Fußball WM 2006“ bzw. um die Frage der markenmäßigen Benutzung durch Dritte.

²¹¹ Ausführlich oben, Teil 1, B.III.2. und IV.2.

veranstaltern mit dem Hinweis auf den ergänzenden Schutz des UWG verneint werden konnte.

VII. Kartellrechtliche Aspekte

Gegen ein eigenes Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter könnte demgegenüber sprechen, dass hierdurch eine eventuell bereits gegebene faktische „Monopolstellung“ rechtlich noch verstärkt wird. Attraktive Großveranstaltungen werden häufig (auch) von Spitzenverbänden veranstaltet, wobei dem Verband aufgrund der Verbandspyramide im sportlichen Bereich eine Monopolstellung zukommt. Diese Monopolstellung strahlt zweifellos auch auf die wirtschaftliche Betätigung aus, d.h. auf den Markt für Vermarktungsrechte. Eine Stärkung der wirtschaftlichen Position auf diesem Markt kann daher in bestimmten Konstellationen kartellrechtlich bedenklich sein^{213a}.

Andererseits bestehen diese Bedenken auch und gerade bei einer unkontrollierten Ausdehnung des Rechtsschutzes in einem bestimmten Bereich, z.B. einer Regelung des „Ambush“-Marketings in dem vorgenannten Sinne. Ein Veranstalterrecht hätte den Vorteil, dass die Interessen der „Monopolisten“ nicht verdeckt werden und es nicht punktuell zu einem über das Ziel hinausschießenden Rechtsschutz kommt. Denn ein gesetzlich geregeltes Veranstalterrecht müsste zugleich – im Interesse der Allgemeinheit, im Freihaltbedürfnis zugunsten der Mitbewerber und der Wettbewerbsfreiheit – auch die Schranken eines derartigen Rechts aufzeigen, was wiederum der Wettbewerbsfreiheit diene.

VIII. Ungleichbehandlung anderer Veranstalter?

Zu klären wäre schließlich, ob eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Veranstaltern vorliegt. Das ist u.E. nicht der Fall. Mit dem eventuell zu schaffenden Sportveranstalterrecht, das neben das Recht des Veranstalters künstlerischer Darbietun-

^{213a} Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schröder*, Monopol von Sportverbänden und Veranstalterkonkurrenz bei Wettkämpfen, WRP 2006, 1327.

gen (§ 81 UrhG) treten würde, wären die meisten der in der Praxis relevanten Sachverhaltskonstellationen abgedeckt. Der Schutz gerade des Sportveranstalters rechtfertigt sich weiter wegen der spezifischen Gefährdung der Amortisation der erforderlichen erheblichen Investitionen, der großen wirtschaftlichen Bedeutung eines zunehmend wichtigeren Wirtschaftszweiges und vor allem dem Allgemeininteresse, in dem solche Investitionen normalerweise liegen.

3. Teil: **Schlussfolgerungen**

1. Ein eigenes Leistungsschutzrecht für Sportveranstalter (Ausschließlichkeitsrecht) ist mit der gegebenen Sach- und Rechtslage vereinbar, wenn das Fehlen eines derartigen Schutzes auf Dauer die Gefahr eines Marktversagens hervorruft. Dies kann hier bejaht werden: Zwar ist weniger zu befürchten, dass es infolge der gegenwärtigen Rechtslage, die Schutz mit Hilfe von rechtlichen Hilfskonstruktionen gewährt, zu einem Unterbleiben von Investitionen in im Allgemeininteresse liegende Sportveranstaltungen kommt. Das zu befürchtende Marktversagen liegt vielmehr darin, dass die gegenwärtige Rechtslage zu Rechtsunsicherheit und damit zu einem teils überschießenden, teils suboptimalen Schutz führt.

In der Praxis wird das gegenwärtige amorphe Gebilde „Veranstalterrecht“ mit allen Konsequenzen wie ein Ausschließlichkeitsrecht gehandhabt, ohne dass die für Ausschließlichkeitsrechte erforderliche Klarheit der Interessenlage, Festlegung der Schutzvoraussetzungen und -schränken, Rechtsfolgen etc. bestünde. Dies führt jedenfalls teilweise zu von „bargaining power“ bestimmten Vertragslösungen, zu einer Flucht ins Markenrecht, etc. Ein Ausgleich dieser Diskrepanz zwischen Realität und Rechtslage kann durch die Rechtsprechung nicht bewirkt werden. Wegen des Funktionswandels des UWG von 2004, das sich insbesondere aus dem Bereich des Schutzes vor parasitärer Ausbeutung fremder Leistungen zurückgezogen hat, ist sie auch nicht über eine „lückenfüllende Funktion“ des Lauterkeitsrechts zu erwarten. Insofern besteht eine andere Rechtslage als bei Verabschiedung von § 81 UrhG, als die Einbeziehung des Sportveranstalters in den Schutzbereich abgelehnt wurde.

2. Ein derartiges Marktversagen wird daher primär durch das Eingreifen des Gesetzgebers abgewendet werden müssen, wie dieses auch in anderen Ländern (z.B. Frankreich) geschehen ist. Hiergegen bestehen insofern weniger Bedenken, als es sich nicht um die Schaffung eines völlig neuen Rechts handelt, sondern darum, eine Vielzahl (inadäquater) Rechtsschutzmöglichkeiten zu bündeln und in einem einzigen Recht zu fassen. Von Bedeutung ist dabei auch, dass jedenfalls ein Teil dieser Rechtsgrundlagen nach Auffassung der Europäischen Kommission – und z.T. auch

des deutschen BVerfG – zum Eigentum („property rights“) zu zählen ist, mithin ein Leistungsschutzrecht nichts wesensmäßig anderes wäre²¹². Rechtspolitisch wäre ein derartiges Recht jedenfalls den Versuchen eines Teils der Literatur vorzuziehen, ein Ausschließlichkeitsrecht auf der Grundlage von § 3 UWG „anzuerkennen“. Es würde zugleich Versuchen (wie in der Schweiz) vorbauen, punktuell sehr spezifischen und in seinen Folgen unabsehbaren Rechtsschutz zu schaffen.

3. Die Beantwortung der Frage, wie das Veranstalterrecht im Einzelnen ausgestaltet und wo es geregelt sein sollte, ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Insofern handelt es sich neben rechtsdogmatischen Fragen vor allem um solche der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit (und politischen Durchsetzbarkeit). Unter Zugrundelegung der bisherigen Erörterungen sei immerhin skizzenhaft auf folgendes hingewiesen:

- Das Ausschließlichkeitsrecht sollte dem Veranstalter von Sportereignissen zustehen, d.h. demjenigen, der erhebliche Investitionen tätigt, das wirtschaftliche Risiko trägt und/oder wesentlich zur Wertschöpfung beigetragen hat²¹³. Bezüglich der Formulierung könnte insofern an den früheren § 31 GWB, an § 81 UrhG und die Regelung im französischen „Code du Sport“ angeknüpft werden.
- Das Recht sollte nur dann gewährt werden, wenn und soweit die Investitionen zugleich im Allgemeininteresse liegen (siehe die Formulierung im früheren § 31 GWB).
- 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.

²¹² S. oben, Teil 1, A.II. und Teil 2, B.II

²¹³ Dazu oben.

- Ein gesetzlich zu schaffendes Sportveranstalterrecht müsste insbesondere auch die Schranken dieses Rechts aufzeigen²¹⁴. Es müsste so gefasst sein, dass weder der Wettbewerb beeinträchtigt wird²¹⁵ noch die Interessen der Allgemeinheit oder der anderen Marktteilnehmer, die, auch wenn sie nicht über „Exklusivrechte“ verfügen, beispielsweise ein legitimes Interesse an der Bezugnahme auf ein Sportereignis haben können. Eine wichtige derartige Schranke bildet bereits das Recht auf Kurzberichterstattung im Rundfunkstaatsvertrag. Auch die „Hörfunkrecht“-Entscheidung des BGH nennt Schranken wie die Unbeeinflussung der Berichterstattung. Generell ist den verfassungsrechtlichen Aspekten (insbesondere Konkretisierungen bezüglich der Meinungsfreiheit) Rechnung zu tragen, ebenso wie den Persönlichkeitsrechten der Sportler und ihrem Recht am eigenen Bild. Ein weiteres Vorbild könnten jene Regelungen im Markenrecht sein, die dem Freihaltebedürfnis Rechnung tragen. Soweit es um den Zugang zu Sportereignissen geht oder um die Verwertung der von Veranstalter erbrachten Leistungen im Rahmen eines eigenen Angebots (z.B. Verwendung von Spielplänen für Sportwetten) ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Genehmigungspraxis diskriminierungsfrei sein muss, wobei an ein Diskriminierungsverbot um so strengere Anforderungen zu stellen sind, je mehr der Veranstalter eine „Monopolstellung“ im Hinblick auf die fragliche Leistung innehat²¹⁶.

3. Nicht verkannt sei, dass die Frage, wie ein eventuell neu zu schaffendes Leistungsschutzrecht in das bestehende Rechtsgefüge einzufügen wäre, dogmatische Probleme aufwirft und der sorgfältigen Erörterung bedarf. Sofern man keine Einzelregelung anstrebt, wäre de lege ferenda eine Regelung im Rahmen eines „Code du Sport“ oder eine Regelung in einem neu zu schaffenden „Gesetz über Leistungsschutzrechte“ dogmatisch am befriedigendsten. Ansonsten käme am ehesten eine Regelung in einem bestehenden Gesetz des Immaterialgüterrechts oder im UWG in

²¹⁴ So ist die Regelung des französischen Rechts vor allem durch das Bedürfnis einer Regelung der Schranken des Veranstalterrechts zustande gekommen, vgl. dazu Teil 1, C.I.

²¹⁵ So hat die Kommission in den Entscheidungen „Champions League“, „Deutsche Bundesliga“, „Premier Ligue“, z.B. sehr deutlich die gemeinschaftsrechtlichen Schranken für die kommerzielle Verwertung von Fernsehübertragungsrechten definiert; dazu etwa *Osterwalder* (Fn. 80), S. 350.

²¹⁶ Zum gemeinschaftsrechtlichen Verbot der Diskriminierung ausführlich oben unter A.IV.1.; zum Kontrahierungszwang des deutschen Zivilrechts etwa *Paulus*, JuS 2001, 1.

Betracht (nicht hingegen im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, wo das „Recht am Gewerbebetrieb“ ohnehin kritisch gesehen wird).

Jede Lösung hätte naturgemäß (rechtsdogmatische) Vor- und Nachteile. Im UWG würde ein Sportveranstalterrecht zwar zum teilweise (indirekt) gewährten Investitionsschutz passen, und in regelungstechnischer Hinsicht durch die neue Systematik des UWG (Erläuterung der unlauteren Wettbewerbshandlung durch Beispielfälle) erleichtert werden. Andererseits ist das UWG nach überwiegendem Verständnis Handlungsunrecht, gewährt also keine absoluten Rechte. Dieser dogmatische Bruch bestünde zwar nicht beim Urheberrecht, das zudem den Vorteil hätte, an ein bestehendes Leistungsschutzrecht (z.B. § 81 UrhG) anknüpfen zu können. Andererseits geht es beim Veranstalterrecht um reinen Investitionsschutz, ohne jeden urheberrechtlichen Zusammenhang²¹⁷, was zu einer – de lege lata ohnehin kritisierten – Überdehnung des Anwendungsbereichs des Urheberrechts führen könnte²¹⁸.

5. Ob sich ein nationales Veranstalterrecht gegenüber ausländischen Verletzern durchsetzen lässt, ist zunächst einmal, insbesondere bei Internetsachverhalten, ein praktisches Problem²¹⁹. In europarechtlicher Hinsicht muss den oben ausführlich dargestellten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts Rechnung getragen werden, um ein Eingreifen der Kommission und des EuGH zu verhindern; weiter sind Grundsätze wie jener der Erschöpfung zu beachten. Sofern jedoch das Veranstalterrecht gemeinschaftskonform ist und auch gemeinschaftskonform ausgeübt wird, unterfallen ausländische Unternehmen – wie bei jedem IP-Recht – dann dem deutschen Recht, wenn ein hinreichender Inlandssachverhalt vorliegt, insbesondere ein Verletzungstatbestand oder eine Interessenkollision in Deutschland. Lediglich im Fernsehbereich und für kommerzielle Kommunikationen im Internet kommt infolge des dort vorgesehenen Herkunftslandprinzips das Recht des Ausgangslandes zur Anwendung²²⁰; dabei ist jedoch zu bedenken, dass bei Internetsachverhalten die Rechtslage gegen-

²¹⁷ Der Schutz von Datenbanken ist zwar auch reiner Investitionsschutz, hat jedoch insofern einen Bezug zum Urheberrecht, als die Datenbank auch ein urheberrechtliches Werk sein kann.

²¹⁸ So *Helbig* (Fn. 80), S. 220 der hieraus die Konsequenz zieht, dass es bei der gegenwärtigen Rechtslage bleiben sollte.

²¹⁹ Interessant daher die Absicht der US-Regierung, illegale Internetwetten aus dem Ausland durch ein an Banken und Kreditinstitute gerichtetes Zahlungsverbot zu verhindern.

²²⁰ Ausführlich oben, Teil 1, A.V.

wärtig ungeklärt ist, zumal die E-Commerce-Richtlinie von vornherein für „Gewinnspiele mit einem einen Geldbetrag darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten" nicht gilt.

München, den 15.11.2006

Prof. Dr. Reto M. Hilty

Dr. Frauke Henning-Bodewig