Prof. Dr. Peter Ruess, LL.M.*/**David E.F. Slopek,** LL.M.**
Frankfurt am Main/Düsseldorf

Zum unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz nach hartplatzhelden.de

INHALT

A. Einleitung
B. Die Entwicklung der Rechtsprechung
I. Die Rechtsprechung des RG
II. Die Rechtsprechung des BGH
1. Erste Phase: Unmittelbare Leistungsübernahme ist per se wettbewerbswidrig
a) Urt. v. 31.5.1960 – Figaros Hochzeit
b) Beschl. v. 27.2.1962 – AKI
c) Urt. v. 24.5.1963 – Vortragsabend
d) Spätere Entscheidungen
2. Zweite Phase: Hinzutreten besonderer Umstände erforderlich
a) Urt. v. 30.10.1968 – Reprint
b) Urt. v. 19.1.1973 – Modeneuheit
c) Urt. v. 6.5.1999 – Tele-Info-CD
3. Dritte Phase: Die Rechtsprechung nach der UWG-Novelle 2004
a) Exkurs: Zum unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz i.R.d. UWG-Novelle 2004
b) Urt. v. 2.12.2004 – Metallbett
c) Urt. v. 2.12.2004 – Klemmbausteine III
C. Die hartplatzhelden.de-Entscheidung
I. Sachverhalt und Verfahrensgang
II. Kritik an den Entscheidungen des LG und OLG Stuttgart
III. BGH, Urt. v. 28.10.2010 – hartplatzhelden.de
IV. Kritik
V. Stellungnahme
D. Fazit

Bei der Frage nach dem unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz handelt es sich nicht um eine rein lauterkeitsrechtliche Angelegenheit, vielmehr geht es hierbei immer auch um das schwierige Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht einerseits und Wettbewerbsrecht andererseits. Der vorliegende Beitrag unternimmt eine tour d'horizon durch die nicht immer ganz geradlinige höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Thema und ordnet die nun vorliegende Entscheidung im Fall hartplatzhelden.de in die nachgezeichnete Entwicklungslinie ein.

A. Einleitung

Das Postulat, man solle nicht mit fremden Kälbern pflügen, ist in der jüdisch-christlichen Kulturordnung als normativer Grundwert tief verwurzelt.[1] Zugleich ist die Einsicht, „dass der Idee des Fortschritts Innovation und Imitation zu gleichen Stücken zu eigen ist"[2] sowie das daraus abgeleitete „Dogma der Nachahmungsfreiheit"[3] in der marktwirtschaftlichen Wirtschafts- und Rechtsordnung fest verankert. Dieser Dualismus führt dazu, dass sich derjenige, der sich wirtschaftlich betätigt, einerseits dem moralisch fundierten Verbot „Du sollst andere nicht unbillig um die Früchte ihrer Arbeit bringen"[4] und andererseits der auch ökonomisch legitimierten Erlaubnis „Du darfst nachahmen" ausgesetzt sieht. Insofern begegnen sich Moral und Ökonomie auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts.[5] Ihm kommt im Zusammenspiel mit den gewerblichen Sonderschutzrechten die Aufgabe zu, diese manchmal widerstreitenden Prinzipien zu versöhnen und eine Grenze zwischen noch erlaubter Nachahmung und schon verbotener Ausnutzung fremder Leistungsergebnisse einzuhalten. Es handelt sich um eine gleichermaßen grundlegende wie schwierige Aufgabe. Unmittelbarer Leistungsschutz wird für gewöhnlich nur von den Immaterialgüterrechten gewährt, die insoweit „Inseln des Schutzes im Meer der Wettbewerbsfreiheit"[6] darstellen. Das UWG kennt daneben den mittelbaren Leistungsschutz, wonach die Leistung nicht als solche, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände der Nachahmung vor eben dieser geschützt wird (vgl. insbesondere § 4 Nr. 9 UWG). Fraglich und umstritten ist, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen auch das UWG einen mit den Immaterialgüterrechten vergleichbaren, jedenfalls aber über § 4 Nr. 9 UWG hinausgehenden, unmittelbaren Leistungsschutz kennt. Obgleich diese Frage schon seit mehr als 100 Jahren im Raum steht[7], konnte bis heute keine zufriedenstellende einheitliche Antwort gefunden werden. Zuletzt wurde die Problematik anhand der sog. *hartplatzhelden.de*-Entscheidungen des LG Stuttgart[8] und OLG Stuttgart[9] lebhaft diskutiert. Der vorliegende Beitrag ordnet die nun veröffentlichte Entscheidung des BGH in dieser Sache[10] in die

* Professor an der International School of Management, Frankfurt am Main; Rechtsanwalt und Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz, Sozietät ARNOLD RUESS Rechtsanwälte, Düsseldorf.
** Rechtsreferendar in Düsseldorf.

1) *Richter* 14, 18; schon *Lobe*, MuW XVI (1916-17), 129 hat dieses biblische Motiv im Kontext der Nachahmungsfreiheit aufgegriffen.
2) *Fezer*, in: Beier et al. (Hrsg.), FS GRUR, Bd. 2, S. 939.
3) *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1077 f. mit Kritik; ebenso *Lubberger*, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein (Hrsg.), FS *Ullmann*, S. 737, 742, wonach der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit für die Zwecke der Innovationsförderung hinderlich sein soll; siehe auch *Kur*, GRUR Int. 1998, 771, 775.
4) So die Formel, auf die das RG in seiner frühen Rechtsprechung mehrfach zurückgegriffen hat; vgl. z.B. RGZ 73, 294, 298 – Schallplatten; RGZ 119, 408, 415 – Elfenreigen; auch der BGH hat mehrfach auf dieses Motiv zurückgegriffen, vgl. BGH, GRUR 1969, 186, 188 – Reprint; BGHZ 60, 168, 171 – Modeneuheit.
5) Siehe auch *Lehmann*, in: Mitarbeiter-FS Ulmer, 1973, S. 321, wonach sich moralische und ökonomische Argumente auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts nicht trennen lassen.
6) *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 661.
7) RGZ 73, 294, 297 f. – Schallplatten; siehe hierzu weiter unten.
8) LG Stuttgart, MMR 2008, 551 – hartplatzhelden.de.
9) OLG Stuttgart, MMR 2009, 395 – hartplatzhelden.de.
10) BGH, WRP 2011, 561 – hartplatzhelden.de.

bisherige Rechtsprechung ein und prüft, ob die Fallgruppe des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes durch sie klarere Konturen gewonnen hat. Zugleich unterbreiten die Verfasser einen eigenen Vorschlag, nach welchen Kriterien sich die Gewährung unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes bemessen sollte.

B. Die Entwicklung der Rechtsprechung

I. Die Rechtsprechung des RG

Zunächst sei stichpunktartig auf zwei Urteile des RG hingewiesen. Die *Schallplatten*-Entscheidung[11] vom 7.4.1910 ist in zweierlei Hinsicht von Interesse: Zum Einen handelt es sich um eine der erstem Entscheidungen, in der sich das RG mit der lauterkeitsrechtlichen Einordnung der Nachahmungsfreiheit befasst hat, zum Anderen sollte der BGH mehr als ein halbes Jahrhundert später in seiner *Reprint*-Entscheidung auf eben dieses Urteil verweisen, um einen Schwenk in seiner bisherigen Rechtsprechung zu begründen. Der Kläger der hier betrachteten RG-Entscheidung fabrizierte Schallplatten. Zugleich produzierte er die hierfür notwendigen Inhalte, wofür er hohe Honorare an Künstler zahlte. Die Beklagte verwendete diese aufwendig produzierten Schallplatten als Vorlage und stellte mithilfe eines kostengünstigen technischen Verfahrens Kopien derselben dar. Das RG führte hierzu aus, dass in der bloßen Nachahmung ohne das Hinzutreten besonderer Umstände ein Verstoß gegen die guten Sitten regelmäßig nicht zu sehen wäre. Diese besonderen Umstände hat das RG in casu allerdings mit Blick darauf bejaht, dass die Beklagte die fertige Arbeitsleistung der Klägerin von der Beklagten genutzt hat, um dieser denkbar umfassend Konkurrenz zu machen. Die Klägerin erspare sich erhebliche Kosten und Mühen, wodurch sie ihre technisch gleichwertigen Kopien zu deutlich niedrigeren Preisen anbieten könne. Auf diese Weise bringe die Beklagte die Klägerin „um die Früchte ihrer eigenen Arbeit“[12].

Diesen Ansatz, auf den später auch der BGH zurückgreifen sollte, um die Unlauterkeit einer unmittelbaren Leistungsübernahme zu begründen, wendete das RG auch in der Folgezeit an. So heißt es beispielsweise in seiner *Elfenreigen*-Entscheidung vom 14.1.1928[13], dass die Grenzen erlaubten Wettbewerbs überschritten seien, wenn mit dem Verhalten besondere Tatumstände verbunden wären, die dieses sittenwidrig erscheinen lassen. Das RG konkretisiert diese dahingehend, dass Sittenwidrigkeit zu bejahen sei, wenn die Beklagten „die Arbeitsleistung und die Kosten, welche die Klägerin aufgewendet, um den ‚Elfenreigen’ [ein Gemälde] einzuführen, sich für die Verwertung des ‚Blumenreigens’ [ein dem erfolgreichen Originalgemälde nachempfundenes Gemälde] dienstbar gemacht und so die Früchte fremder Arbeit sich mühelos angeeignet hätten“[14].

11) RGZ 73, 294 – Schallplatten.
12) RGZ 73, 294, 298 – Schallplatten.
13) RGZ 119, 408 – Elfenreigen.
14) RGZ 119, 408, 415 – Elfenreigen.

II. Die Rechtsprechung des BGH

Auch der BGH hat sich vielfach mit der wettbewerbsrechtlichen Einordnung der Nachahmung fremder Leistungen befasst. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung lässt sich grob in drei Phasen unterteilen. Eine erste, in der die unmittelbare Leistungsübernahme per se als unlauter galt, eine zweite, in der der Unlauterkeitsvorwurf vom Vorliegen zusätzlicher, besonderer Umstände abhing und schließlich eine dritte, in welcher der unmittelbare Leistungsschutz nicht mehr auf Grundlage des § 1 UWG a.F. gewährt wurde, sondern im Kontext der §§ 3, 4 Nr. 9 UWG diskutiert wurde und bis heute diskutiert wird. In seiner *hartplatzhelden.de*-Entscheidung verweist der BGH ausdrücklich auf eine Vielzahl älterer Judikate, nämlich auf die Entscheidungen *Figaros Hochzeit*, *AKI*, *Vortragsabend* und *Klemmbausteine III*. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend ein Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung des BGH, auf die die hier betrachtete *hartplatzhelden.de*-Entscheidung aufbaut und vor deren Hintergrund sie zu verstehen ist, gegeben werden.

1. Erste Phase: Unmittelbare Leistungsübernahme ist per se wettbewerbswidrig

a) Urt. v. 31.5.1960 – Figaros Hochzeit

Eine der frühesten Entscheidungen, in der sich der BGH mit der hier untersuchten Problematik befasst hat, war *Figaros Hochzeit*[15], in der die Deutsche Orchestervereinigung e.V. gegen das Sendeunternehmen Freies Berlin klagte. Letzteres hat in der Städtischen Oper Berlin eine Aufführung des besagten Stückes mit Zustimmung der Bühnenleitung und des Dirigenten aufgenommen und gesendet bzw. anderen Rundfunkanstalten zur Sendung überlassen. Die Klägerin, welche die Rechte der Orchestermitglieder wahrnahm, hat der Beklagten schon vor der Aufführung mitgeteilt, dass Aufnahme und Sendung nur mit Zustimmung der mitwirkenden Musiker erfolgen dürfe, wobei eine solche Zustimmung nachweislich nicht erteilt wurde. Der BGH entschied, dass die unerlaubte Herstellung und Ausstrahlung von Tonbandaufnahmen einer Opernaufführung keine Nachahmung sei, sondern „unmittelbare Ausnutzung in unveränderter Form. Eine solche Verwertung geldwerter Leistungen Dritter zur Förderung des eigenen gewerblichen Gewinnstrebens verstößt, wenn es an einer Einverständniserklärung des Leistenden fehlt und hierdurch dessen eigene Erwerbsaussichten gemindert werden, gegen die Gebote des lauteren Wettbewerbs“[16].

b) Beschl. v. 27.2.1962 – AKI

Die Beklagte dieses Verfahrens betrieb in mehreren deutschen Großstädten sog. Aktualitäten-Kinos (AKI). In diesen wurde den Zuschauern gegen Entgelt u.a. Fernsehreportagen zu einzelnen Spielen der Fußballweltmeisterschaft vorgeführt, die von der Klägerin – einer öffentlich-rechtlichen Sendeanstalt – ausgestrahlt wurden. Der BGH sah hierin einen Wettbewerbsverstoß. Dabei bekräftigte das Gericht zunächst den Grundsatz,

15) BGH, GRUR 1960, 614, 617.
16) BGH, GRUR 1960, 614, 617 – Figaros Hochzeit.

dass die Nachahmung eines Erzeugnisses grundsätzlich nur bei Vorliegen besonderer, die Unlauterkeit begründender Umstände wettbewerbswidrig sein kann. Dieser Grundsatz der Nachahmungsfreiheit von Geistesschöpfungen diene der Fortentwicklung und der Freiheit des geistigen Schaffens. Ähnlich wie in *Figaros Hochzeit* unterschied der BGH dann aber zwischen Nachahmung einerseits und der unmittelbaren Ausnutzung fremder Leistung andererseits. Ein solches „Schmarotzen" sei vom Grundsatz der Nachahmungsfreiheit nicht gedeckt, vielmehr sei es wettbewerbswidrig, „wenn ein fremdes fertiges Leistungsergebnis (...) unmittelbar in unveränderter Gestalt, ohne dass eine eigene Leistung hinzutritt, von einem Dritten für eigene Erwerbszwecke ausgebeutet und damit demjenigen Schaden zugefügt wird, auf den dieses Leistungsergebnis, das den Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten voraussetzt, allein zurückzuführen ist"[17].

c) Urt. v. 24.5.1963 – Vortragsabend

In dieser Entscheidung klagte der Veranstalter einer Kabarett-Veranstaltung gegen eine Rundfunkanstalt. Diese hat die Veranstaltung zwar mit Einverständnis des Kabarettisten, aber ohne Wissen des Veranstalters auf Tonband aufgenommen, um zu prüfen, ob sich die Aufnahme für eine Rundfunksendung eignet. Der BGH sah auch hierin einen Wettbewerbsverstoß begründet, da die Beklagte „das Ergebnis des organisatorischen und finanziellen Einsatzes des Klägers für die Durchführung der Veranstaltung unmittelbar für ihre eigenen Zwecke ausnutzte, ohne hierzu vom Kläger ermächtigt zu sein"[18]. Im Übrigen greift der BGH in seiner Urteilsbegründung unter Verweis auf die *AKI*-Entscheidung erneut auf die Differenzierung zwischen erlaubter Nachahmung und unlauterer unmittelbarer Ausnutzung der Leistung des Mitbewerbers zurück, wobei er letztere auch hier wieder als „Schmarotzen" brandmarkt.[19] Insbesondere aber stellt der BGH ausdrücklich klar, dass ein solches Verhalten „auch ohne das Hinzutreten besonderer Umstände"[20] gegen die Grundsätze des lauteren Wettbewerbs verstößt.

d) Spätere Entscheidungen

Der BGH führte die aufgezeigte Linie noch einige Jahre konsequent fort. In der *Apfelmadonna*-Entscheidung[21] vom 13.10.1965 differenzierte er die unmittelbare Ausnutzung eines fremden Leistungsergebnisses von der Nachbildung. Eine solche Art der Ausschlachtung sei wettbewerbsrechtlich unlauter, wenn dadurch ein fremdes, den Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten voraussetzendes Leistungsergebnis ohne ins Gewicht fallende zusätzliche eigene Leistung zur Förderung des eigenen Erwerbs unter Schädigung der wettbewerblichen Stellung desjenigen, der das Leistungsergebnis geschaffen hat, mühelos ausgebeutet werde.[22]

In der *Saxophon*-Entscheidung vom 24.6.1966 verneinte der BGH das Vorliegen der unmittelbaren Ausbeutung eines fremden Leistungsergebnisses. Sodann prüfte der Gerichtshof, ob unter anderen Gesichtspunkten Unlauterkeit zu bejahen sei. Im Kontext der vom Kläger gerügten Preisunterbietung durch den Beklagten knüpfte der BGH noch einmal argumentativ an die unmittelbare Leistungsübernahme an und führte aus, „[g]erade eine unmittelbare, mühelose Vervielfältigung mit Hilfe technischer Verfahren kann erfahrungsgemäß, sofern sie sich auf ein mit hohen Entwicklungskosten belastetes Arbeitsergebnis bezieht, zu einer so erheblichen, sich im Verkaufspreis niederschlagenden Diskrepanz der Gestehungskosten der beiderseitigen Erzeugnisse führen, dass im Bereich der nur wettbewerbsrechtlich schutzwürdigen Leistungen auf bestimmten Gebieten jeder Anreiz zur Fortentwicklung des Standes der Technik genommen wäre."[23]

2. Zweite Phase: Hinzutreten besonderer Umstände erforderlich

a) Urt. v. 30.10.1968 – Reprint

Die Parteien in der *Reprint*-Entscheidung[24] waren beide Verleger wissenschaftlicher Werke. Der Kläger hatte die Verlagsrechte für ein zwischenzeitlich gemeinfrei gewordenes Werk des Romanisten Gustav Gröber inne. Die Beklagte stellte mittels fotomechanischen Nachdrucks Kopien eines Bandes dieser Werke her und vertrieb diese, nachdem die Klägerin der Beklagten auf Nachfrage zuvor die Abdruckerlaubnis verweigert hatte. Der BGH verneinte einen Wettbewerbsverstoß. In seiner Begründung führte er aus, dass ein ausnahmslos geltender Rechtssatz des Inhalts, dass jede unmittelbare Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnisses wettbewerbswidrig sei, wenn sie ohne eigene nachschaffende Leistungen geschehe, von ihm niemals aufgestellt worden sei – dies mag mit Blick auf die unter I.1. genannten Entscheidungen ein Fragezeichen wert sein oder auch nicht, dazu sogleich. Auch könne ein solcher Automatismus grundsätzlich nicht anerkannt werden.[25] Gegenteiliges ergäbe sich auch nicht aus der Entscheidung *Apfel-Madonna*. In ihr wurde der Wettbewerbsverstoß nämlich schon deswegen verneint, weil der Beklagte eine eigene Leistung erbracht habe.

Hinsichtlich der Frage, wann eine unmittelbare Leistungsübernahme wettbewerbswidrig sei, knüpfte der BGH im Wesentlichen an die Entscheidungen des RG *Schallplatten*[26] und *Puppen*[27] an. Demnach sei die Aneignung des fremden Arbeitsergebnisses dann wettbewerbswidrig, wenn der Geschädigte unbilligerweise um die Früchte seiner Arbeit gebracht werde. Dies wiederum sei maßgeblich danach zu entscheiden, ob der Geschädigte durch das Verhalten des Nachahmenden mit einem zusätzlichen Risiko belastet werde, das zu tragen ihm nicht zugemutet werden könne.[28]

17) BGHZ 37, 1, 20 – AKI.
18) BGHZ 39, 352, 355 f. – Vortragsabend.
19) Vgl. auch BGHZ 44, 288, 296 – Apfel-Madonna.
20) BGHZ 39, 352, 356 – Vortragsabend.
21) BGHZ 44, 288 – Apfel-Madonna.
22) BGHZ 44, 288, 296– Apfel-Madonna.
23) BGH, GRUR 1966, 617, 619 – Saxophon.
24) BGH, GRUR 1969, 186 – Reprint, mit zust. Anmerkung Kleine.
25) BGH, GRUR 1969, 186, 188 – Reprint.
26) RGZ 73, 294, 297 – Schallplatten.
27) RG, GRUR 1927, 132 – Puppen.
28) BGH, GRUR 1969, 186, 188 – Reprint.

In der Literatur wurde die *Reprint*-Entscheidung als klarer Bruch mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung verstanden.[29] Während etwa in den Entscheidungen *Schallplatten* oder *Vortragsabend* noch die unmittelbare Leistungsübernahme per se verboten gewesen sein soll, fordere der BGH nunmehr darüber hinausgehende besondere Umstände. Der Bruch entpuppt sich bei näherem Hinsehen freilich als weniger gravierend als man zunächst meinen könnte. Bis zur *Saxophon*-Entscheidung differenzierte der BGH strikt zwischen der Nachahmung und der unmittelbaren Leistungsübernahme. Die Nachahmung fremder Leistungen erachtete er grundsätzlich als wettbewerbsrechtlich zulässig. Etwas anderes gelte nur dann, wenn zusätzliche, die Unlauterkeit begründende Merkmale hinzuträten. Demgegenüber war die unmittelbare Leistungsübernahme von diesem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit von vornherein nicht erfasst. Diese sei auch ohne das Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbswidrig, wenn es an einer Einverständniserklärung des Leistenden fehlt und hierdurch dessen eigene Erwerbsaussichten gemindert werden (*Figaros Hochzeit*[30]), oder wenn die Leistung von einem Dritten für eigene Erwerbszwecke ausgebeutet und damit demjenigen Schaden zugefügt wird, auf den dieses Leistungsergebnis, das den Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten voraussetzt, allein zurückzuführen ist (*Saxophon*[31]). Diese Umstände, die der BGH trotz des vermeintlichen per se-Verbots angeführt hat, hätten ebenso herangezogen werden können, um die nunmehr zusätzlich geforderten besonderen Umstände zu begründen, führen sie doch dazu, dass der Nachgeahmte mit einem – je nach Sachlage auch unzumutbaren – zusätzlichen Risiko belastet wird. Diese Linie wurde in den unter b) und c) unten in gebotener Kürze darzustellenden Entscheidungen fortgesetzt und verfestigt.

b) Urt. v. 19.1.1973 – Modeneuheit

Der Kläger gestaltete Stoffe und Modeerzeugnisse für die Haute Couture. Die Beklagte kaufte diese vom Kläger, ließ die Stoffe nachfertigen und fertigte aus diesen Stoffen Konfektionswaren, die eine Nachahmung der Modeerzeugnisse der Klägerin waren. Der BGH griff in seiner Urteilsbegründung die erstmals vom RG angewandte und vom BGH in der *Reprint*-Entscheidung reaktivierte Formel zur Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes wieder auf. Zunächst betonte er den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und forderte besondere, außerhalb des sonderschutzrechtlichen Tatbestandes liegende Umstände.[32] Diese sah das Gericht im entscheidenden Fall als erfüllt an, denn „[d]er wettbewerbliche Vorsprung, der grundsätzlich dem gebührt, auf dessen Initiative das Muster zurückgeht, wird diesem abgeschnitten und er wird um die Früchte seiner Arbeit gebracht, wenn Mitbewerber ihm in der gleichen Saison mit identischen oder nahezu identischen Nachahmungen – unter Ersparung der Entwurfskosten – Konkurrenz machen“[33].[34]

c) Urt. v. 6.5.1999 – Tele-Info-CD

Kläger waren die Deutsche Telekom AG sowie ein Tochterunternehmen, welches sämtliche amtlichen Telefonbücher in Deutschland herausgab. Die Beklagten gaben unter der Bezeichnung Tele-Info-CD ein elektronisches Verzeichnis der Telefonteilnehmer in Deutschland heraus. Die hierfür verwendeten Daten stellten sie nicht selbst zusammen, sondern erhielten sie durch Einscannen der Telefonbücher der Kläger. Der BGH bejahte einen Wettbewerbsverstoß, wobei er auf eine Art Wechselwirkungslehre rekurrierte. Die Übernahme einer fremden Leistung könne bei Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbswidrig sein.[25] Da es sich vorliegend um einen Fall der unmittelbaren Leistungsübernahme handele, seien an die Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten keine hohen Anforderungen zu stellen. Sodann bejahte der BGH die Unlauterkeit unter den Gesichtspunkten der Rufausbeutung und Behinderung. Die Rufausbeutung liege darin, dass der Verbraucher wisse, dass die Telefonbücher aus amtlichen Beständen stammen und deshalb eine hohe Qualitätsvorstellung mit ihnen verbinde. Die unlautere Behinderung begründete der BGH demgegenüber mit wirtschaftlichen Aspekten: „Die systematische Leistungsübernahme führt jedenfalls dadurch zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Klägerin, dass sie (...) dem Wettbewerb – insbesondere auch dem Preiswettbewerb – eines Konkurrenzprodukts ausgesetzt ist, das – ohne dass ein entsprechender Aufwand (...) geleistet werden muss – auf der unmittelbar von der Klägerin übernommenen Leistung aufbaut.“[36]

3. Dritte Phase: Die Rechtsprechung nach der UWG-Novelle 2004

a) Exkurs: Zum unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz i.R.d. UWG-Novelle 2004

In der Literatur wurde gerade mit Blick auf die *Tele-Info-CD*-Entscheidung bemängelt, dass die Argumentation des BGH doch reichlich affektiert wirke. Man führe vermeintlich die Unlauterkeit begründende Umstände ins Feld, wo doch eigentlich ein direkter Schutz der unternehmerischen Leistung als solcher intendiert sei.[37] Um es mit den treffenden Worten *Ohlys* zu sagen: Indem der BGH unter dem Vorwand des mittelbaren Leistungsschutzes die Leistungsübernahme selbst verboten hat, schlug er den Sack des Handlungsunrechts und meinte doch den Esel der Nachahmung.[38]

Diese Situation wurde verbreitet als unbefriedigend empfunden und so nimmt es kein Wunder, dass im Zusammenhang mit der UWG-Novelle 2004 auch der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Nachahmungen diskutiert wurde. So wurde eine Regelung angedacht, die die unmittelbare Leistungsübernahme oder sklavische Nachahmung schutzwürdiger Leistungen grundsätzlich untersagt und im Gegenzug Ausnahmen für einen „fair use“ bereitstellt.[39] Dem ähnelt ein von *Fezer* unterbreiteter Regelungsvorschlag:

29) *Luchterhand*, GRUR 1969, 581, 588; ebenso *Haß*, GRUR 1979, 361, 363; *Maume*, MMR 2009, 398; *Sack*, WRP 2005, 531, 537.
30) BGH, GRUR 1960, 614, 617 – Figaros Hochzeit.
31) BGHZ 37, 1, 20 – AKI.
32) BGHZ 60, 168, 169 – Modeneuheit.
33) BGHZ 60, 168, 170 f. – Modeneuheit.
34) Vgl. *Wiebe*, in: FS Schricker, 2005, S. 773, 776 der hier ein in richterlicher Rechtsfortbildung geschaffenes Ausschließungsrecht erblickt.
35) BGH, GRUR 1999, 923, 926 f. – Tele-Info-CD.
36) Ebd., S. 927.
37) *Sambuc*, GRUR 2002, 1044; ähnlich *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 662 mit Blick auf die Rufausbeutung.
38) *Ohly*, GRUR 2010, 487, 489.
39) *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1384.

„Wer eine schutzwürdige Leistung eines anderen ohne sachlich gerechtfertigten Grund übernimmt oder wesentlich nachahmt, handelt unlauter im Sinne des § 1 UWG.“[40]

Im Ergebnis konnten sich diese Anregungen und Vorschläge jedoch nicht durchsetzen. Nachdem der Gesetzgeber in der Vergangenheit schon im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Produktpiraterie ausdrücklich davon abgesehen hat, die unmittelbare Leistungsübernahme ohne zusätzliche, die Unlauterkeit begründende Umstände als gesetzliches Beispiel wettbewerbswidrigen Verhaltens aufzunehmen[41], stellte er auch im Zuge der UWG-Novelle 2004 klar, dass durch die Regelung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit nicht in Frage gestellt werden solle. Daher sei das bloße Nachahmen einer fremden Leistung auch künftig nur unter besonderen, die Wettbewerbswidrigkeit begründenden Umständen wettbewerbswidrig.[42] Vor diesem Hintergrund entschied sich der Gesetzgeber für die auch heute noch gültige Fassung des § 4 Nr. 9 UWG. Danach handelt insbesondere unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind. Voraussetzung ist aber, dass er dabei eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt (§ 4 Nr. 9 lit. a UWG), die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt (§ 4 Nr. 9 lit. b UWG) oder die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat (§ 4 Nr. 9 lit. c UWG).

Diese Kodifizierung von Marktverhaltensregeln in § 4 Nr. 9 UWG warf – gerade auch mit Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte – die Frage auf, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen in Zukunft außerhalb der normierten Tatbestände (unmittelbarer) wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gewährt werden könne. Während der überwiegende Teil der Literatur darauf verwies, dass der Beispielskatalog nicht abschließend und deshalb auf der Grundlage der Generalklausel des § 3 UWG auch weiterhin unmittelbarer Leistungsschutz zu gewähren sei[43], sprachen sich andere Stimmen dezidiert gegen den lauterkeitsrechtlichen Schutz der Leistung als solcher aus.[44] Eine erste Möglichkeit zur Stellungnahme nach der UWG-Novelle 2004 bot sich dem BGH in der nachfolgend unter b) skizzierten Entscheidung.

b) Urt. v. 2.12.2004 – Metallbett

Hintergrund der *Metallbett*-Entscheidung[45] ist ein Streit zwischen mehreren mit Möbeln handelnder Parteien. Die Parteien stritten sich u.a. um die Frage, ob die erfolgte Nachahmung eines bestimmten Metallbetts unter den Gesichtspunkten des Ausnutzens fremden Vertragsbruchs bzw. der Herkunftstäuschung wettbewerbswidrig war. In seiner Urteilsbegründung griff der BGH wie schon vor der Novelle auf eine Wechselwirkungslehre zurück: Demnach kann die Nachahmung eines Erzeugnisses mit wettbewerblicher Eigenart wettbewerbswidrig sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. „Dabei besteht zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen (...). In der am 8.7.2004 in Kraft getretenen Fassung des UWG vom 3.7.2004 (BGBl. I, 1414) ist diese Fallgruppe des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in § 4 Nr. 9 geregelt.“[46]

In der Literatur wurde diese Passage teilweise dahingehend gedeutet, dass der BGH den unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz in § 4 Nr. 9 UWG verortet habe.[47] Dem liegt wohl ein Missverständnis zugrunde. Der BGH differenziert an der genannten Stelle überhaupt nicht zwischen unmittelbarem und mittelbarem Leistungsschutz; der Umstand, dass er nur auf § 4 Nr. 9 UWG abstellt, ist der Tatsache geschuldet, dass in der Entscheidung die vermeidbare Herkunftstäuschung im Vordergrund stand.[48] Der unmittelbare Leistungsschutz als solcher wird dabei überhaupt nicht angesprochen.

c) Urt. v. 2.12.2004 – Klemmbausteine III

In *Klemmbausteine III* stellten die Klägerinnen die weltbekannten Lego-Bausteine her und vertrieben diese. Die Beklagten wollten kompatible Klemmbausteine in China produzieren und in Deutschland vertreiben. Dabei beriefen sich die Klägerinnen unter anderem auf die beiden vorangegangenen *Klemmbausteine*-Entscheidungen[49] und darauf, dass das Vorhaben der Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Einschiebens in eine fremde Serie wettbewerbswidrig sei. Der BGH verneinte lauterkeitsrechtliche Ansprüche und stellte fest, dass der wettbewerbliche Schutz nicht unbegrenzt gelte, sondern sich an den hierfür sondergesetzlich vorgesehenen Fristen orientiere. Vorliegend sei diese Schutzfrist jedenfalls abgelaufen.[50] Im Hinblick auf das hier in Rede stehende Thema des unmittelbaren Leistungsschutzes ist dabei eine Passage in der Urteilsbegründung von Interesse, in welcher der BGH ausführt, dass es zur Wahrung der Wettbewerbsfreiheit erforderlich sei, den ergänzenden Leistungsschutz, soweit er den „Schutz der Leistung als solchen“ zum Gegenstand hat, anders als in den gesetzlich normierten Fällen von § 4 Nr. 9 lit. a bis c, Nr. 10 UWG zeitlich zu begrenzen.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der BGH in *Klemmbausteine III* die Frage nach dem unmittelbaren wettbewerbs-

40) *Fezer*, WRP 2001, 989, 1007.
41) Vgl. BT-Drucks. 11/4792, S. 19 f.; BlPMZ 1990, 173, 176.
42) BT-Drucks. 15/1487, S. 18.
43) *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, 713, 717; *Sack*, WRP 2005, 531, 536 f.; vgl. auch *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 18, wonach der Gesetzgeber mit der Novelle den unmittelbaren Leistungsschutz zwar nicht abgeschafft, diesen aber bewusst zurückgedrängt habe.
44) *Wiebe*, FS Schricker, 2005, S. 773, 778 ff. mit systematischen Erwägungen; *Heyers*, GRUR 2006, 23, 26 f.; *Schrader*, WRP 2005, 562, 563; *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1210, verweist darauf, dass der Gesetzgeber Unbehagen dabei verspürte, den unmittelbaren Leistungsschutz ausdrücklich zu normieren und kommt selbst zu dem Ergebnis, dass systematische, dogmatische und praktische Bedenken entscheidend gegen seine Zuerkennung sprächen.
45) BGH, GRUR 2004, 941 – Metallbett.
46) BGH, GRUR 2004, 941, 942 f. – Metallbett.
47) Vgl. *Sack*, WRP 2005, 531, 537 Fn. 87.
48) *Ohly*, in: FS Ullmann, 2006, S. 795, 806 Fn. 51.
49) BGHZ 41, 55 – Klemmbausteine I; BGH, GRUR 1992, 619 – Klemmbausteine II.
50) BGHZ 161, 204, 213 f. – Klemmbausteine III.

rechtlichen Leistungsschutz noch offen gelassen hat.[51] Überzeugender ist aber die Auslegung, wonach der BGH en passant und zugegebenermaßen etwas einsilbig festgestellt hat, dass es auch weiterhin außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Fallgruppen Nachahmungssachverhalte gibt, die lauterkeitsrechtlichen Schutz der Leistung als solchen erfordern. Dieser könne nur, was der BGH in *Klemmbausteine III* freilich nicht ausdrücklich gesagt hat, lediglich auf Grundlage der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG gewährt werden.[52] Es liegt auf der Hand, dass die Entscheidung von den Kritikern des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes eher zurückhaltend aufgenommen wurde. Vorzugswürdig scheint ihnen eine Lösung innerhalb des Systems der immaterialgüterrechtlichen Sonderschutzrechte.[53]

C. Die hartplatzhelden.de-Entscheidung

I. Sachverhalt und Verfahrensgang

Kläger war der Württembergische Fußballverband e.V. (WFV) in dem sich mehrere Fußballsport betreibender Vereine zusammengeschlossen haben. Zu den satzungsmäßigen Aufgaben des WFV gehören das Ausrichten von Fußballspielen im Amateurbereich. Nach § 13 der Vereinssatzung hat der WFV das Recht, „über Fernseh- und Hörfunkübertragungen von Verbands- und Freundschaftsspielen Verträge zu schließen und die Vergütungen aus solchen Verträgen für die Vereine treuhänderisch zu vereinnahmen und an diese zu verteilen." Die beklagte Hartplatzhelden GmbH betreibt unter der Domain hartplatzhelden.de ein durch Werbeeinnahmen finanziertes Internetportal. Es bietet Internetnutzern die Möglichkeit, nach vorheriger Anmeldung selbstgefertigte Filmaufnahmen von Fußballspielen einzustellen. Es handelt sich um Ausschnitte von 60 bis 90 Sekunden, die über das Portal von jedermann kostenlos abgerufen und angesehen werden können.

Das LG Stuttgart entschied, dass der WFV von den Betreibern des Internetportals gem. §§ 3, 8 UWG Unterlassung der öffentlichen Wiedergabe der vom WFV veranstalteten Fußballspiele verlangen könne. Die Leistung des Klägers liege u.a. in der Organisation des Spielbetriebs, der Aufstellung der Spielpläne, der Ausbildung von Schiedsrichtern und Ordnern sowie der Zurverfügungstellung einer Sportgerichtsbarkeit. Hierbei handele es sich um Vorleistungen, die Grundlage für das Stattfinden der einzelnen Fußballspiele seien. Indem die Beklagte über das Internetportal Aufnahmen aus diesen Spielen anderen zugänglich macht, „übernimmt [sie] i.S.v. § 4 Nr. 9 UWG das Leistungsergebnis des Klägers und beeinträchtigt diesen in der Vermarktung der von ihm organisierten Fußballspiele (§ 4 Nr. 10 UWG)"[54].

Auf die Berufung der Beklagten bestätigte das OLG Stuttgart das erstinstanzliche Urteil. Das Gericht stützte den Unterlassungsanspruch des Klägers primär auf §§ 3, 4 Nr. 9 lit. b UWG, daneben ergänzend auf §§ 1004, 823 BGB. Dabei stellte das Gericht auf die Fußballspiele ab, bei denen es sich um nachahmungsfähige Leistungen i.S.v. § 4 Nr. 9 UWG handele.[55] Diese Leistung sei in den vom Kläger geschaffenen organisatorischen Rahmen für den Wettkampfsport im Amateurbereich – der lauterkeitsrechtlich nicht anders als der Profibereich zu behandeln sei – insofern verwoben, als dass die Leistung „Fußballspiel" erst durch das Zusammenwirken der Vereine mit dem WSV zustande komme. Deshalb sei die Verwertung der Filmausschnitte über das Internetportal eine unmittelbare Übernahme eines Leistungsteils der WFV. Unter Verweis auf die *Vortragsabend*-Entscheidung[56] kam das OLG Stuttgart zu dem Schluss, die Aufzeichnungen seien schon dann unlauter, wenn sie – wie vorliegend der Fall – ohne Erlaubnis erfolgen.[57]

II. Kritik an den Entscheidungen des LG und OLG Stuttgart

Schon die beiden instanzgerichtlichen *hartplatzhelden.de*-Entscheidungen wurden kontrovers diskutiert. Dies lag nicht nur daran, dass es in der Sache um des Deutschen „liebstes Kind" – den Fußball – ging, sondern auch und insbesondere daran, dass die Sache offene Fragen des unmittelbaren Leistungsschutzes und des Verhältnisses zwischen Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht betraf – ein Themenfeld also, welches gerade mit Blick auf die UWG-Novelle 2004 noch einiges an richterlichem Klärungsbedarf aufwies.

Die Deutungen namentlich der Rechtsprechung des OLG Stuttgarts gingen weit auseinander. Teilweise wurde betont, das Gericht habe die Frage nach einem § 4 Nr. 9 UWG ergänzenden Leistungsschutz auf Grundlage des § 3 UWG ausdrücklich offengelassen.[58] Das ist insoweit richtig, als dass der argumentative Weg über die Generalklausel nicht beschritten wurde. Andere Stimmen gehen davon aus, das Gericht habe den unmittelbaren Leistungsschutz zumindest implizit anerkannt, indem es nicht auf die Voraussetzungen des mittelbaren Leistungsschutzes, sondern auf einen „per-se-Schutz des Veranstalters" abstellte.[59] Für diese Ansicht spricht zumindest, dass das OLG Stuttgart unter Bezugnahme auf die *Vortragsabend*-Entscheidung von der unmittelbaren Übernahme eines Leistungsteils sprach, in der Sache also in die Richtung eines unmittelbaren Leistungsschutzes argumentierte. Dieser Bewertung ähnelt die Feststellung, dass die Ansicht des OLG Stuttgart, dass sich eine unlautere Rufausnutzung bereits daraus ableiten lässt, dass ein mit Kosten und Mühen geschaffenes Produkt nachgeahmt wird, im Ergebnis auf einen durch § 4 Nr. 9 lit. b UWG vermittelten unmittelbaren Leistungsschutz hinausliefe.[60]

Jenseits der Frage, wie sich das OLG Stuttgart zum unmittelbaren Leistungsschutz positionieren wollte, stieß die Entschei-

51) *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1205, Fn. 18; in diese Richtung auch *Stieper*, WRP 2006, 291, 296.
52) *Ohly*, in: FS Ullmann, 2006, S. 795, 805 f., der als Grundlage hierfür auf § 3 UWG in direkter Anwendung verweist; ebenso *Schröer*, Der unmittelbare Leistungsschutz, 2010, S. 333 f.; *Glöckner*, in: Ohly/Klippel, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, 2007, S. 145, 158.
53) So etwa *Schrader*, WRP 2005, 562 f.; ähnlich *Heyers*, GRUR 2006, 23 ff.
54) LG Stuttgart, MMR 2008, 551, 553 – hartplatzhelden.de.
55) OLG Stuttgart, MMR 2009, 395, 396 – hartplatzhelden.de.
56) BGHZ 39, 352, 354 ff. – Vortragsabend.
57) OLG Stuttgart, MMR 2009, 395, 397 – hartplatzhelden.de.
58) *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 663.
59) *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1207; im Ergebnis wohl auch *Peukert*, WRP 2010, 316, der das Urteil auch mit Blick darauf kritisiert, dass sich der Gesetzgeber bei der UWG-Novelle 2004 ausdrücklich gegen den unmittelbaren Leistungsschutz entschieden habe; *Fesenmair*, NJOZ 2009, 3673, 3678 sieht ebenfalls einen möglichen Fall der unmittelbaren Ausnutzung einer Leistung gegeben.
60) So *Ohly*, GRUR 2010, 487, 490.

dung – wie bereits zuvor das Urteil des LG Stuttgart – in der Literatur praktisch durchweg auf deutliche Ablehnung.[61] Kritisiert wurde u.a., dass die Beklagte schon überhaupt keine Leistung des Klägers nachgeahmt habe. Die Internetplattform hartplatzhelden.de habe allenfalls im sehr geringen Umfang mit der Leistung des WFV (Organisation des Spielbetriebs, Aufstellung der Spielpläne etc.) zu tun.[62] Auch wurde eine nach Auffassung der Kritiker oberflächliche und wenig überzeugende Subsumtion unter die lauterkeitsrechtlichen Tatbestände kritisiert.[63] Zudem sei die vom Gericht angeführte *Vortragsabend*-Entscheidung nicht einschlägig, da sie zum Einen vor einem anderen rechtlichen Hintergrund ergangen sei und sich der BGH zum Anderen seit Ende der 1960er Jahre – gemeint ist seit der *Reprint*-Entscheidung – bewusst vom unmittelbaren Schutz von Leistungsergebnissen abgewendet habe.[64]

III. BGH, Urt. v. 28.10.2010 – hartplatzhelden.de

Auch nach der *Klemmbausteine III*-Entscheidung wurde die Meinung vertreten, der BGH habe sich nach der UWG-Novelle noch nicht dazu eingelassen, ob auf Grundlage der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG ausnahmsweise unmittelbarer Leistungsschutz gewährt werden könne.[65] Insoweit wurde die Entscheidung des BGH im Fall *hartplatzhelden.de* mit Spannung erwartet, schien sie doch angesichts eines zunehmend unübersichtlicher werdenden Meinungsstandes eine willkommene Gelegenheit zur Positionierung zu bieten. Der BGH hat – soviel sei vorweggenommen – diese Gelegenheit verstreichen lassen.

Anders als die Vorinstanzen sah der BGH durch das Internetangebot hartplatzhelden.de Wettbewerbsrecht nicht beeinträchtigt. Dabei verneinte der BGH insbesondere eine Verletzung des § 4 Nr. 9 lit. b UWG. Der Ansicht des Berufungsgerichts, wonach der Betreiber der Internetplattform einen Teil der Leistung „Fußballspiel" in der Ausgestaltung übernehme, wie sie sich aus dem Zusammenwirken des Klägers mit den ihm angehörigen Vereinen ergäbe, könne nicht gefolgt werden. Dabei könne offenbleiben, ob und in welchem Umfang die Veranstaltung eines Fußballspiels eine nach § 4 Nr. 9 UWG schutzfähige Leistung sei, da die auf hartplatzhelden.de angebotene Leistung jedenfalls kein Fußballspiel oder auch nur eine mit einem Fußballspiel vergleichbare Leistung sei. Auch sei die Filmaufzeichnung eines (Teils eines) Fußballspiels keine Nachahmung dieser Leistung, sondern lediglich eine an das Fußballspiel und dessen Veranstaltung anknüpfende eigenständige Leistung.[66]

Sodann differenziert der BGH unter Verweis auf die oben referierten Entscheidungen *Figaros Hochzeit*, *AKI* und *Vortragsabend* zwischen der Nachahmung einer Leistung oder eines Teils derselben und der hiervon zu unterscheidenden unmittelbaren Übernahme des Leistungsergebnisses eines Dritten. Im vorliegenden Fall könne man, so der BGH, in dem streitgegenständlichen Internetangebot allenfalls eine solche unmittelbare Übernahme der Leistungen der am Fußballspiel Beteiligten (zu denen gegebenenfalls auch der organisierende Verband gehöre) sehen. Allerdings stellt der BGH sodann unter Verweis auf *Klemmbausteine III* klar, dass der unmittelbare Schutz des Leistungsergebnisses als solchem – anders als die häufig gleichfalls als unmittelbare Leistungsübernahme bezeichnete identische Nachahmung fremder Leistungen – keinesfalls Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Schutzes nach § 4 Nr. 9 UWG sei.

Damit gelangt der BGH zu der eigentlich interessierenden Frage, nämlich der nach einem etwaigen aus der Generalklausel abgeleiteten unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz. Hierzu führt der BGH aus, es könne dahinstehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen unmittelbarer Leistungsschutz auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 UWG gewährt werden könne, wenn die Voraussetzungen der in § 4 Nr. 9 UWG geregelten Unlauterkeitstatbestände nicht vorliegen. Dem Kläger stehe jedenfalls zum Schutz seiner organisatorischen Leistungen kein unmittelbar auf §§ 8, 3 Abs. 1 UWG zu stützender Abwehranspruch zu. Zur Begründung führt der BGH aus, dass der vom Kläger begehrte Rechtsschutz nicht erforderlich sei, um für ihn ein Leistungsergebnis zu schützen, für das er erhebliche Investitionen getätigt hätte und dessen Erbringung und Bestand ohne diesen Rechtsschutz ernstlich in Gefahr gerieten. Im Hinblick auf die zur Durchführung des Spielbetriebs notwendigen Investitionen unterscheide sich der Amateurbereich nämlich vom Profibereich u.a. dadurch, dass der Vergabe von Übertragungs- und Aufzeichnungsrechten im letzteren keine maßgebliche Rolle zukäme. Zudem könne der Verband die wirtschaftliche Verwertung dadurch sichern, dass er über das Hausrecht des Berechtigten ohne Gegenleistung gefertigte Filmaufnahmen unterbinden könne. In diesem Kontext greift der BGH seine Rechtsprechung in *Figaros Hochzeit* auf und stellt fest, das Verhalten der Beklagten könne unter diesen Vorzeichen „auch nicht deshalb als unzulässig angesehen werden, weil sie sich damit Leistungen Dritter, die erfahrungsgemäß nur gegen eine angemessene Vergütung zur Verfügung gestellt werden, ohne Erlaubnis aneigneten und kostenlos zur Förderung des eigenen Gewinnstrebens ausnutzten". Auch sei der vorliegende Sachverhalt nach Ansicht des BGH nicht mit demjenigen vergleichbar, den er in seiner *Vortragsabend*-Entscheidung zu beurteilen hatte. Das Anfertigen einer Tonbandaufnahme ohne Erlaubnis des Veranstalters rechtfertigte dort den Unlauterkeitsvorwurf, weil sie die Gefahr begründete, dass die Leistung des Veranstalters zu Zwecken ausgewertet wird, die der Nachfrage nach den von ihm angebotenen Unterhaltungsdarbietungen in Form von Vortragsabenden abträglich sein könnten. Im vorliegenden Fall bestehe demgegenüber keine Gefahr, dass durch die Aufnahme und Wiedergabe von Spielszenen im Internet, die Nachfrage nach den vom Kläger mitveranstalteten Amateur-Fußballspielen berührt werde – eine Fest-

61) Zum Urteil des LG Stuttgart: *Ernst*, CaS 2008, 289; *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2008 Anm. 5; *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553; *Maume*, MMR 2008, 797; *Frey*, CR 2008, 530; zum Urteil des OLG Stuttgart: *Feldmann*, jurisPR-ITR 13/2009 Anm. 2; *Ernst*, jurisPR-WettbR 5/2009 Anm. 3; *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659; *Ohly*, CaS 2009, 148; *Maume*, MMR 2009, 398; *Fesenmair*, NJOZ 2009, 3673, 3678.
62) *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 663 f.; *Fesenmair*, NJOZ 2009, 3673, 3678.
63) *Peukert*, WRP 2010, 316, 318; *Ohly*, GRUR 2010, 487, 488.
64) *Maume*, MMR 2009, 398.
65) *Ohly*, GRUR 2010, 487, 491.
66) Der BGH verweist an dieser Stelle umfangreich auf die Literatur: *Ernst*, juris PR-WettbR 5/2009, Anm. 3; *Feldmann/Höppner*, K&R 2008, 421, 424; *Hoeren/Schröder*, MMR 2008, 553, 554; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 9.38; *Ohly*, in: Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4 Rn. 9/45; *ders.*, GRUR 2010, 487, 492.

stellung, hinter die man zumindest ein kleines Fragezeichen setzen kann.

IV. Kritik

Schon kurz nach Veröffentlichung der Entscheidungsgründe haben sich diverse Stimmen zu der Entscheidung positioniert. Angesichts der Tragweite des behandelten Themenfeldes ist davon auszugehen, dass die damit angestoßene Diskussion länger andauern wird. Mit Blick darauf, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen in der Literatur durchgehend massiv kritisiert wurden, erstaunt es nicht, dass man sich jetzt jedenfalls insoweit einig ist, dass die Aufhebung der als verfehlt empfundenen instanzgerichtlichen Rechtsprechung begrüßt wird. Weitaus weniger Einigkeit herrscht hingegen bei der Frage, welche Folgerungen aus der *hartplatzhelden.de*-Entscheidung im Hinblick auf den unmittelbaren Leistungsschutz zu ziehen sind. Teilweise wird darauf verwiesen, dass der BGH das Merkmal des allgemeinen Marktversagens aufgreife. Dies zeige, dass er keine grundlegenden systematischen Bedenken gegen einen Rückgriff auf § 3 I UWG als Basis für Vermarktungsmodelle hegt, selbst wenn § 4 Nr. 9 UWG nicht greift.[67] Dem ähnelt die Einschätzung, dass die Entscheidung Perspektiven eröffne, auch zukünftig durch die Generalklausel vermittelten unmittelbaren Leistungsschutz i.R.d. Fallgruppe der Marktstörung zu gewähren. Dies sei aber insoweit problematisch, als dass dieser Tatbestand so schwerfällig sei, dass er dem unmittelbaren Leistungsschutz nur wenig Platz belasse.[68] Andere Stimmen sprechen sich hingegen trotz des vom BGH vorsichtig formulierten Hintertörchens des möglichen Rückgriffs auf die lauterkeitsrechtliche Generalklausel explizit dagegen aus, einen durch diese vermittelten unmittelbaren Leistungsschutz zu gewähren. Zwar drohe in bestimmten Konstellationen ein Marktversagen. Diesen Umstand über § 3 I UWG zu regeln erscheine aber aus zwei Gründen unbefriedigend: Zum Einen dürfte der Veranstalter damit aufgrund eines umfassenden Leistungsschutzes vielfach besser stehen als im Falle des gesetzlich normierten § 4 Nr. 9 UWG, zum Anderen werde § 4 Nr. 9 UWG durch die Anwendbarkeit der Generalklausel auf diese Fälle obsolet.[69] Im Ergebnis erlaube es die derzeitige Rechtslage (nach *hartplatzhelden.de*) nicht, parasitäre Übernahmen der Leistung als solcher zu untersagen, wenn nicht auch die Art und Weise der Übernahme unlauter ist.[70]

V. Stellungnahme

Mit der vorliegenden Entscheidung macht der BGH all jenen eine Freude, die eine Kommerzialisierung und Monopolisierung des Amateurfußballs befürchtet haben. Zugleich enttäuscht er aber all jene, die sich – wie die Verfasser dieses Beitrags – erhofft haben, dass der nicht enden wollende Streit um den unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz durch eine klare Positionierung des BGH ein Ende findet. Das einzig verbindliche, was sich der Entscheidung insoweit entnehmen lässt, ist, dass die unmittelbare Leistungsübernahme jedenfalls nicht unter § 4 Nr. 9 UWG fällt. Diese Klarstellung ist angesichts der zu Recht als oberflächlich gescholtenen und inhaltlich interpretationsbedürftigen Entscheidung der Vorinstanzen und auch mit Blick auf die o.g. Deutung der *Metallbett*-Entscheidung des BGH[71] nachvollziehbar, war aber gleichwohl alles andere als überraschend und bringt daher die Diskussion in den entscheidenden Schritten nicht voran. Denn soweit die Annahme vertreten wird, das Lauterkeitsrecht solle unter bestimmten Umständen die Leistung als solche schützen, wird dieser Schutz praktisch unisono aus § 3 Abs. 1 UWG hergeleitet.[72] Die Gretchenfrage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen aus der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel unmittelbarer Leistungsschutz abgeleitet werden kann, lässt der BGH dann aber ausdrücklich offen. Tatsächlich geht der BGH damit sogar einen Schritt hinter *Klemmbausteine III* zurück, wo er zumindest angedeutet hat, dass es jenseits der in § 4 Nr. 9, 10 UWG ausdrücklich normierten Fälle einen „Schutz der Leistung als solcher“ geben kann. Bis der BGH zur Frage des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes eindeutig Flagge zeigt, steht zu befürchten, dass er, wie seit der *Reprint*-Entscheidung zur nicht sehr glücklichen Angewohnheit geworden, auch in Zukunft im Einzelfall unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz „unter falscher Flagge“[73] gewähren und damit § 4 Nr. 9, 10 UWG unnötig überfrachten wird. Die vom BGH dabei stets betonte Forderung, dass über die bloße unmittelbare Leistungsübernahme hinaus, besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten müssen, wurde vielfach und zu Recht kritisiert: Es ist eine Scheinformel ohne greifbaren Inhalt[74], in einigen Entscheidungen muss man die vom Gericht für gegeben erachteten besonderen Umstände mit der Lupe suchen[75] und besondere Umstände lassen sich im Zweifel immer begründen[76] so dass das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen besonderer Umstände im Einzelfall nicht vorhersehbar ist[77]. Bei allem Verständnis für Freiräume im Einzelfall, die der Judikative zu Recht zur Findung des gerechten Einzelfallergebnisses zustehen, sollte doch das legitime Interesse an der Rechtssicherheit nicht gänzlich dahinter zurücktreten, zumal sich eine prinzipielle Positionierung hier gut angeboten hätte.

Vor diesem Hintergrund spricht – entgegen nicht gerade weniger anderslautender Stimmen[78] – vieles dafür, unter bestimmten Voraussetzungen die Leistung als solche auch dann vor Nachahmung zu schützen, wenn die Art und Weise der Nachahmung nicht unlauter ist. Als Vehikel hierfür bietet sich innerhalb der Generalklausel die Fallgruppe des allgemeinen Marktversagens an. Hierzu wurden in der Literatur bereits viele wert-

67) *Feiler*, K&R 2011, 342, 344.
68) *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181 ff.
69) *Körber/Ess*, WRP 2011, 697, 702.
70) Ebd.
71) So geht *Sack*, WRP 2005, 531, 537 Fn. 87 davon aus, dass der BGH in *Metallbett* den unmittelbaren Leistungsschutz in § 4 Nr. 9 UWG verortet habe.
72) *Schröer*, Der unmittelbare Leistungsschutz, 2010, S. 349 ff.; *Fock*, Der unmittelbare wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, 2008; *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, 713, 717; *Peukert*, WRP 2010, 316, 320; *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494; *ders.*, in: FS Ullmann, 2006, S. 795, 805 ff.
73) *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494.
74) *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 22 Rn. 18.
75) *Ohly*, ZEuP 2004, 296, 304.
76) *Köhler*, WRP 1999, 1075, 1078 f.
77) *Nirk/Rörig*, in: FS Mailänder, 2006, S. 161, 166,
78) *Nirk/Rörig*, in: FS Mailänder, 2006, S. 161, 173; *Tetzner*, JR 1968, 324, 328; *Stieper*, WRP 2006, 291, 294 ff.; *Schrader*, WRP 2005, 562, 563 f.; *Nemeczek*, WRP 2010, 1204.

volle Hinweise und mögliche Kriterien erarbeitet.[79] Nach hier vertretener Ansicht sollte der durch das UWG vermittelte unmittelbare Leistungsschutz an folgende Voraussetzungen geknüpft werden:

a) Die unternehmerische Leistung ist ausreichend innovativ (Innovation),

b) zu ihrer Erreichung waren erhebliche Investitionen notwendig (Investition),

c) sie wurde unmittelbar übernommen und nicht nur in Teilbereichen und/oder Konzeptbruchstücken übernommen (Imitation) und

d) in Ermangelung eines unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Schutzes der Leistung als solcher wäre der Innovator nicht in der Lage, die Investitionen zu amortisieren und eine angemessene Risikoprämie zu erwirtschaften (Amortisation).

Würde man den Nachgeahmten in solchen Fällen schutzlos stellen, so wäre davon auszugehen, dass es zu der innovativen und damit a priori schützenswerten unternehmerischen Leistung nicht gekommen wäre bzw. es in Zukunft in Ermangelung eines wirtschaftlichen Anreizes nicht mehr oder nur in geringerem Maße zu derlei Innovationen kommen wird. Dies zeigt, dass es bei der Frage des unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes nicht wie so oft behauptet um Investitionsschutz, sondern vielmehr um Innovationsschutz geht.[80] Die kodifizierten Schutzrechte würden hierdurch nicht an Bedeutung verlieren, denn letztlich wird niemand ernsthaft auf Patent- oder Markenschutz verzichten, weil er sich auf einen trotz aller Konkretisierungsversuche naturgemäß vage konturierten unmittelbaren Leistungsschutz verlässt. Auch wären die Schwellen höher, da gewerbliche Schutzrechte auch einen Ähnlichkeitsschutz vorsehen, der hier restriktiv zu handhaben wäre.

Tatsächlich liegt dieser Ansatz der Rechtsprechung des BGH viel näher, als man zunächst meinen könnte. So hat der BGH in der *Saxophon*-Entscheidung bereits auf den als Mittel der Innovationsförderung angesprochenen Anreizgedanken verwiesen[81] und auch die vier aufgestellten Kriterien – Innovation, Investition, Imitation, Amortisation – sind dem BGH im Zusammenhang mit dem unmittelbaren wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz alles andere als fremd. So klingt etwa der Innovationsgedanke an, wenn der BGH – einen patentrechtlichen Terminus aufgreifend – von der „Fortentwicklung des Standes der Technik“[82] oder davon spricht, dass der „wettbewerbliche Vorsprung“[83] grundsätzlich dem gebührt, auf dessen Initiative die als schutzwürdig erachtete Leistung – in diesem Fall eine Modeinnovation – zurückgeht. Auch den Investitionsgedanken hat der BGH bereits mehrmals ausdrücklich angeführt, etwa wenn er – ganz ähnlich wie früher schon das RG[84] – auf den „Einsatz beträchtlicher Arbeit und Kosten“[85], „Aufwand“[86] oder angefallene Entwurfskosten[87] verweist. Auch in *hartplatzhelden.de* befasst sich der BGH verschiedentlich mit den vom WFV getätigten Investitionen, woraus bereits der Schluss gezogen wurde, dass der BGH in diesem Rahmen wohl unmittelbaren Leistungsschutz gewähren wolle.[88] Schließlich billigt der BGH dem Nachgeahmten grundsätzlich auch ein Amortisationsinteresse zu, so etwa, wenn er bemängelt, dass durch die unmittelbare Leistungsübernahme die Erwerbsaussichten des Nachgeahmten gemindert werden[89] oder dass dieser nicht um die „Früchte seiner Arbeit“[90] gebracht werden solle.

D. Fazit

Die Internetplattform hartplatzhelden.de ist ein Kind des web 2.0, über dessen lauterkeitsrechtliche Implikationen sich der Gesetzgeber bei der UWG-Novelle 2004 sicherlich noch keine Gedanken gemacht hat. Damit ist die vorliegende Entscheidung ein Paradebeispiel dafür, wie die rasante technische Fortentwicklung neue Rechtsprobleme heraufbeschwören kann, für die der Gesetzgeber nicht schon immer beim ersten Auftreten eine passende Lösung parat hat. Hier kommt die Generalklausel gemäß ihrem Sinn und Zweck legitimerweise zum Tragen. Ganz in diesem Sinne zeugen etwa die vorgestellten Entscheidungen *Vortragsabend* und *Modeneuheiten* sehr deutlich von der vielbeschworenen „Schrittmacherfunktion“[91] des Wettbewerbsrechts.[92] Heute sind die Schutzlücken, die vormals über die lauterkeitsrechtliche Generalklausel gefüllt werden mussten, durch Sonderschutzrechte – nämlich § 81 UrhG bzw. das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster – geschlossen. Schon dies rechtfertigt es, das Prinzip nicht gänzlich zu negieren und in konsequenter Fortführung dieser Idee eben unter bestimmten Voraussetzungen, über die sich freilich im Detail streiten lässt, auch innovative unternehmerische Leistungen, die (noch) nicht durch Immaterialgüterrechte geschützt werden, durch das Wettbewerbsrecht als solche zu schützen.

79) Hierzu *Peukert*, WRP 2010, 316, 320; *Erdmann*, in: Baur et al. (Hrsg.), FS *Vieregge*, 1995, S. 197, 210 f. wonach sich besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände mit Blick auf den Amortisations- und Anreiz- bzw. Belohnungsgedanken herleiten lassen; *Hilty*, in: Ahrens/Bornkamm/Kunz-Hallstein (Hrsg.), FS *Ullmann*, 2006, S. 643, 659 ff., wonach Marktversagen droht, wenn imitiert werden kann, bevor die Investitionen amortisiert sind; vgl. auch *Gordon*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, S. 328 ff. u.a. zum Aspekt des Marktversagens.
80) Vgl. auch *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 660 f., wonach der Investitionsschutz nur so weit reichen darf, wie er innovationsfördernd wirkt.
81) BGH, GRUR 1966, 617, 619 – Saxophon.
82) Ebd.
83) BGHZ 60, 168, 170 f. – Modeneuheit.
84) RGZ 73, 294, 297 f. – Schallplatten („Kosten und Mühen“); RGZ 119, 408, 415 – Elfenreigen („Arbeitsleistung und Kosten“).
85) BGHZ 37, 1, 20 – AKI; BGHZ 44, 288, 296 – Apfel-Madonna.
86) BGH, GRUR 1999, 923, 927 – Tele-Info-CD.
87) BGHZ 60, 168, 170 f. – Modeneuheit.
88) *Peifer*, GRUR-Prax 2011, 181 ff. unter Verweis auf Tz. 25 der Entscheidung.
89) BGH, GRUR 1960, 614, 617 – Figaros Hochzeit.
90) BGH, GRUR 1969, 186, 188 – Reprint; BGHZ 60, 168, 171 – Modeneuheit; vgl. bereits RGZ 73, 294, 298 – Schallplatten; RGZ 119, 408, 415 – Elfenreigen.
91) *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3 Aufl., S. 40.
92) Vgl. auch *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1205.