

TIMMY PIELMEIER

Urheberrecht und Lauterkeitsrecht

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht
185*

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel †,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

185



Timmy Pielmeier

Urheberrecht und Lauterkeitsrecht

Die Konkurrenz zweier Regelungskomplexe im
Binnenmarkt

Mohr Siebeck

Timmy Pielmeier, geboren 1991; Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2017 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht der LMU München; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Recht der Digitalgüter, Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht der Technischen Universität München; Promotionsstipendiat am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb; 2022 Promotion; Rechtsreferendariat am OLG München.
orcid.org/0000-0002-5339-6972

Gedruckt mit Unterstützung des Wissenschaftsausschusses der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. (GRUR), der Studienstiftung *ius vivum* sowie des Oskar-Karl-Forster-Stipendiums des Bayerischen Staatsministeriums für Wissenschaft und Kunst.

Zugleich Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, 2022.

ISBN 978-3-16-162071-3 / eISBN 978-3-16-162072-0
DOI 10.1628/978-3-16-162072-0

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

„Mir selbst ist jedes Wort brennend interessant, das ich hier schreibe, aber wie sehr muß ich mich davor hüten, dies als Gewähr für die Anteilnahme Unbeteiligter zu betrachten!“

Thomas Mann, Doktor Faustus, Kapitel V.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht der LMU München, an der Professur für das Recht der Digitalgüter, Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht der Technischen Universität München und als Promotionsstipendiat am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb. Sie befindet sich auf dem Stand von Oktober 2021. Spätere Entwicklungen wurden noch teilweise berücksichtigt.

Die Gesellschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) hat die Arbeit mit dem Dissertationspreis des Jahres 2022 in der Kategorie Marken-, Wettbewerbs- und Designrecht ausgezeichnet.

An erster Stelle gilt mein besonderer Dank meinem Doktorvater Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge). Seine Vorlesungen und Seminare im Schwerpunktbereich haben meine Leidenschaft für das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht geweckt. Meine Promotionszeit war geprägt von der kontinuierlichen Unterstützung und dem permanenten fachlichen Austausch mit meinem Doktorvater. Der Erfolg meiner Arbeit wurde von der Gewissheit ermöglicht, bei der Bearbeitung einerseits absolute wissenschaftliche Freiheit zu genießen und mich andererseits mit Fragen und Sorgen jederzeit an meinen Betreuer wenden zu können. Insbesondere die Möglichkeit, meine Forschungsergebnisse sowohl vor dem Doktorandenseminar in Brixen als auch im außer-europäischen Ausland präsentieren und so auf die Probe stellen zu dürfen, hat in besonderem Maße zum Gelingen dieses Projekts beigetragen.

Bei Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) bedanke ich mich für die schnelle Erstellung des umfangreichen und inhaltlich anregenden Zweitgutachtens. Auch Professor Leistners Türe stand für Fragen und Gespräche immer offen, seine zahlreichen Anregungen haben diese Arbeit enorm gefördert.

Bei Prof. Dr. Mathias Habersack bedanke ich mich für das angenehme Prüfungsgespräch zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb hat meine Promotion sowohl finanziell als auch ideell gefördert. Ich bedanke mich bei den Direktoren Prof. Dr. Dr. Reto Hilty und Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (UC Berkeley) für die Aufnahme in den Kreis der Stipendiaten. Besonderen Dank schulde ich den Kolleginnen und Kollegen des Promovierendenkreises. Eure

Begleitung und Unterstützung auf dem gemeinsamen Weg haben meine Zeit als Doktorand besonders geprägt und sowohl fachlich als auch persönlich sehr bereichert.

Der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sowie Prof. Dr. Haimo Schack, LL.M. (Berkeley) und der Studienstiftung *ius vivum* gilt mein Dank für die großzügige Förderung der Drucklegung. Den Herausgebern danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Ohne die Unterstützung von treuen Freunden und meiner Familie wäre diese Arbeit nicht gelungen. Euch allen danke ich von Herzen. Das gilt vor allem meiner Mutter Susanne Hartinger und meinem Großvater Gerd Hartinger. Euer unermüdlicher und großzügiger Beistand hat schon mein Studium und nun auch diese Forschungsarbeit ermöglicht. Meiner Großmutter Inge Hartinger und Marcus Goldbach danke ich besonders für ihren unentbehrlichen Beitrag zu dieser Arbeit in Form der wiederholten gewissenhaften Durchsicht des Manuskripts.

München, März 2023

Timmy Pielmeier

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI

<i>Einleitung</i>	1
-------------------------	---

Erster Teil: Grundlagen	7
-------------------------------	---

<i>Kapitel 1: Meinungsstand</i>	9
<i>Kapitel 2: Wertungswidersprüche im inneren System der Rechtsordnung</i>	34
<i>Kapitel 3: Norm- und Normkomplexbollisionen</i>	50

Zweiter Teil: Die Kollision von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht	77
--	----

<i>Kapitel 4: Zweck des Lauterkeitsrechts</i>	79
<i>Kapitel 5: Zwecke des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte</i>	95
<i>Kapitel 6: Konkurrenz zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht</i>	134

Dritter Teil: Die Kollision des Urheberrechts mit den einzelnen Unlauterkeitstatbeständen	137
--	-----

<i>Kapitel 7: Güterzuordnungsrelevante Unlauterkeitstatbestände</i>	139
<i>Kapitel 8: Die übrigen Unlauterkeitstatbestände</i>	229
<i>Kapitel 9: Konkurrenz von Urheberrecht und Unlauterkeitstatbeständen</i> ..	241

Vierter Teil: Wertungswidersprüche in bestimmten Fällen	245
---	-----

<i>Kapitel 10: Prämissen</i>	247
------------------------------------	-----

<i>Kapitel 11: Reprint gemeinfreier Werke</i>	250
<i>Kapitel 12: Journalistische Inhalte.....</i>	296
<i>Kapitel 13: Literarische Inhalte.....</i>	344
<i>Kapitel 14: Character Merchandising</i>	371
<i>Kapitel 15: Wissenschaftliche Inhalte und Plagiat</i>	387
<i>Kapitel 16: Produktgestaltungen</i>	411
<i>Kapitel 17: Digitale Verweise.....</i>	428
<i>Kapitel 18: Vergleichende Werbung</i>	446
 <i>Zusammenfassung.....</i>	 455
 Literaturverzeichnis	 467
Sachregister	487

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
---------------	-----

<i>Einleitung</i>	1
-------------------------	---

A. Vom Gehilfen zum Gefährder	1
B. Ziel der Arbeit	3
C. Nebenerträge	4
D. Gang der Untersuchung	5

Erster Teil: Grundlagen	7
-------------------------------	---

<i>Kapitel 1: Meinungsstand</i>	9
---------------------------------------	---

A. Urheberrecht und UWG-Leistungsschutz	9
I. Mittelbarer Leistungsschutz bzw. Nachahmungsschutz	10
1. Vorrangthese	10
2. Gleichrangthese	13
a) Unabhängigkeitstheorie	14
b) Theorie der sanften Wertungseinheit	16
c) Theorie der robusten Wertungseinheit	20
3. Die besonderen Umstände	22
II. Unmittelbarer Leistungsschutz bzw. Investitionsschutz	24
1. Existenz unmittelbaren Leistungsschutzes	24
2. Verhältnis zum Immaterialgüterrecht	28
III. Güterzuordnungszweck als Gretchenfrage	28
B. Gezielte Behinderung und Urheberrecht	30
C. Rechtsbruch und Urheberrecht	31
D. Sonstige Unlauterkeitstatbestände	33

<i>Kapitel 2: Wertungswidersprüche im inneren System der Rechtsordnung</i>	34
---	----

A. Das innere System – Recht als Ordnung	34
B. Wertungswidersprüche	37

C. Kritik am Wertungswiderspruch	41
D. Systembildung im Europarecht	42

Kapitel 3: Norm- und Normkomplexkollisionen 50

A. Schlaglichter der historischen Entwicklung	51
I. Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (1934).....	51
II. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935).....	56
III. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1995).....	59
B. Auflösung von Kollisionen	61
I. Terminologie.....	61
II. Notwendigkeit einer vorgeschalteten Feststellung der Kollision	62
III. Die Kollision und ihre Auflösung	63
1. Antinomien	63
2. Spezialität	65
a) Begriffslogische Spezialität.....	66
b) Teleologische Spezialität.....	67
aa) Deckungsgleiche Regelungsbereiche	68
bb) Partielle Überschneidung der Regelungsbereiche	69
cc) Rechtsfolge des Spezialitätsgrundsatzes.....	71
dd) Anwendungsbeispiel nach Engisch	71
3. Subsidiarität und Wertungssubsidiarität	72
4. Der Grundsatz der Konkurrenz.....	75

Zweiter Teil: Die Kollision von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht..... 77

Kapitel 4: Zweck des Lauterkeitsrechts 79

A. Blick zurück	79
B. Das Lauterkeitsrecht im Geiste der Wertungsjurisprudenz	82
I. Abkehr von den Schutzsubjekten und der Trias	82
II. Schutz des freiheitlich-liberalen Wettbewerbssystems als Zweck des UWG.....	84
III. Binnenmarktfunktionale Ausrichtung des europäischen Lauterkeitsrechtskomplexes	88
C. Ergebnis	92

Kapitel 5: Zwecke des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte 95

A. Deontologisch-individualistische Begründung	96
B. Utilitaristisch-kollektivistische Begründungen.....	99

I.	Individualistisch-deontologische Begründungsansätze im marktwirtschaftlichen Alltag.....	100
II.	Funktions- und Anreiztheorie des Urheberrechts im Wettbewerbssystem.....	103
III.	Ergebnis	109
C.	Soll-Funktionen des Urheberrechts im Binnenmarkt.....	110
I.	Der Funktionszweck als Primärzweck: Schaffung der Funktionsbedingungen für Kreativmärkte im Wettbewerbssystem.....	112
II.	Sekundärzwecke des Urheberrechts	115
1.	Der Anreizzweck – Vielfältige Kulturlandschaft und Produktionseffizienz	116
2.	Verbreitungszweck – Bereicherung der Kulturlandschaft und Allokationseffizienz.....	118
3.	Persönlichkeitsschutzzweck.....	120
4.	Vergütungszweck – Belohnung und soziale Absicherung des Schöpfers	122
III.	Ergebnis	125
D.	Die Soll-Funktionen der Leistungsschutzrechte im Binnenmarkt	126
I.	Funktionszweck der Leistungsschutzrechte als Primärzweck	127
II.	Sekundärzwecke der Leistungsschutzrechte: Anreizzweck und unterschiedliche Ausprägung des Persönlichkeitsschutzzwecks ...	129
1.	Anreizzweck	129
2.	Verbreitungszweck	131
3.	Persönlichkeits- und Vergütungszweck	132
E.	Ergebnis	133
<i>Kapitel 6: Konkurrenz zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht</i>		134
A.	Verschiedenheit der Regelungszwecke	134
B.	Die Unberührt-Klauseln auf deutscher und europäischer Ebene	135

Dritter Teil: Die Kollision des Urheberrechts mit den einzelnen Unlauterkeitstatbeständen	137
---	-----

<i>Kapitel 7: Güterzuordnungsrelevante Unlauterkeitstatbestände</i>	139
---	-----

A.	Eigentumslogik im Lauterkeitsrecht.....	139
I.	Präjudizienwirkung der leistungsschutzrechtlichen Vorgeschichte des UWG.....	140
1.	Die Geschichte des Leistungsschutzes im deutschen Lauterkeitsrecht	140

2. Abkehr von der leistungsschutzrechtlichen Vorgeschichte des UWG im Jahr 2004.....	142
II. Die Schutzzweckbestimmung des § 1 UWG als Quell güterzuordnender Tendenzen im Lauterkeitsrecht	144
III. Natur der Sache und humanistisch-christliches Menschenbild als Quell von Güterzuordnungstendenzen	147
IV. Allgemeines Rechtsprinzip der Güterzuordnung als Ausdruck der positiven Rechtsordnung	151
1. Grundrechtlich garantiertes Privateigentum als Zuweisungsgrundlage	152
2. Immaterialgüterrechte und lauterkeitsrechtliche Nachahmungsverbote als Ausdruck eines Güterzuordnungsprinzips.....	154
3. „Leistungswettbewerb“ als lauterkeitsrechtliches Leitbild	155
4. Rechtsprinzip der Nachahmungsfreiheit.....	157
V. Das europäische Recht als Widersacher eines Güterzuordnungsprinzips	159
VI. Das Rechtsstaatsprinzip als Widersacher richterlicher Güterzuordnung	161
VII. Ergebnis	166
B. Nachahmungsschutz, Behinderung, Investitionsschutz	169
I. Schutz vor Herkunftstäuschung als Markttransparenzschutzrecht	169
II. Schutz vor Rufausbeutung als Ausschließlichkeitsrecht an positiven Assoziationen der Abnehmerkreise	171
1. Was ist geschützt? – Schutzgegenstand	172
2. Warum wird der gute Ruf geschützt? – Schutzzweck.....	176
a) Vergütungszweck – Schutz der Arbeitsleistung	177
b) Anreizzweck – Investitionen in Produktimage und Produktqualität	178
c) Senkung der Informations- bzw. Suchkosten	179
3. Verhältnis des Rufschutzes zu Urheberrecht und verwandten Schutzrechten	181
a) Originär eigener Anwendungsbereich	181
b) Verschiedenheit der Schutzzwecke	182
III. Unlautere Geheimnisverwertung als immaterialgüterrechts- ähnliches Ausschließlichkeitsrecht an semantischer Information..	184
IV. Gezielte Behinderung.....	187
V. Funktionswandel der Generalklausel – aus Leistungsschutz wird Investitionsschutz.....	189
1. Investitionsschutztatbestand	192
2. Verhältnis des Investitionsschutzes zu Urheberrecht und verwandten Schutzrechten	194
C. Vorschläge de lege lata und de lege ferenda	198

I.	Wettbewerbliche Eigenart	198
II.	Wechselwirkungslehre	204
III.	Systematische Nachahmung einer Vielzahl von Produkten	205
IV.	Abschaffung des Nachahmungsschutzes	209
1.	Herkunftstäuschung als Ausprägung des allgemeinen Irreführungsverbots	209
2.	Der Rufschutz als wettbewerbsfeindliches Rudiment im UWG	213
3.	Unlautere Geheimnisverwertung als überflüssige Doppelstruktur	220
V.	Lauterkeitsrechtlicher Investitionsschutztatbestand	220
VI.	UWG-Zweckklausel	228
<i>Kapitel 8: Die übrigen Unlauterkeitstatbestände</i>		229
A.	Rechtsbruch	229
I.	Logische Spezialität	230
II.	Teleologische Spezialität	231
B.	Irreführung	233
C.	Anschwärzung, Herabsetzung und Verunglimpfung	235
D.	Aggressive Geschäftspraktiken	237
E.	Unzumutbare Belästigung	238
F.	Vergleichende Werbung	238
<i>Kapitel 9: Konkurrenz von Urheberrecht und Unlauterkeitstatbeständen ..</i>		241
A.	Die Unberührt-Klauseln auf deutscher und europäischer Ebene	241
B.	Wertungseinheitliche Konkurrenz im deutsch-europäischen Rechtssystem	242
 Vierter Teil: Wertungswidersprüche in bestimmten Fällen		245
<i>Kapitel 10: Prämissen</i>		247
<i>Kapitel 11: Reprint gemeinfreier Werke</i>		250
A.	Eingrenzung der Fallgruppe	250
I.	Analog	250
II.	Digital	251
B.	Urheberrechtliche Untersuchung	253
I.	Nutzungshandlung und zeitliche Schranke	253
II.	Bearbeitungen	255
1.	Textrevisionen	256

2. Übersetzung in Auszeichnungs- und Seitenbeschreibungs- sprachen.....	258
III. Typografie.....	259
IV. Leistungsschutzrechte für nachgelassene Werke und wissenschaftliche Ausgaben.....	260
V. Verlagsdatenbanken.....	261
1. Einzelne geistige Werke als Datenbanken.....	261
2. Die Gesamtheit von Verlagsserzeugnissen im Printform als Datenbanken.....	262
3. Digitale Werksammlungen als Datenbanken.....	264
VI. Ergebnis.....	270
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung.....	270
I. Urheberleistung.....	271
1. Der Reprint als Nachahmung.....	271
2. Dastar Corp. v. Twentieth Century Fox Film Corp 539 U.S. 23 (2003).	273
3. Urheberbezeichnung und Markttransparenz.....	275
4. Ausbeutung des guten Rufs eines gemeinfreien Werks.....	279
5. Unlautere Erlangung eines gemeinfreien Werks.....	282
6. Investitionsschutz für geistige Werke nach Ablauf der Schutzfrist.....	283
II. Verlegerleistung.....	283
1. Nachahmungsschutz.....	284
2. Unlautere Behinderung durch Reprint einer Vielzahl gemeinfreier Werke (§ 4 Nr. 4 UWG).....	285
3. Investitionsschutz.....	286
a) Ein Leistungsschutzrecht für Verleger.....	286
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 1 UWG 1909.....	289
c) Keine Präjudizienvermutung der Rechtssache Reprint.....	291
d) Voraussetzungen des Investitionsschutzes.....	292
e) Verhältnis von Verlegerschutz und Werkschutz.....	293
D. Ergebnis.....	294
<i>Kapitel 12: Journalistische Inhalte.....</i>	<i>296</i>
A. Eingrenzung der Fallgruppe.....	296
B. Urheberrechtliche Untersuchung.....	298
I. Urheberrechtlicher Schutz der einzelnen Textbeiträge.....	298
II. Der Schutz von Presseerzeugnissen als Datenbank (-werk).....	304
1. Datenbankeigenschaft.....	305
2. Schutzbereichsverletzung.....	309
3. Ergebnis.....	312

III. Schutz des Presseerzeugnisses	313
IV. Ergebnis	316
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	317
I. Geschäftliche Handlung und Pressefreiheit	317
II. Redakteursleistung	319
1. Nachahmung journalistischer Werke durch die Übernahme von Inhalten	319
2. Markttransparenz	321
3. Unangemessene Rufausbeutung	325
III. Presseverlegerleistung	328
1. Nachahmungsschutz	328
2. Unlautere Behinderung	328
a) Übernahme einer Vielzahl von Inhalten	328
b) Journalistische Inhalte hinter Paywalls	330
c) Die Deep-Links der News-Aggregatoren	331
3. Investitionsschutz für Presseverleger	332
a) Blick zurück – Judikativer Leistungsschutz für journalistische Inhalte	333
b) Investitionsschutz für Nachrichten	337
c) Investitionsschutz für geschöpfte journalistische Inhalte ...	341
D. Ergebnis	342

Kapitel 13: Literarische Inhalte..... 344

A. Eingrenzung der Fallgruppe	344
B. Urheberrechtliche Untersuchung	347
I. Urheberrechtlicher Schutz von Gewebe und Charakteren literarischer Werke als Schriftwerke	347
II. Bearbeitende Vervielfältigung	349
1. Verblassen im wörtlichen Sinn und äußerer Abstand – § 23 I S. 1 und 2 UrhG	352
2. Verblassen im wertungsmäßigen Sinn und innerer Abstand – § 51a UrhG	352
3. Subsumption der Fallgruppe	354
III. Parodie-, Karikatur und Pastiche-Schranke	357
IV. Schutzdauer	360
V. Ergebnis	361
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	361
I. Nachahmung durch Übernahme von Inhalten fremder Geschichten	361
II. Markttransparenz	364
III. Unlautere Rufausbeutung	367
IV. Investitionsschutz	369

D. Ergebnis	369
<i>Kapitel 14: Character Merchandising</i>	371
A. Eingrenzung der Fallgruppe	371
B. Urheberrechtliche Untersuchung	371
I. Schutzfähigkeit literarischer Charaktere als Schriftwerke	371
II. Freie Nutzung literarischer Charaktere bei isolierter Übernahme äußerer Erscheinungsmerkmale	372
III. Charakter Merchandising als Pastiche	373
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	375
I. Product-Merchandising als Nachahmung	375
II. Product Merchandising und Markttransparenz	378
III. Ausbeutung des guten Rufs einer fiktiven Figur durch das Angebot eines Charakter-Merchandising-Produkts	379
IV. Investitionsschutz für fiktive Figuren	383
D. Ergebnis	386
<i>Kapitel 15: Wissenschaftliche Inhalte und Plagiat</i>	387
A. Eingrenzung der Fallgruppe	387
B. Urheberrechtliche Untersuchung	389
I. Urheberrechtlicher Schutz wissenschaftlicher Schriftwerke	389
II. Ergebnis	393
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	394
I. Die Übernahme von „Forscherideen“ als Nachahmung	395
II. Wissenschaftsplagiat und Markttransparenz	396
III. Rufschutz für Forscherideen	404
IV. Verstoß gegen Regeln redlicher Wissenschaft als Rechtsbruch	405
V. Schutz von Investitionen in Forschung – propriété scientifique	406
D. Ergebnis	409
<i>Kapitel 16: Produktgestaltungen</i>	411
A. Eingrenzung der Fallgruppe	411
B. Urheberrechtliche Untersuchung	413
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	417
I. Übernahme einer Gestaltungsidee als Nachahmung	417
II. Gestaltungsidee und Markttransparenz	419
1. Herkunftstäuschung	419
2. Vermeidbarkeit	421
III. Rufschutz für Gestaltungsideen	424
IV. Behinderung, Einschleichen in fremde Serie, Investitionsschutz	426
D. Ergebnis	427

<i>Kapitel 17: Digitale Verweise</i>	428
A. Eingrenzung der Fallgruppe	428
B. Urheberrechtliche Untersuchung.....	428
I. Europäisch-judikatives Haftungssystem für Links	428
II. Urheberpersönlichkeitsrechtliche Abwehr von verwertungs- rechtlich zulässigem Linking	434
III. Ergebnis	437
C. Lauterkeitsrechtliche Untersuchung	438
I. Linking als Nachahmung	438
II. Link und Markttransparenz	439
1. Fehlvorstellungen über den Schöpfer i.S.d. § 7 UrhG	440
2. Fehlvorstellungen über den Quellserver	440
3. Fehlvorstellungen über kommunizierte Bedeutungen und deren Zuordnung.....	441
III. Verlinkung von Ressourcen mit besonderem Ruf	442
IV. Behinderung bei Umgehung von Schutzmaßnahmen	443
V. Linking und Generalklausel	444
D. Ergebnis	445
<i>Kapitel 18: Vergleichende Werbung</i>	446
A. Eingrenzung der Fallgruppe	446
B. Wertungswiderspruch.....	446
I. Ungleichbehandlung vergleichender Werbung aufgrund des urheberrechtlichen Regelungskomplexes	446
II. Wertungsmäßig gleichzubehandelnde Fallgestaltungen	447
C. Behebung des Wertungswiderspruchs	451
I. Beschränkung der Verwertungsrechte.....	451
II. Einschränkung der Interpretation der Rechtsfolgen.....	452
D. Ergebnis	454
<i>Zusammenfassung</i>	455
 Literaturverzeichnis	 467
Sachregister	487

Einleitung

A. Vom Gehilfen zum Gefährder

Die Konkurrenz verschiedener Regelungskomplexe um die Deutungshoheit in konkreten Fallgestaltungen ist in einer fortlaufend ausdifferenzierten und von zahlreichen Gesetzgebern permanent modifizierten „Rechtsunordnung“¹ vorprogrammiert – und dabei nichts Neues². Insbesondere das Verhältnis von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht beschäftigt die Jurisprudenz seit über 100 Jahren. Dass sich eine Auseinandersetzung mit diesem Thema nach wie vor lohnt, zeigt nicht zuletzt die große Zahl an aktuellen, einschlägigen Beiträgen. Grund für die anhaltende Aktualität der Fragestellung sind ein nachhaltiger Funktionswandel und eine fortschreitende Harmonisierung auf europäischer und internationaler Ebene, die sowohl Urheberrecht als auch Lauterkeitsrecht tiefgreifend verändern.

Im Schnittbereich zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht kollidieren dabei nicht nur zwei Regelungskomplexe, sondern mit ihnen zwei Weltanschauungen. Aus Sicht des Immaterialgüterrechts stellen die Sonderschutzrechte Inseln des Nachahmungsverbots in einem Meer der Nachahmungsfreiheit dar. Außerhalb des Schutzbereichs der Immaterialgüterrechte müssen Nachahmungen in diesem Weltbild zulässig sein. Das Lauterkeitsrecht beruft sich hingegen auf eine lange Tradition der Sittenwidrigkeit des Pflügens mit fremdem Kalbe³ und des sich Schmückens mit fremden Federn⁴. Im

¹ Der Begriff stammt von *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 5.

² Eine Kollision zwischen militärrechtlichem Duell-Gebot und strafrechtlichem Duell-Verbot beschreibt *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung (1923), 169 f. („Dieses bietet uns z.B. den bekannten Fall, daß in manchen Staaten das Strafgesetzbuch den Zweikampf verbietet, das Dienstreglement für die Armee aber diesen gleichzeitig unter bestimmten Umständen gebietet, so daß die betreffende Militärperson gegebenenfalls entweder gegen den einen oder gegen den anderen Rechtssatz verstoßen muß.“).

³ *Lobe*, MuW XVI (1916–17), 129 („Volkstümlich ausgedrückt: Man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem Kalbe Pflügen!“); in Anlehnung an das Buch der Richter (Der Richter Simson), Kapitel 14, Vers 18 a.E.

⁴ OLG Dresden, MuW (Markenschutz und Wettbewerb) Band XXIV (1924), 45, 46.

Wettbewerb gelte das Leistungsprinzip⁵. Wer am Markt ein fremdes Leistungsergebnis übernahm, ohne dabei nennenswerte eigene Anstrengungen zu unternehmen, sah sich lange Zeit der moralischen Keule des UWG ausgesetzt⁶. Dabei erkannte zwar auch das Lauterkeitsrecht an, dass jeder Wettbewerber auf den Schultern seiner Vorgänger steht⁷ und daher auf das Vorbekannte zurückgreifen muss. Dennoch wurde und wird die bloße Nachahmung beim „Versagen“ immaterialgüterrechtlicher Ansprüche mit mal mehr, jedoch öfter weniger stichhaltigen Unlauterkeitsvorwürfen untersagt. So bieten der lauterkeitsrechtliche mittelbare und unmittelbare Leistungsschutz aus Sicht der Praxis bis heute eben das: Den Schutz vor der Übernahme von Leistungsergebnissen ohne nennenswerten eigenen Aufwand. Diese unter dem Regime der weiten Generalklausel § 1 UWG 1909 gediehene Auffassung steht im Einklang mit der gesellschaftlich verbreiteten nachahmungsfeindlichen Grundstimmung, wurde von interessierter Seite gehegt und besteht so bis heute fort.

Doch lassen sich auch abweichende Tendenzen erkennen. Manch lauterkeitsrechtlicher Autor möchte sein Rechtsgebiet von immaterialgüterrechtlichen Erwägungen bereinigen, dem UWG jedweden Leistungsschutzgedanken austreiben und es so von „Eigentumslogik“ befreien⁸. Gerade die Tradition des UWG-Leistungsschutzes, also der Schrittmacherfunktion des Lauterkeitsrechts und deren Funktion als Werkstatt des Immaterialgüterrechts⁹ werden dabei in Abrede gestellt. Auch im immer ausdifferenzierteren Immaterialgüterrecht ist mehr und mehr von der Beschränkung ausufernden Schutzes als von der Notwendigkeit eines Lückenfüllers die Rede. So deutet sich zunehmend ein Imagewandel des Lauterkeitsrechts an: Weg von einem ehemals beliebten Hilfswerkzeug des Immaterialgüterrechts hin zu einem Gefährder immaterialgüterrechtlicher Wertungen. Diese „Wertungen“ und die verbreitet befürchteten „Widersprüche“ zwischen ihnen werden sich im Folgenden als Gretchenfrage der vorliegenden Arbeit erweisen.

Bei einem ersten Zugriff auf die Forschungsfrage macht sich noch Erleichterung breit. Die meisten urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Gesetzestexte auf europäischer und deutscher Ebene enthalten Kollisionsregeln, die

⁵ *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung (1930), 16; *Ulmer*, Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht (1932), 12 („nur die Entfaltung gewerblicher Leistungsfähigkeit Bedingung zum Sieg“).

⁶ Z.B. *Fritze*, GRUR 1982, 520 ff. beklagt, dass Imitatoren keinerlei sittliche Hemmungen plagen.

⁷ *Hefermehl*, in: Baumbach/Hefermehl (22. Aufl. 2001), Einl. Rn. 163.

⁸ *Köhler*, GRUR 2007, 548, Rn. 6 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3, Rn. 2.28.

⁹ Der Begriff entstammt *Dessemontet*, in: v. Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und wettbewerbsrecht, Band I/1(2002), 7.

eine parallele Anwendbarkeit beider Regelungskomplexe anordnen¹⁰. Hinter vorgehaltener Hand werden diese Kollisionsklauseln aber zu Recht als Verlegenheitsklauseln bezeichnet. Die Gesetzgeber enthalten sich einer klaren Stellungnahme, kodifizieren eine Selbstverständlichkeit und delegieren das Abgrenzungsproblem so an Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, was ein sowohl vielseitiges als auch weites Forschungsfeld schafft.

B. Ziel der Arbeit

Über das Verhältnis von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht wird nachgedacht, seit beide Regelungskomplexe nebeneinander existieren. Dass die Rechtswissenschaft eine allgemeingültige Antwort nach wie vor schuldig bleibt, kann deshalb nicht daran liegen, dass nicht genug Forschungsarbeit investiert wurde. Auch die vorliegende Arbeit wird keine abstrakt-generelle Antwort auf die untersuchte Forschungsfrage liefern können. Das liegt vor allem daran, dass die potentiellen Kollisionsfallgestaltungen so zahlreich sind wie die Welten der Kunst und der ökonomischen Marktaktivitäten gemeinsam. Eine allgemeingültige Antwort würde den unvorhersehbaren und in ihrer Diversität unüberschaubaren konkreten Konfliktfällen nicht gerecht und kann deshalb nicht Ziel der Untersuchung sein.

Die Arbeit wird im Ergebnis deshalb keine allgemeingültige Antwort auf die Frage „In welchem Verhältnis stehen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht zueinander?“ liefern. Darin liegt aber auch eine Stärke. Abstrakte Lösungsversuche gehen mit Kollateralschäden einher, die mit einzelfallbezogenen Lösungsansätzen vermieden werden können. Die Rechtssicherheit in den beiden ohnehin von Generalklauseln und abstrakten Rechtsbegriffen geprägten Regelungskomplexen leidet unter einem solchen Ansatz zwar. Doch kann der Ausgleich zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit¹¹ durch Fallgruppenbezogene und so immerhin einigermaßen abstrakte Aussagen im Ergebnis doch erreicht werden, denn auf dieser relativ konkreten Ebene lassen sich zumindest für die jeweilige Fallgruppe allgemeingültige Gedanken fassen.

Dabei den goldenen Mittelweg zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu beschreiten ist das Ziel dieser Arbeit.

¹⁰ § 102a UrhG, Art. 9 InfoSocRL, Erwägungsgrund 16 und Art. 8 ComputerprogrammRL, Art. 13 DatenbankRL; „Unberührt-Erwägungsgrund“ 9 UGP-RL.

¹¹ Bezogen auf die Anwendung von Generalklauseln *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 8 („Auflösung des Spannungsverhältnisses von Flexibilität und Rechtssicherheit“ darf nicht einseitig erfolgen, sondern muss den Mittelweg zwischen beiden Postulaten beschreiten).

C. Nebenerträge

Schon beim ersten Zugriff auf das Thema fällt die meist unkommentierte Verwendung von Begriffen der Methodenlehre ins Auge, die das Kollisionsverhältnis erklären oder sogar auflösen sollen. „Spezialität“ und „Subsidiarität“ sind zwei dieser Begriffe aus der eher älteren Literatur zum Thema, während in jüngerer Zeit der „Wertungswiderspruch“ neben der „Konkurrenz“ an deren Stelle treten. Dabei drängt sich der Eindruck auf, dass trotz der Verwendung identischer Begriffe nicht immer dasselbe gemeint ist. Die Arbeit enthält aus diesem Grund einen allgemeinen Teil, der die bei paralleler Anwendung zweier Regelungen auf einen Fall relevanten Fragen zur Kollisions-Methodik vor die Klammer gezogen untersucht (Kapitel 2 und 3). Schon vor über 20 Jahren beklagte Müller – aus Schweizer Perspektive – mit Blick auf die unzähligen Versuche einer Abgrenzung der beiden Rechtsmaterien eine „dogmatische Verkrampfung“¹². Diese zu lösen ist das erklärte Ziel dieser Arbeit. Dabei richtet sich der Blick zunächst in die Vergangenheit, zu Dietz und Engisch, die schon vor 100 Jahren die Grundsteine der deutschen Kollisionsmethodik gelegt haben. Aus diesen Werken, ergänzt um die unverzichtbaren Beiträge von Larenz und Canaris, wird anschließend ein methodisches Kollisionshandwerkszeug entwickelt, das der Bearbeitung der eigentlichen Forschungsfrage zugrunde liegt. Auf dieses Handwerkszeug, einschließlich der Ausführungen zur Einheitlichkeit und Folgerichtigkeit der Rechtsordnung und der Methodik zur sanften Auflösung von Wertungswidersprüchen in derselben, kann bei der Untersuchung jeder beliebigen Regelungs- und Regelungskomplekkollision zurückgegriffen werden.

Zudem haben die Ausführungen zum Zweck des Lauterkeitsrechts und insbesondere zur Generalklausel zu einem Vorschlag für einen neu einzuführenden UWG-Investitionsschutztatbestand und eine neue Zwecknorm als Programm des UWG geführt. Daneben finden sich Vorschläge zur Abkehr vom ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der wettbewerblichen Eigenart und der Fallgruppe der Unlauterkeit systematischer Nachahmung einer Vielzahl von Produkten. Abschließend fordere ich die ersatzlose Streichung von § 4 Nr. 3 UWG.

Nur die unter dem geltenden Recht zu verwirklichenden Vorschläge werden der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegt.

¹² Müller, in: Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 (1998), 43.

D. Gang der Untersuchung

Der *erste Teil* der Arbeit legt die Grundlagen der Untersuchung. Den Ausgangspunkt bildet eine ausführliche Darstellung des Streitstandes zur untersuchten Forschungsfrage in Rechtsprechung und Literatur. Anschließend wird das innere System der Rechtsordnung und mit ihm die rechtsphilosophische Grundlage der Untersuchung beschrieben. Beides ist Voraussetzung zum Verständnis des Begriffs „Wertungswiderspruch“, der sowohl einen Schwerpunkt der einschlägigen Literatur als auch einen Kern der nachfolgenden Argumentation darstellt. Dabei stellt sich die Frage, ob und wie derartige Widersprüche innerhalb des Rechtssystems aufgedeckt werden können und wie Widersprüche in einem zweiten Schritt aufgelöst werden dürfen. Weil die Untersuchung die binnenmarktinternen Regeln als Ganzes versteht muss schließlich noch geklärt werden, ob die Werkzeuge der Widerspruchsbehebung auch auf europäischer Ebene zur Anwendung kommen können. Abschließend folgen die historische Untersuchung der Kollisionsmethodik und das aus alldem entwickelte Kollisionshandwerkszeug.

Der *zweite Teil* nähert sich Urheberrecht und Lauterkeitsrecht von einem entfernten Standpunkt aus und stellt die Frage, ob sich die kollidierenden Regelungskomplexe in dieser Allgemeinheit gegenseitig beeinflussen können. Unter Rückgriff auf das entwickelte Kollisionshandwerkszeug sind dazu die Zwecke bzw. Soll-Funktionen¹³ beider Regelungskomplexe im Wettbewerbssystem erst zu ermitteln und anschließend zueinander ins Verhältnis zu setzen.

Im *dritten Teil* werden die einzelnen Unlauterkeitstatbestände ins Verhältnis zu Urheberrecht und verwandten Schutzrechten gesetzt. Dabei wird das untersuchte Problem nicht auf das Verhältnis von Urheberrecht und Nachahmungsschutz verkürzt, sondern bezogen auf jeden einzelnen Unlauterkeitstatbestand behandelt. Den Kern des dritten Teils bilden die Ausführungen zum Nachahmungsschutz. Weil das Verhältnis von Nachahmungsschutz und Urheberrecht von der Frage abhängt, ob – und wenn ja – wie viel „Eigentumslogik“ und Leistungsschutzzweck im Nachahmungsschutz stecken, stellt die Untersuchung der Güterzuordnungstendenzen im Lauterkeitsrecht einen Schwerpunkt der Untersuchung dar.

Im *vierten und letzten Teil* der Arbeit werden die zuvor erarbeiteten Gedanken auf konkrete Fallgruppen angewandt. Dabei strebt die Arbeit keine Urteilsbesprechung an, sondern antizipiert und untersucht auch bisher nicht zum Gegenstand (höchststrichterlicher) Rechtsprechung erhobene Konfliktfälle. In den

¹³ Für die vorliegende Arbeit wird die Formulierung von *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, 170 ff. übernommen, der vom normativen Zweck als „Soll-Funktion“ und tatsächlicher (empirische) Wirkungsweise als „Ist-Funktion“ spricht; vgl. zum Begriff Funktion auch *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum und Innovation, 23, 24.

Fallgruppen wird nach Wertungswidersprüchen gesucht und im Anschluss die Frage beantwortet, ob und wie Widersprüche im Rahmen zulässiger Gesetzesinterpretation aufgelöst werden können. Dabei wird sich zeigen, dass es regelmäßig nicht autonom-urheberrechtliche Wertungen sind, die ins Lauterkeitsrecht ausstrahlen, sondern hinter beiden Regelungskomplexen stehende Grundwertungen, die zu einer Auflösung von Kollisionen auf Regelebene und einem Gleichlauf der beiden Kollisionspartner führen.

Den *Abschluss* bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

Erster Teil

Grundlagen

Die vorliegend untersuchte Forschungsfrage beschäftigt Rechtswissenschaft und Rechtsprechung seit geraumer Zeit, entsprechend weitläufig ist das Meinungsfeld. Im Interesse einer übersichtlichen Darstellung wird das Meinungsspektrum deshalb *erstens* vor die Klammer gezogen und isoliert dargestellt. Dabei bezieht sich die Darstellung, anders als manche Beiträge der einschlägigen Literatur, deren Interesse sich zu Recht vorrangig auf den mittelbaren und unmittelbaren Leistungsschutz richtet, auf das deutsche sowie europäische Lauterkeitsrecht in seiner Gänze und beleuchtet das Meinungsspektrum nach Unlauterkeitstatbeständen sortiert (dazu Kapitel 1).

Die vorliegende Arbeit verwendet Begriffe der Methodenlehre wo immer möglich nicht unkommentiert, sondern legt deren Bedeutungsgehalt im Interesse der Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit gefundener Ergebnisse offen. *Zweitens* wird deshalb beschrieben, welcher Rechtsbegriff der Untersuchung zugrunde liegt. Denn die Frage nach dem Verhältnis unterschiedlicher Regeln zueinander stellt sich nur, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen Regeln an unterschiedlichen Stellen der Rechtsordnung überhaupt besteht. Nur dann kann sich ein gegenseitiger Einfluss von Regeln entfalten und können Widersprüche zwischen den Regeln auftreten. Dabei wird insbesondere der Begriff „Wertungswiderspruch“ zu definieren sein, der zwar in der überwiegenden Mehrzahl der einschlägigen Beiträge eine (entscheidende) Rolle spielt, dessen konkreter Bedeutungsgehalt aber umso seltener offengelegt wird (dazu Kapitel 2).

Schließlich wird im Anschluss an die gefundenen Ergebnisse ein an die Untersuchung von Regelungs- und Regelungskomplekkollisionen anzulegendes Methodenwerkzeug entwickelt (dazu Kapitel 4), was zuvor einen Rückgriff auf die historische Entwicklung der Kollisionsmethodik nahelegt (dazu Kapitel 3).

Kapitel 1

Meinungsstand

In den Beiträgen zum Verhältnis von Urheber- und Lauterkeitsrecht werden meist zwei Problemkreise unterschieden, namentlich *erstens* der des Verhältnisses von Urheberrecht und (ergänzendem) wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz und *zweitens* der des Verhältnisses von Urheberrechtsverletzung und Rechtsbruchtatbestand, was die Problemstellung aber nicht in ihrer vollen Tragweite umreißt.

Demgegenüber sind folgende Streitpunkte zu unterscheiden: *Erstens* stellt sich die Frage nach dem Eingreifen wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes auf Grundlage von § 4 Nr. 3 UWG neben dem Urheberrecht. Mit dieser Frage verwandt, aber dennoch von ihr zu trennen ist *zweitens* die Frage nach der Existenz, und falls diese bejaht wird nach dem Verhältnis von unmittelbarem Leistungsschutz auf Grundlage von § 3 I UWG und Urheberrecht. *Drittens* verbleiben die „übrigen“ Unlauterkeitstatbestände des UWG. Hierbei werden insbesondere der Rechtsbruchtatbestand § 3a UWG, der Behinderungstatbestand § 4 Nr. 4 UWG und die Regeln über vergleichende Werbung diskutiert.

A. Urheberrecht und UWG-Leistungsschutz

Die Frage nach dem Verhältnis von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht wird vorrangig mit Blick auf das Eingreifen unmittelbaren und mittelbaren lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes diskutiert. Teilweise wird das Kollisionsproblem verkürzt auf diesen Problemkreis dargestellt. Die besondere Nähe des UWG-Leistungsschutzes zum Urheberrecht liegt in der Geschichte beider Rechtsgebiete begründet. Die Generalklausel § 1 UWG 1909 diente lange Zeit als immaterialgüterrechtlicher und dabei insbesondere urheberrechtlicher Auffangtatbestand, der immer dann bemüht wurde, wenn Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im Immaterialgüterrecht auf Schutzlücken stießen. Hieraus resultierte die Bezeichnung des UWG-Nachahmungsschutzes als *ergänzender* Leistungsschutz. Dabei steht die Bezeichnung des Nachahmungsschutzes als „Leistungsschutz“ und „ergänzend“ einer unvoreingenommenen Untersuchung im Weg, denn die Begriffe präjudizieren das Fortbestehen der Funktionsidentität von urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Regeln, die

angesichts des jeweils tiefgreifenden Funktionswandels beider Regelungskomplexe nicht mehr ohne Weiteres unterstellt werden darf¹.

I. Mittelbarer Leistungsschutz bzw. Nachahmungsschutz

Ein umfangreiches Schrifttum befasst sich mit dem Eingreifen des UWG-Nachahmungsschutzes neben dem Urheberrecht. Nachdem lange Zeit der Vorrang des Urheberrechts gegenüber dem Lauterkeitsrecht als ausgemachte Sache galt (dazu 1.) setzte sich in Rechtsprechung und Literatur im Folgenden die These vom Gleichrang beider Regelungskomplexe durch (dazu 2.). Die „besonderen unlauterkeitsbegründenden Umstände“ haben diesen Meinungsumschwung überstanden und finden sich in den Beiträgen zu beiden Meinungs-Clustern (dazu 3.).

1. Vorrangthese

„Die These des ‚Umwegs‘ ist verführerisch einfach – und deshalb gefährlich.“²

Nach wie vor verbreitet, wenn auch auf dem Rückzug, ist die Forderung nach einem Vorrang³ oder einer Sperrwirkung⁴ oder des Urheberrechts gegenüber dem Nachahmungsschutz aufgrund von Spezialität⁵ des Urheberrechts oder

¹ Die Vorwegnahme der Abgrenzungsfrage durch den Begriff kritisiert auch *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550 als Ausdruck überkommener Begriffsjurisprudenz; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.4; *Münker*, FS Ullmann, 781, 785; vgl. auch *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 99, 116 und *Ohly*, FS Schrickler, 105, 110.

² *Müller*, in: *Büren/David*, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 (1998), 41.

³ *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 24, Rn. 99; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff*, § 1, Rn. 21; zum Begriff *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.6; *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 334 ff; *Eck*, in: *Gloy/Loschender/Erdmann*, § 22, Rn. 9 ff., insb. Rn. 16, ausdrücklich vom „Vorrang des Urheberrechtsgesetzes“ in dieser Allgemeinheit ist in Rn. 24 die Rede; *Körner*, FS Ullmann, 701, 715; *Wiebe*, in: *MüKo Lauterkeitsrecht*, § 4 Nr. 3, Rn. 33 („Dabei sind insbesondere die vorrangigen urheberrechtlichen Wertungen zu beachten [...] Im Bereich der Leistungsschutzrechte kann sich dieser Vorrang zu einer Spezialität verdichten.“); *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 396; dagegen *Rieble*, Das Wissenschaftsplagiat, 93 (Vorrangtheorie als „grandioser Fehlschluß“).

⁴ *Schünemann*, in: *GK UWG*, Einl G, Rn. 98.

⁵ Überblick bei *Leistner*, in: *GK UWG*, § 4 Nr. 9, Rn. 54–55; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1965 (Hinfälligkeit spezialgesetzlicher Anliegen muss verhindert werden); *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2, Rn. 160; *Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 24, Rn. 99 („das UrhG ist insoweit lex specialis zum UWG.“); *Nordemann*, in: *Götting/Nordemann*, § 4 Nr. 3, Rn. 3.23; *Ullmann*, in: *jurisPK-UWG*, § 4 Nr. 3, Rn. 11 und 13; in Bezug auf die Leistungsschutzrechte als „echte Spezialvorschriften“; *Leistner*, in: *GK UWG*, § 4 Nr. 9, Rn. 84; *Boesche*, Wettbewerbsrecht, Rn. 37; *Hauck*, in: *MüKo Lauterkeitsrecht*, Grundl.,

spiegelbildlich⁶ aufgrund von Subsidiarität⁷ des Nachahmungsschutzes. Die angewandten Kollisionsregeln dienen dabei der Vermeidung urheberrechtlichen Schutzes auf dem Umweg⁸. Befürchtet wird vor allem die Umgehung immaterialgüterrechtlicher Schutzzschranken. Die Vorrangthese nahm zunächst die Schutzdauer des Urheberrechts in den Blick⁹, wird aber generell auf alle Fallgestaltungen bezogen, da der urheberrechtliche Anspruch an einer anderen (inhaltlichen) Schranke oder einer freien Benutzung, am Fehlen einer Nutzungshandlung oder nicht hinreichender Originalität des Schutzgegenstands scheitert. Wenn der urheberrechtliche Schutz gegen die Nachahmung eines Leistungsergebnisses beispielsweise an der Schutzfrist scheitert, umgehe ein Verbot der Nachahmung gestützt auf das Lauterkeitsrecht diese urheberrechtliche Wertung¹⁰. Denn obwohl das Urheberrecht die Nachahmung erlaube und einen negatorischen Anspruch gerichtet auf Unterlassung der Nachahmung versage, könne das Angebot der Nachahmung gestützt auf das Lauterkeitsrecht auf dem Umweg untersagt werden. Entsprechend argumentierte auch der BGH:

Rn. 294, 298, 300, 304; *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 379; *Müller-Laube*, ZHR 156 (1992), 480, 482 („Spezialregeln“); *Schricker/Henning-Bodewig*, WRP 2001, 1367, 1407 (Immaterialgüterrecht als „Gegenstand von Spezialregelungen“); *Brugger*, GRUR 1957, 325, 328 („Bei der Abgrenzung beider Rechtsordnungen wird man davon ausgehen, daß das Urheberrecht als spezielles Gesetz als Sonderregelung den Vorrang hat.“).

⁶ *Boesche*, Wettbewerbsrecht, Rn. 37 („Wegen der Spezialität des UrhG und der Subsidiarität des UWG sind wettbewerbsrechtliche Ansprüche bei Verletzung von Urheberrechten, die der Verletzte nach dem Sanktionssystem des UrhG geltend macht, grds. ausgeschlossen.“); auch *Ullmann*, in: jurisPK-UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 13 knüpft an die Spezialität des Immaterialgüterrechts die Subsidiarität des Lauterkeitsrechts und scheint so zwei Kategorien der Kollisionslehre zu vermengen; ähnlich auch *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 351, der „von der Spezialität urheberrechtlicher und der Subsidiarität lauterkeitsrechtlicher Ansprüche“ spricht; eine Vermengung dieser beiden Kategorien bezeichnet *Schünemann*, in: GK UWG, Einl G, Rn. 98, Fn. 186 als eigenartig.

⁷ *Eck*, in: Gloy/Loscheder/Erdmann, § 22, Rn. 24; *Kehrl*, in: Kurz/Kehrl/Nix, 13. Kapitel, Rn. 22; *Körner*, FS Ullmann, 701, 704; *Schünemann*, GK UWG, Einl G, Rn. 98; *Ullmann*, jurisPK-UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 13; *Hauck*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, Grundl., Rn. 306; *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 264; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Einl., Rn. 37; *Kur*, in: FS Ullmann, 717, 724.

⁸ Nach *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 273 f. löst sich mit Schutzfristablauf das Band zwischen Anbieter und Werk, sodass Ansprüche aus Nachahmungsschutz „begriffsnotwendig“ ausscheiden; *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 396; ablehnend gegenüber der Umwegtheorie im Schweizer Recht *Baudenbacher*, in: Schmidt-Kessel/Schubmehl, Lauterkeitsrecht in Europa, 594; von „lex-specialis-Doktrin“ und „Umwegthese“ spricht ablehnend *Fezer*, GRUR 2010, 953.

⁹ BGH, GRUR 1966, 503 – Apfel-Madonna; BGH, GRUR 1969, 186 – Reprint.

¹⁰ *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 396; *Schünemann*, in: GK UWG, Einl G, Rn. 78; *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 284; *Körner*, FS Ullmann, 791, 705 f.

„Es dürfen insbesondere die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb nicht herangezogen werden, um einen nicht bestehenden Urheberrechtsschutz zu ersetzen, da sonst die zeitliche Begrenzung des Urheberschutzes ihren Sinn verlöre.“¹¹

Daher fehle nach Ablauf der Schutzfrist Raum für ein lauterkeitsrechtliches Verbot, denn dass Leistungsergebnisse nach Ablauf der Schutzfrist frei nachgeahmt werden können, sei „hieraus die zwangsläufige Konsequenz“¹². Um den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit zu schützen, müsse der Leistungsschutz zurücktreten, wenn das Urheberrecht die Nachahmung nicht untersage¹³. Die urheberrechtlichen Schutzschränken seien als klare Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren und dürfen nicht durch die Anwendung des Wettbewerbsrechts hinfällig werden¹⁴. Dass möglicherweise auch die Entscheidung des Gesetzgebers *für* wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz unter den dort kodifizierten Bedingungen Respekt verdient, wird in den angeführten Beiträgen hingegen nicht diskutiert. Dabei kann schon an dieser Stelle festgehalten werden, dass bei einer generellen Derogation des Nachahmungsschutzes im Kollisionsfall mit dem Urheberrecht – in den Worten des BGH – der Nachahmungsschutz seinen „Sinn verlöre“.

Die Forderungen nach einem Kumulationsverbot scheinen auf den ersten Blick eine Stellungnahme im Rahmen der juristischen Methodenlehre anzubieten¹⁵. Stutzig macht aber, dass dieselbe inhaltliche Forderung des Vorrangs neben dem Spezialitätsgrundsatz auch aus der Subsidiaritätsregel hergeleitet wird. Erstaunlich ist außerdem, dass der gegenüber dem Urheberrecht „allgemeinere“ Nachahmungsschutz dann doch, und zwar bei Vorliegen „zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstände“, anwendbar bleiben soll¹⁶. So klar die Stellungnahme für die Anwendung einer Kollisionsregel und deren genel-

¹¹ BGH, GRUR 1966, 503, 506 – Apfel-Madonna; der BGH ließ Ansprüche aus UWG zu, „wenn besondere – außerhalb des kunstschutzrechtlichen Tatbestands liegende – Umstände hinzutreten [...]“.

¹² Pietzcker, Anmerkung an BGH, GRUR 1978, 305 – Schneewalzer, 307; vgl. auch Ahberg, in: Möhring/Nicolini, § 2, Rn. 153.

¹³ Kehrl, in: Kurz/Kehrl/Nix, 13. Kapitel, Rn. 22; Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, § 3, Rn. 24; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, § 2, Rn. 160; Schünemann, in: GK UWG, Einl G, Rn. 79; Sambuc, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl G, Rn. 213; Körner, FS Ullmann, 701, 714; Körner, FS Ullmann, 791, 705 f. (Grundsatz der Nachahmungsfreiheit ist Grundlage der Umwegtheorie).

¹⁴ Beater, Nachahmen im Wettbewerb, 396.

¹⁵ Der Begriff „Kumulationsverbot“ ermöglicht nicht nur eine einheitliche Beschreibung der Kollisionsregeln, sondern illustriert zugleich das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Kumulation von Regelungskomplexen auf der einen, und deren gegenseitiger Verdrängung auf der anderen Seite und wird im Folgenden aus dem Beitrag von Kur, Funktionswandel von Schutzrechten, in: Schrickler/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 23, 42 und 50 übernommen, ohne wiederholt auf Kur zu verweisen.

¹⁶ Stellvertretend Nordemann, in: Fromm/Nordemann, § 24, Rn. 99.

les Kumulationsverbot zunächst ausfällt, so konturlos wird sie schon im nächsten Atemzug wieder aufgeweicht. Namentlich *Nordemann* und *Ullmann* berufen sich auf den *lex-specialis*-Grundsatz, dieser solle aber nur „insoweit“ gelten, als die urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Wertungen identisch sind¹⁷ bzw. das Immaterialgüterrecht seiner Funktion nach reicht¹⁸.

Mit Blick auf den Holzschnitt¹⁹ bzw. Automatismus²⁰ der Vorrangthese muss geklärt werden, wie ein Vorrang methodisch zu begründen ist, wie die Voraussetzungen der *lex-specialis*- und Subsidiaritätsregel konkret zu definieren sind und ob bei kumulativer Anwendung des Nachahmungsschutzes tatsächlich eine Umgehung von Schutzschranken bzw. urheberrechtlicher Schutz auf dem Umweg droht. Hierzu sei *Fausts* Einwand vorweggenommen, dass das Spezialitätsargument zwar schnell erhoben, aufgrund seiner intuitiven Überzeugungskraft aber selten inhaltlich hinterfragt und begründet wird²¹.

2. Gleichrangthese

Eine Stellungnahme innerhalb anerkannter methodischer Kategorien bietet die Gleichrangthese²². Die Theorie entsprang einer Ablehnung des sogenannten Rechtsprinzips der Nachahmungsfreiheit²³. Wenn ein grundsätzliches Prinzip

¹⁷ *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 24, Rn. 99 (Urheberrecht trotz Spezialität neben dem Lauterkeitsrecht „ausnahmsweise“ anwendbar).

¹⁸ *Ullmann*, in: jurisPK-UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 12; auch *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 284.

¹⁹ *Ohly*, in: Schricker/Loewenheim, Einleitung, Rn. 63.

²⁰ *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550.

²¹ *Faust*, FS Canaris, 479.

²² Übersicht bei *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 50–53; *Leistner*, GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 60; *Köhler*, GRUR 2007, 548, insb. Rn. 14; *Köhler*, in: Lange/Klippel/Ohly, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 89, 97; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, § 4, Rn. 3.6a; *Stieper*, WRP 2006, 291, 293 und 295; *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl G, Rn. 215; *Ohly*, in: Schricker/Loewenheim, Einleitung, Rn. 63; *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 698; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, § 4, Rn. 3/15 und 3/17; *Büscher*, GRUR 2018, 1; *Nemeczek*, WRP 2012, 1025; *Nemeczek*, WRP 2010, 1315, 1318; *Nemeczek*, Anmerkung an BGH, GRUR 2015, 909 – Exzenterzähne; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 3, Rn. 24 f; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, § 2, Rn. 162; *Fezer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Einl., Rn. 453 ff.; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 4 Nr. 3, Rn. 42; *Götting*, in: Götting/Nordemann, Einleitung, Rn. 66 f; *Gieseler*, Formloser geschmacksmuster- und wettbewerbsrechtlicher Designschutz, 72 und 339 ff.; *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2007, 986, 990; *Büscher*, GRUR 2018, 1; *Schulze*, in: Dreier/Schulze, § 1, Rn. 7; *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 339 ff.; *Krug*, Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bei technischen Gestaltungsmerkmalen im Kontext des Immaterialgüterrechts, 119; implizit schon *Müller-Laube*, ZHR 156 (1992), 480, 509;

²³ Schon *Müller-Laube*, ZHR 156 (1992), 480, 495 und 510; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 549 (Rn. 5); *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, § 4, Rn. 3.3; *Leistner*, in: GK UWG, § 4, Rn. 65–67.

der Nachahmungsfreiheit außerhalb der Immaterialgüterrechte abgelehnt wird, liegt auch eine Umgehung der immaterialgüterrechtlichen Wertungen und damit eines immaterialgüterrechtlichen Schutzes auf dem Umweg ferner²⁴. Dass aber die Ablehnung der Nachahmungsfreiheit keineswegs Voraussetzung für die Annahme eines Gleichrangs zwischen Lauterkeitsrecht und Urheberrecht ist, zeigt insbesondere *Ohly*, der den Nachahmungsschutz schlicht als neben den Immaterialgüterrechten bestehende, zusätzliche Ausnahme vom Prinzip der Nachahmungsfreiheit begreift²⁵. Das Prinzip der Nachahmungsfreiheit eignet sich deshalb nicht (mehr) als Grenzposten zwischen Vorrang- und Gleichrangthese.

Kern der Gleichrangthese ist die methodische Beschreibung des Verhältnisses urheberrechtlicher und lauterkeitsrechtlicher Ansprüche im Sinne der (Anspruchs-) Konkurrenz, also der kumulativen Anwendbarkeit der urheberrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Regelungsregime. Damit postuliert die Theorie eine Abkehr von der Vorrangthese und einer wie auch immer gearteten generellen Derogation des Lauterkeitsrechts durch das Urheberrecht. Die vorliegend dargestellten drei Strömungen innerhalb der Gleichrangthese unterscheiden sich vor allem in Bezug auf das Ausmaß der Unabhängigkeit zwischen den beiden kollidierenden Regelungskomplexen.

a) Unabhängigkeitstheorie²⁶

In nunmehr ständiger Rechtsprechung geht der Bundesgerichtshof – neben vereinzelten Stimmen in der Literatur²⁷ – ausdrücklich von der Unabhängigkeit von Nachahmungsschutz und Werkschutz aus²⁸, denn der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz sei „nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als die Sonderrechtsschutzrechte ausgestaltet“²⁹.

²⁴ *Leistner*, in: GK UWG, § 4, Rn. 52 und 65–67 bezeichnet die Ablehnung der Nachahmungsfreiheit in Zusammenhang mit der Gleichrangthese als konsequent.

²⁵ *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 698 f.; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/15.

²⁶ *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 99, 104 („Theorie der zwei Reiche“).

²⁷ *Sambuc*, in: *Harte-Bavendamm/Henning/Bodewig*, Einl G, Rn. 218 („Eigenleben“); *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, 523 („Interdependenzen [...] ausgeschlossen“); für das schweizerische Recht *Müller*, in: *Büren/David*, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 (1998), 43.

²⁸ Zuletzt für das Urheberrecht BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 37 – Segmentstruktur; erstmals ausdrücklich in BGH, GRUR 2011, 134, Rn. 65 – Perlentaucher; Instanzrechtsprechung z.B. OLG Frankfurt a.M., GRUR-RS 2018, 39892, Rn. 25 – Modeschmuck (Vermeidbare Herkunftstäuschung wg. nachschaffender Nachahmung trotz freier Benutzung der urheberrechtlich geschützten Originalschmuckstücke).

²⁹ BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 37 – Segmentstruktur.

„Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz wegen der Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses können *unabhängig* vom Bestehen von Ansprüchen aus Urheberrecht gegeben sein, wenn besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb der Sonderschutztatbestände des Urheberrechtsgesetzes liegen.“³⁰

Grundlage der Unabhängigkeitstheorie ist die Verbannung jeglichen Güterzuordnungsgedankens aus dem Lauterkeitsrecht. So formuliert der Bundesgerichtshof in Sachen *Segmentstruktur* in aller Deutlichkeit:

„Einen allgemeinen Schutz von Innovationen gegen Nachahmungen sieht das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht vor.“³¹

Damit scheint sich der Bundesgerichtshof für eine völlig unabhängige Kumulation der Regelungskomplexe auszusprechen³². Der BGH habe, so *Leistner*, den Nachahmungsschutz „von den Wertungen des Sonderschutzrechts losgelöst“³³.

Die Literatur steht der Unabhängigkeitstheorie beinahe geschlossen ablehnend gegenüber. Sie betont vorrangig die Schnittmengen und plädiert, vor allem gestützt auf das Umwegargument, für eine mehr oder weniger ausgeprägte Verdrängung des Lauterkeitsrechts (siehe zuvor) oder wenigstens eine gewissenhafte Beachtung der Wertungen der kollidierenden Regelungskomplexe (siehe im Anschluss). Ausnahmen stellen die Beiträge *Thouvenins* und unter Einschränkung auch *Nemeczecs* dar. *Thouvenin* beleuchtet die Kollision von Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive und gelangt zu einer kumulativen und gänzlich unabhängigen Anwendung beider Regelungskomplexe, die er mit deren wirtschaftsfunktionalen Verschiedenheit begründet³⁴. Auch *Nemeczek* konkretisiert den Begriff der Unlauterkeit unter Rückgriff auf wettbewerbsfunktionale Kriterien³⁵, lehnt die Existenz unmittelbaren Leistungsschutzes mangels Güterzuordnungszwecks des Lauterkeitsrechts ab³⁶, fordert an anderer Stelle aber doch Wertungseinheit im

³⁰ BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 37 – Segmentstruktur. Hervorhebung durch den Bearbeiter.

³¹ BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 96 – Segmentstruktur.

³² *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/13 mit Beispielen zum Patent- und Designrecht.

³³ *Leistner*, GRUR 2018, 697, 698.

³⁴ *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, 508 ff., insb. 523 („Angesichts der beträchtlichen Unterschiede im Anwendungsbereich und bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen hinsichtlich Perspektive, Fokus und Kriterien ist das Bestehen von Interdependenzen zwischen immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Prüfung ausgeschlossen.“).

³⁵ *Nemeczek*, WRP 2012, 1025, 28 ff. („Die Beurteilung wettbewerbsrechtlicher Fälle darf demnach nicht von moralischen Erwägungen geprägt sein und ebenso wenig auf bloße Anstandsformeln reduziert werden. Das Postulat einer wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft erfordert es vielmehr, die Funktionsfähigkeit des wirtschaftlichen Wettbewerbs zu gewährleisten. Unlauterkeit ist damit gleichzusetzen mit Wettbewerbswidrigkeit.“).

³⁶ *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1209 („Unmittelbarer Leistungsschutz vermittelt hingegen eine absolute Rechtsposition. Er knüpft nicht primär an das Marktverhalten an, sondern

Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und Lauterkeitsrecht³⁷. Dem wirtschaftsfunktionalen Schwerpunkt der Beiträge *Nemeczek* zum Trotz liegen dessen Ausführungen deshalb wenigstens auf halbem Wege zwischen der Unabhängigkeitstheorie und den beiden im Folgenden dargestellten Theorien der Wertungseinheit.

b) Theorie der sanften Wertungseinheit

„Immer dann, wenn identische Interessen von mehreren Vorschriften unter unterschiedlichen Voraussetzungen geschützt werden, drohen Wertungswidersprüche.“³⁸

Der Begriff Wertung und die mit ihm einhergehende Auffassung der Rechtsordnung als ein zusammenhängendes, inneres System – eben als *Ordnung* – sind die Schlüssel zur Theorie der sanften Wertungseinheit³⁹. Kernaussage ist

an der Erstleistung, die der Nachahmungshandlung als Zweitleistung vorgelagert ist. Darauf ist das Lauterkeitsrecht aber nicht ausgelegt. Absolute Rechtspositionen erfordern klare Konturen, da sie gegen jedermann wirken. Um diese zu gewährleisten, bedürfen absolute Rechtspositionen vordefinierter Schutzbereiche. Sie zeigen auf, ob und inwieweit Schutz besteht. Handfeste Kriterien, die dem Interesse nach Rechtssicherheit und Transparenz Rechnung tragen, wurden von denjenigen, die einen unmittelbaren Leistungsschutz zuerkennen, bislang nicht vorgetragen.“; *Nemeczek*, WRP 2012, 1025, 1926 f. („Die Leistung wird nicht als solche geschützt, sondern erst mittelbar bzw. Reflexartig.“).

³⁷ *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1205 („Fest steht zunächst, dass die Wertungen des Immaterialgüterrechts nicht durch das Lauterkeitsrecht unterlaufen werden dürfen.“); *Nemeczek*, WRP 2012, 1025, 1026 (wettbewerbliche Eigenart dient dazu, „die normative Schutzwürdigkeit einer Leistung festzulegen“; zur Beurteilung einer Leistung als „Schutzwürdig“ sind „stets auch die Interessen der Allgemeinheit und des Mitbewerbers einzubeziehen“).

³⁸ *Ohly*, GRUR 2007, 731, 740.

³⁹ *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 698; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/15 ff.; *Ohly*, in: *Schricker/Loewenheim*, Einleitung, Rn. 63; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.6a; *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Einl., Rn. 451; *Hohlweck*, WRP 2015, 934, 936; *Stieper*, WRP 2006, 291, 293& 302; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 2, Rn. 163; *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Einl., Rn. 460 ff. (tatbestandliche Begrenzungsfunktion bezüglich des Anwendungsbereichs lauterkeitsrechtlicher Tatbestände bei grundsätzlicher Normenkonkurrenz mit dem Ziel praktischer Konkordanz und Schutzzweckkompatibilität); *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2007, 986, 990 („Dass bei einer Überschneidung der Schutzmaterien den Wertungen der jeweils anderen Materie so weit wie möglich Rechnung zu tragen ist, ist selbstverständlich, begründet jedoch keinen Vorrang.“); *Nemeczek*, WRP 2010, 1315, 1319; *Derclaye/Leistner*, Intellectual Property Overlaps, 272 („Therefore, unfair competition law has to take the value judgements embodied in the system of different IPRs into account, and must not undermine the objectives underpinning the particular limits to IPR protection), 281 („principle of cumulative applicability“); mit Blick auf IP-Overlaps und der Forderung nach der „schutzrechtsinternen“ Abstimmung zwischen den verschiedenen Rechten des Geistigen Eigentums vgl. *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 23, 45.

auch hier die methodische Einordnung des Verhältnisses von Urheberrecht und Lauterkeitsrecht im Sinne der Konkurrenz, also deren kumulativer Anwendbarkeit. Jedoch werden die beiden Regelungskomplexe nicht als voneinander unabhängig aufgefasst, sondern in einen systematisch-teleologischen Bezug zueinander gesetzt. Bei Anwendung der Vorschriften seien die „Wertungen“ des jeweils anderen Rechtsgebiets zu berücksichtigen. Die Wertungen strahlten aus und beeinflussten dabei das jeweils andere Rechtsregime⁴⁰. Dabei könne es zu sogenannten Wertungswidersprüchen kommen, die es zu vermeiden gelte⁴¹. Die Gefahr von Wertungswidersprüchen resultiere daraus, dass Urheberrecht und Nachahmungsschutz identische Interessen unter verschiedenen Voraussetzungen schützen⁴² bzw. denselben Zweck verfolgen⁴³ – wobei daneben aber auch autonom lauterkeitsrechtliche Interessen und Zweckrichtungen des Nachahmungsschutzes hervorgehoben werden⁴⁴. Insbesondere *Ohly* beschreibt den Nachahmungsschutz dabei als „Hybrid“ zwischen geistigem Eigentum und Lauterkeitsrecht⁴⁵.

Der Wertungsgleichlauf sei einzelfallbezogen und schonend durch Auslegung herzustellen⁴⁶. Beispielsweise schließen *Köhler* und *Ohly* gleichermaßen den Schutz vor Rufausbeutung aus § 4 Nr. 3 b UWG für geistige Werke nach Ablauf deren Schutzfrist – also nicht allumfassend, sondern lediglich konkret in von § 64 UrhG erfassten Einzelfällen – aus, da sich der gute Ruf eines Werks nur aufgrund der langen Schutzdauer habe entwickeln können. Andernfalls drohe die Zuerkennung unmittelbaren Leistungsschutzes⁴⁷ durch eine faktische

⁴⁰ Vgl. zur Ausstrahlwirkung auch *Kur/Ohly*, GRUR 2020, 457, 471 (Ausstrahlwirkung mit der Folge von Wertungsgleichheit zwischen harmonisiertem Marken-, und nationalem unternehmerschützenden Lauterkeitsrecht).

⁴¹ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.6a; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550 (Rn. 14) und 552 (Rn. 36); *Leistner*, GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 70; *Ohly*, in: *Schricker/Loewenheim*, Einleitung, Rn. 63; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/15 und 3/17; *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 697; *Hohlweck*, WRP 2015, 934, 936.

⁴² *Ohly*, GRUR 2007, 731, 740; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/12; auch von denselben Aufgaben (*Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/1) und einem immaterialgüterrechtsähnlichen Charakter des Nachahmungsschutzes (*Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/3) ist die Rede.

⁴³ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.2 („Normzweck ist der Schutz des Leistungsergebnisses eines Mitbewerbers“).

⁴⁴ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4 Rn. 3/4 (Verwehlungsschutz, Zuordnungsschutz, Allgemeininteresse an unverfälschtem Wettbewerb und Förderung des Innovationswettbewerbs); *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.2 (Allgemeininteresse an innovativem Wettbewerb); *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.4a (Schutz der individuellen Leistung des Herstellers und daneben Schutz des Interesses der Allgemeinheit an unverfälschtem Wettbewerb).

⁴⁵ *Ohly*, GRUR 2019, 441, 445.

⁴⁶ *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Einl., Rn. 462.

⁴⁷ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/17.

Verlängerung der urheberrechtlichen Schutzdauer⁴⁸. Als Einfallstore für immaterialgüterrechtliche Wertungen dienen dem Rechtsanwender die Tatbestandsmerkmale der Vermeidbarkeit und Unangemessenheit⁴⁹. Auf diese Weise beeinflusse eine tatbestandliche Begrenzungsfunktion der Immaterialgüterrechte zwar im Wege der Interpretation den Schutzbereich des Lauterkeitsrechts. Kollisionsregeln, die schon die Anwendbarkeit des Nachahmungsschutzes ausschließen, beruhen hingegen, so *Fezer*, auf einem Fehlverständnis der *lex-specialis*-Regel⁵⁰. Die Kollisionsbehebung und die Suche nach (Wertungs-) Widersprüchen werden so zu einer Frage des Einzelfalles. Die Theorie der sanften Anspruchskonkurrenz stellt den Gegenpol zu den groben Lösungsansätzen der Vorrangtheorie dar, die durch Anwendung einer „automatischen“⁵¹ Derogation bzw. eines Kumulationsverbots verwirklicht werden sollen.

Streitig ist innerhalb der Theorie der sanften Wertungseinheit letztlich nur, inwieweit eine Überschneidung von Tatbeständen, Schutzzwecken oder geschützten Interessen beider Rechtsgebiete anzunehmen und eine einschränkende Interpretation eines der beiden Regelungskomplexe geboten ist. Dabei lässt sich bei Vertretern von Wertungseinheit eine mehr⁵² oder weniger⁵³ ausgeprägte Verdrängung leistungsschutzrechtlicher Gedanken aus dem UWG-Nachahmungsschutz beobachten.

Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lässt sich der Theorie sanfter Wertungseinheit zwischen Werk- und Nachahmungsschutz zuordnen, obwohl der EuGH zur Sache noch nie ausdrücklich Stellung bezogen hat. In der Rechtssache *Cofemel* entschied der Gerichtshof, dass Ansprüche aus Designrecht und Urheberrecht kumulativ anwendbar seien⁵⁴, jedoch nur „in bestimmten Fällen“⁵⁵. Dabei überlässt es der Gerichtshof den nationalen Gerichten, diese bestimmten Fälle aus den legislativen Wertentscheidungen der kollidierenden Regelungskomplexe zu ermitteln. Richtschnur der Kumulation im

⁴⁸ *Köhler*, GRUR 2007, 548, 552 (Rn. 39); *Köhler*, in: Lange/Klippel/Ohly, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 89, 95.

⁴⁹ *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4, Rn. 3/15; *Köhler*, GRUR 2007, 548, 553 (Rn. 39).

⁵⁰ *Fezer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Einl., Rn. 457, 460, 462, 468; *Fezer*, GRUR 2010, 953, 962; *Fezer*, WRP 2008, 1 ff.

⁵¹ *Köhler*, GRUR 2007, 548, 550, Rn. 14.

⁵² *Köhler*, GRUR 2006, 548, 551, Rn. 26 ff. (Nachahmungsschutztatbestände des § 4 Nr. 3 UWG als besondere Irreführungs- und Behinderungstatbestände).

⁵³ Hierzu sei *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 60 vorweggenommen; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4, Rn. 3/1 ff., insb. 17 und 78 ff.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 12.9.2019, Rs. C-683/17, Rn. 43 und 52 – *Cofemel* = GRUR 2019, 1185 („einander nicht ausschließen“; „kumulativ für ein und denselben Gegenstand“).

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 12.9.2019, Rs. C-683/17, Rn. 52 – *Cofemel* = GRUR 2019, 1185.

Einzelfall müsse es sein, dass „Zielsetzungen und Wirksamkeit“⁵⁶ der kollidierenden Regeln nicht beeinträchtigt werden⁵⁷. Entscheidend sei, dass dem jeweiligen Regelungskomplex zur Verwirklichung seiner Zwecke ein eigener Anwendungsbereich verbleibe⁵⁸. Obwohl die genannte Entscheidung die Kollision zweier Immaterialgüterrechte im horizontalen Verhältnis betraf, kann der zugrundeliegende Gedanke in Zusammenschau mit der im Sinne wertungseinheitlicher Konkurrenz entschiedenen, das rechtsgebietsübergreifende horizontale Kollisionsverhältnis zwischen Marken-RL und Werbe-RL betreffenden Rechtssache *O2*⁵⁹ auf der einen und den das vertikale Kollisionsverhältnis zwischen europäischem Urheberrecht und nationalem Nachahmungsschutz betreffenden Schlussanträgen des Generalanwalts *Sánchez-Bordona*⁶⁰ zur Rechtssache *Brompton Bicycle*⁶¹ und der Entscheidung *Beele*⁶² auf der anderen Seite, auf das Kollisionsverhältnis von europäischem Werkschutz und nationalem Nachahmungsschutz übertragen werden. Der Gerichtshof geht vom

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 12.9.2019, Rs. C-683/17, Rn. 51 – Cofemel = GRUR 2019, 1185.

⁵⁷ *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1116 f. (der EuGH zeichnet ein widerspruchsfreies inneres System der Immaterialgüterrechte; „die differenzierenden Wertungen des sektorspezifischen Systems“ dürfen durch die Kumulation nicht „flächendeckend unterlaufen“ werden, was durch eine „innere Abstimmung beider Schutzinstrumente“ erreicht wird); dagegen *Endrich-Laimböck*, GRUR Int. 2020, 264, 267 („For those wishing to achieve coherence between the regimes by means of a systematic interpretation in light of the copyright/design interface, the CJEU’s assessment does not provide a normative basis.“).

⁵⁸ *Leistner*, GRUR 2019, 1114, 1117 (flächendeckende Überschneidung durch schutzrechtsinterne Abstimmung verhindern); kritisch *Endrich-Laimböck*, GRUR Int. 2020, 264, 267 f. (unterschiedliche Schutzvoraussetzungen führen dazu, dass den verschiedenen Komplexen ohnehin ein eigener Anwendungsbereich verbleibt; weil der Gesetzgeber Überschneidungen von Regelungskomplexen vorhersieht, reicht ein theoretischer eigener Anwendungsbereich aus, um Befürchtungen des Bedeutungsverlusts eines Regelungskomplexes zu entkräften; den verschiedenen Regelungskomplexen verbleibt aufgrund deren konzeptuellen Unterschiede ohnehin ein eigener Anwendungsbereich).

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 12.6.2008, Rs. C-533/06, Leitsatz I, Rn. 37 ff. – O2/Hutchison = GRUR 2008, 698; *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Einl., Rn. 477 und 484 (EuGH bestimmt das Verhältnis zwischen Marken-RL und Werbe-RL im Sinne von Normenkonkurrenz).

⁶⁰ Schlussanträge des GA *Sánchez-Bordona* v. 6.2.2020, Rs. C-833/18, Rn. 100 – *Brompton Bicycle* („Abschließend möchte ich hinzufügen, dass eine eventuelle Verweigerung des Urheberrechtsschutzes die Inanspruchnahme anderer Vorschriften zur Bekämpfung sklavischer oder parasitärer Nachahmungen nicht ausschließt. Wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, sind die Rechtsvorschriften zum unlauteren Wettbewerb zwar auf Unionsebene noch nicht vollständig harmonisiert, können jedoch Abhilfe gegen dieses unerwünschte Phänomen bieten.“).

⁶¹ EuGH, Urt. v. 11.6.2020, Rs. C-833/18 – *Brompton Bicycle* = GRUR 2020, 736.

⁶² EuGH, Urt. v. 02.3.1982, Rs. 6/81 – *Beele* = GRUR Int. 1982, 439, 441; dazu *Keller*, in: *FS Erdmann*, 600 f. (Urteil in Sachen *Beele* „gültiges Programm des EuGH zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz“).

Grundsatz der Kumulation kollidierender Regeln aus. Der europäische Gesetzgeber hat diesen Grundsatz darüber hinaus speziell für das vorliegend untersuchte Kollisionsverhältnis in den „Unberührt-Klauseln“ niedergelegt, woran sich der EuGH gebunden fühlt⁶³. Widersprüche im Einzelfall, wie sie bei unreflektierter Kumulation von Markenschutz und den Vorschriften über vergleichende Wertung drohten, seien durch eine sanfte Abstimmung und nicht, wie von Generalanwalt *Mengozzi*⁶⁴ in Sachen *O₂* vorgeschlagen, durch Anwendung der *lex-specialis*-Regel, aufzulösen⁶⁵. In Zusammenschau ergeben diese einzelnen Einlassungen eine Stellungnahme von europäischer Seite zugunsten einer im vertikalen Verhältnis wertungseinheitlichen Konkurrenz von Werk- und Nachahmungsschutz.

c) Theorie der robusten Wertungseinheit

Eine letzte Strömung schließt sich der Forderung nach wertungseinheitlicher Konkurrenz an⁶⁶, möchte diesen Wertungsgleichlauf im Kollisionsfall aber durch die Anwendung einer Vermutungsregel herbeiführen. Namentlich *Leistner* stellt die Vermutung auf, dass die schutzbegründenden Merkmale des Urheberrechtes keine abschließenden Regelungen gegenüber dem UWG-Nachahmungsschutz darstellen, während schutzbeschränkende Regeln, allen voran die zeitliche Begrenzung des Schutzes, gegenüber dem UWG-Nachahmungsschutz abschließende legislative Wertungen verkörpern⁶⁷.

„Vergrößernd kann dabei aber doch festgehalten werden, dass die Regelungen bezüglich der Schutzzuvoraussetzungen in wesentlichen Bereichen typischerweise nicht abschließend sind, während die Regelungen hinsichtlich der Begrenzungen des Schutzes (insbes. Schutzdauer und -schränken) häufig abschließende Interessenabwägungen zugunsten zu sichernder Freiräume für die Mitbewerber und die Allgemeinheit beinhalten.“⁶⁸

⁶³ EuGH, Urt. v. 12.9.2019, Rs. C-683/17, Rn. 45 – Cofemel = GRUR 2019, 1185 (Interpretation kollidierender Regeln im Licht des legislativ niedergelegten Grundsatzes kumulativen Schutzes).

⁶⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* v. 31.1.2008, Rs. C-533/06, Rn. 34 – *O2/Hutchison* = BeckRS 2008, 70220.

⁶⁵ *Ohly*, Anmerkung an EuGH, Urt. v. 12.6.2008, Rs. C-533/06 – *O2/Hutchison*, GRUR 2008, 698, 701, Rn. 2.

⁶⁶ *Leistner*, in: GK UWG, Band 2, § 4 Nr. 9, Rn. 53 und 70.

⁶⁷ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 65 und 80 f; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1965 bezeichnet nicht nur die Vorschriften über die Schutzdauer, sondern – im Gegensatz zu *Leistner* – auch die Vorschriften über die Gestaltungshöhe als abschließend; *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 396

⁶⁸ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 65.

„Im Hinblick auf die Schutzvoraussetzungen ist die urheberrechtliche Wertung nicht abschließend. [...] Im Hinblick auf die zeitliche Begrenzung des Schutzes ist die urheberrechtliche Wertung grundsätzlich abschließend. [...] Im Hinblick auf die Schranken des Urheberrechts gilt das Gleiche wie hinsichtlich der zeitlichen Begrenzung des Schutzes.“⁶⁹

Dabei geht die Überlegung *Leistners* von einer weitgehenden Funktionsidentität⁷⁰ zwischen dem Recht des geistigen Eigentums und dem Lauterkeitsrecht aus, denn Nachahmungsschutz bezwecke primär eine Ergänzung der Sonderschutzrechte⁷¹, auch wenn er daneben autonom lauterkeitsrechtliche Ziele verfolge⁷². Zur Begründung der Vermutungsregel beruft sich *Leistner* auf das Umweg-Argument. Wertungen des Gesetzgebers in Bezug auf urheberrechtlich zulässige Handlungen dürften nicht durch Anwendung des UWG umgangen und der urheberrechtliche Schutz, beispielsweise nach Ablauf der Schutzfrist, so ersetzt werden⁷³. Im Grundsatz seien aber, bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, Ansprüche aus § 4 Nr. 3 lit. a, b oder c UWG nicht generell ausgeschlossen. Im Ergebnis fordert *Leistner* eine strenge und saubere Prüfung der Unlauterkeitsmerkmale⁷⁴, die der Gesetzgeber als „unlauterkeitsbegründende Elemente“⁷⁵ selbst definiert habe. Große Unterschiede zur Theorie sanfter Wertungseinheit werden der Vermutungsregel dabei nicht entspringen. Auch nach *Leistner* ist eine Untersuchung jedes Einzelfalles auf Wertungswidersprüche vorzunehmen, deren Vorliegen bei Umgehung schutzbeschränkender Regeln vermutet wird. Die (ohnehin vorsichtig formulierte⁷⁶) Vermutungsregel ist dabei widerleglich. Doch wird die mit der Vermutungsregel einhergehende Voreingenommenheit die Auslegung im Ergebnis in eine bestimmte Richtung, weg von der Kumulation und hin zur einschränkenden Auslegung des Nachahmungsschutzes im Einzelfall lenken. Die Methode *Leistners* erscheint insofern konsequent, als sie auf einer weitgehenden Identität der Zwecke und geschützten Interessen von Nachahmungsschutz und Urheberrecht basiert⁷⁷.

⁶⁹ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 81–82.

⁷⁰ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 60 (es besteht „eine (teilweise) Funktionsidentität zwischen wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz und den Sonderschutzrechten des geistigen Eigentums“).

⁷¹ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 21 (Nachahmungsschutz bezweckt primär den Schutz individueller Mitbewerberinteressen „vor Ausbeutung ihrer individuellen wettbewerblichen Leistung durch bestimmte Formen der Nachahmung“).

⁷² *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 24 (Zurodnungsschutz).

⁷³ *Leistner*, in: GK UWG, Band 2, § 4 Nr. 9, Rn. 81 f.

⁷⁴ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 81 f.

⁷⁵ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 70.

⁷⁶ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 65 („vergrößernd“; „häufig“; „typischerweise“).

⁷⁷ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 20 (Zweck) und Rn. 47 (Interessen).

Für robuste Wertungseinheit spricht die mit ihr erzielte Rechtssicherheit. Während die Theorie der sanften Wertungseinheit weniger vorhersagbare Ergebnisse liefert, zieht die Argumentation *Leistners* eine klarere Trennlinie zwischen Werkschutz und Nachahmungsschutz. Aufgrund der zahlreichen lauterkeitsrechtlichen (großen und kleinen) Generalklauseln und der unzähligen unbestimmten Rechtsbegriffe, die beide Rechtsgebiete prägen, erscheint eine solche Vorhersehbarkeit der Interpretationsergebnisse *prima facie* sehr attraktiv.

3. Die besonderen Umstände

Die Forderung nach besonderen Umständen findet sich in beinahe allen Beiträgen zum Abgrenzungsproblem Werkschutz-Nachahmungsschutz und dabei in den Ausführungen zur Vorrangthese ebenso wie bei Vertretern der Gleichrangthese⁷⁸. Die Formulierung variiert. Mal wird „ein über die bloße Urheberrechtverletzung hinausgehender wettbewerbsrechtlicher Unrechtsgehalt“⁷⁹, mal werden „besondere – außerhalb des kunstschutzrechtlichen Tatbestands liegende – Umstände“⁸⁰ oder „besondere Begleitumstände“⁸¹ gefordert. Im Kern besagt das Argument schlicht, dass zum urheberrechtlichen Gehalt des Falles „etwas Lauterkeitsrechtliches“ hinzutreten muss, um einen lauterkeitsrechtlichen Anspruch zu begründen. Diese Selbstverständlichkeit trägt aber zum Abgrenzungsproblem wenig bei⁸², die Forderung erschöpft sich in einem Hinweis auf die Gesetzesbindung und den Geltungsbefehl demokratisch legitimierter Rechtsnormen.

⁷⁸ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 8; *Nordemann*, in: Fromm/Nordemann, § 24, Rn. 99; *Kehrl*, in: Kurz/Kehrl/Nix, 13. Kapitel, Rn. 22; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 3, Rn. 24; *Möhring/Nicolini*, § 102a, Rn. 5; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4, Rn. 3/13; *Kur*, GRUR 1999, 1; *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 698 und 700 f.; *Stieper*, WRP 2006, 291, 295; *Hauck*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, Grundl., Rn. 305; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 377 ff; *Körner*, FS Ullmann, 701, 705; *Nemeczek*, WRP 2012, 1025, 1026 f. (besondere Umstände als Garanten der Nachahmungsfreiheit); *Derclaye/Leistner*, Intellectual Property Overlaps, 272 („extra element test“); Rechtsprechung: Schon RG, Urt. v. 07.4.1910, Az. VI. 344/09 – Divaplatte = RGZ 73, 294, 297; BGH, GRUR 1960, 614, 617 – Figaros Hochzeit; BGH, GRUR 1962, 470, 475 – AKI; BGH, GRUR 1963, 575, 576 – Vertragsabend; BGH, GRUR 1966, 503, 507 – Apfel-Madonna; BGH, NJW 1973, 800, 801 – Modeneuheit; BGH, GRUR 1978, 305, 801 – Schneewalzer; BGH, GRUR 1986, 895, 896 – Notenstichbilder; BGH, MMR 2003, 719, 723 – Paperboy („Im Hinblick darauf, dass die beanspruchten Handlungen urheberrechtlich unbedenklich sind, kämen Ansprüche aus § 1 UWG nur in Betracht, wenn sie wegen des Vorliegens *besonderer Umstände* gleichwohl als wettbewerbswidrig anzusehen wären.“). Hervorhebung durch den Bearbeiter.

⁷⁹ *Reber*, in: Möhring/Nicolini, § 102a, Rn. 5.

⁸⁰ BGH, GRUR 1966, 503, 507 – Apfel-Madonna.

⁸¹ *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Einl G, Rn. 218; *Köhler*, in: Köhler, Bornkamm, Feddersen, § 4, Rn. 3.6.

⁸² *Ruess/Slopek*, WRP 2011, 834, 842 („Scheinformel ohne greifbaren Inhalt“).

Das Argument erklärt sich mit Blick in die Vergangenheit. Es ist ein Rudiment aus Rechtsprechung und Literatur zu § 1 UWG 1909, also aus Zeiten ohne legislative Kodifikation von Merkmalen, die die Voraussetzungen der Unlauterkeit des Angebots von Nachahmungsprodukten beschreiben⁸³. Die Forderung nach über die bloße Werknutzung hinausgehenden Merkmalen stellte eine seinerzeit berechnete, wenn auch erfolglose⁸⁴ „Selbsterinnerung“ der Rechtsprechung und Ermahnung der Literatur an die Rechtsprechung dar, sonderrechtlich zulässige Nachahmungshandlungen nicht an sich zu inkriminieren.

Nach der Kodifikation des Nachahmungsschutzes im Zuge der UWG-Reform 2004 bedarf es einer solchen Erinnerung eigentlich nicht mehr. Die zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Merkmale sind als Tatbestandsvoraussetzungen der § 4 Nr. 3 a–c UWG kodifiziert⁸⁵. Dass die Voraussetzungen dieser Norm sorgfältig zu prüfen sind, sollte auch ohne Erinnerung und Ermahnung selbstverständlich sein⁸⁶. Dennoch haben die „zusätzlichen Merkmale“ die UWG-Reform 2004 überlebt und werden – neben der einschlägigen Kommentarliteratur – auch vom Bundesgerichtshof nach wie vor bemüht. In jüngerer Zeit verwendete der Gerichtshof den Begriff „besondere Umstände“ erfreulicherweise als Überbegriff für die drei Tatbestandsalternativen des § 4 Nr. 3 UWG, was der hier vertretenen Ansicht entspricht⁸⁷.

⁸³ *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning/Bodewig, Einl G, Rn. 214 sieht die Vorrangthese als Ausfluss einer überkommenen „Denkweise“ aus Zeiten des § 1 UWG 1909; zu besonderen Umständen und der alten Generalklausel *Sambuc*, Der UWG-Nachahmungsschutz, Rn. 15.

⁸⁴ *Kur*, GRUR 1999, 1; *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 2; z.B. BGH, GRUR 1999, 923, 926 – Tele-Info-CD.

⁸⁵ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 3, 64 und 70; *Schünemann*, in: GK UWG, Einl G, Rn. 83 f; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4, Rn. 3.7; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4, Rn. 3/15; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 3, Rn. 25; *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1942; *Stieper*, WRP 2006, 291, 296 ff.; BT-Drs. 15/1487, 16 ff.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 377 ff.; *Steinbeck*, Zur These vom Vorrang des Markenrechts, FS Ullmann, 409, 423 („Es hat sich gezeigt, dass ein „lauterkeitsrechtliches Mehr“ in den Beispieltatbeständen des § 4 Nr. 7, 4 Nr. 9a und § 6 UWG zu finden ist.“).

⁸⁶ *Leistner*, GRUR 2018, 697, 698 („Umso entscheidender ist es dann aber grundsätzlich, die insoweit notwendigen, diesen abweichenden Zwecken und Voraussetzungen entsprechenden besonderen unlauterkeitsbegründenden Umstände tatsächlich stringent zu prüfen, um – angesichts unleugbar doch zum Teil bestehender Funktionsidentität zwischen wettbewerbsrechtlichem Nachahmungsschutz und Sonderschutzrechten – Wertungswidersprüche zwischen diesen Rechtsgebieten zu vermeiden.“).

⁸⁷ BGH, GRUR 2018, 832, Rn. 47 – Ballerinaschuh („Der Vertrieb einer Nachahmung kann nach § 4 Nr. 9 UWG aF und § 4 Nr. 3 UWG wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt wettbewerbliche Eigenart aufweist und besondere Umstände – wie eine vermeidbare Täuschung über die betriebliche Herkunft (Buchst. a) oder eine unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des nachgeahmten Produkts (Buchst.

II. Unmittelbarer Leistungsschutz bzw. Investitionsschutz

Die Frage, ob es die Aufgabe des Wettbewerbsrechts sei, Marktleistungen vor der Übernahme durch Wettbewerber zu schützen, wurde lange Zeit mit einem eindeutigen Ja beantwortet. Die Rechtsprechung⁸⁸ untersagte das „Schmücken mit fremden Federn“⁸⁹, das Ziehen „wirtschaftlicher Früchte aus fremder Saat“⁹⁰, das „Schmarotzen an fremder Leistung“⁹¹ und das „Pflügen mit fremdem Kalbe“⁹² und forderte das „Ausfechten des Wettbewerbskampfes mit eigenen Waffen“⁹³. Seine güterzuordnende Funktion bedingte die Schrittmacherefunktion⁹⁴ des UWG und machte das Lauterkeitsrecht zu „Rettungsboot“⁹⁵, „Werkstatt“⁹⁶ und „Jungbrunnen“⁹⁷ des Immaterialgüterrechts⁹⁸.

I. Existenz unmittelbaren Leistungsschutzes

Auf der einen Seite wird schon die Existenz unmittelbaren Leistungsschutzes unter der Generalklausel des UWG bestritten. Insbesondere Köhler hält lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz für unnötig. Das detailliert kodifizierte Im-

b) – hinzutreten, aus denen die Unlauterkeit folgt.“); wortgleich BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 40 – Segmentstruktur. Hervorhebung durch den Bearbeiter.

⁸⁸ Der Bundesgerichtshof bezieht zur Auslegung von § 3 I UWG als Leistungsschutzklausel nicht eindeutig Stellung, BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 97 – Segmentstruktur; BGH, GRUR 2011, 436, Rn. 19 – Hartplatzhelden.de; BGH, GRUR 2016, 725, Rn. 24 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm II; von einem ausdrücklichen Vorbehalt lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes in der Rechtsprechung des BGH spricht Ohly, Anmerkung an BGH, GRUR 2017, 79, 92, Rn. 8 – Segmentstruktur; Ruess/Slopek, WRP 2011, 834, 841 (vorsichtig formuliertes Hintertörchen).

⁸⁹ OLG Dresden, MuW (Markenschutz und Wettbewerb) Band XXIV (1924), 45, 46.

⁹⁰ Pietzcker, Anmerkung an BGH, GRUR 1978, 305 – Schneewalzer.

⁹¹ BGH, GRUR 1962, 470 – AKI; BGH GRUR 1963, 575, 576 – Vortragsabend; BGH, GRUR 1959, 240, 243 – Nelkenstecklinge; BGH, BGH, GRUR 1966, 503, 506 – Apfel-Madonna (hier i.E. abgelehnt); OLG München, BeckRS 1992, 09562 – Branchentelefonbuch.

⁹² Lobe, MuW (Markenschutz und Wettbewerb) XVI (1916–17), 129 („Volkstümlich ausgedrückt: Man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem Kalbe Pflügen!“); der Ursprung des Bildes liegt im Buch der Richter (Der Richter Simson), Kapitel 14, Vers 18 a.E.

⁹³ OLG Dresden, MuW (Markenschutz und Wettbewerb) XXIV (1924), 45, 46.

⁹⁴ Das Bild des Schrittmachers stammt von Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. (1980), 40.

⁹⁵ Ohly, Anmerkung an BGH, GRUR 2017, 79 – Segmentstruktur, GRUR 2017, 79, 90.

⁹⁶ Dessemontet, in: Büren/David, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/1 (2002), 8.

⁹⁷ Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, Einl., Rn. 448.

⁹⁸ Zur Geschichte des Urheberrechts ausführlich Ernst, FS 50 Jahre Urheberrecht, 195 ff. (Trägheit des Urheberrechts und „Reaktionen des Gesetzgebers“).

materialgüterrecht lasse schlicht keine Schutzlücken offen, die es über das Lauterkeitsrecht zu schließen gelte⁹⁹. Nicht nur *Nemeczek* traut dem durchschnittlichen Richter generell nicht zu, die Marktwirkungen unmittelbaren Leistungsschutzes beurteilen zu können¹⁰⁰. Diese Sichtweise stützt nicht zuletzt *Posner*, der der Judikative abspricht, über ausreichende wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse zu verfügen¹⁰¹. Auch *Peukert* beschreibt eine strukturelle Überforderung der Judikative, abstrakt-generelle Entscheidungen in Güterzuordnungsfragen zu treffen. Es sei ihr nicht möglich „die wirtschaftlichen, sozialen und politischen Folgen der Zuordnung „neuer“ Güter zu überblicken und in die Entscheidung einzubeziehen.“¹⁰² Zudem wird auch die schwache demokratische Legitimation der Richterschaft gegenüber dem Parlament hervorgehoben¹⁰³. Schließlich wird ein Konflikt des unmittelbaren Leistungsschutzes mit europäischem Primärrecht aufgrund einer mit ihm einhergehenden Rechtszersplitterung und daraus resultierenden Gefahren für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes befürchtet¹⁰⁴. Im Ergebnis sei die nationale Rechtsprechung für Fragen der Güterzuordnung institutionell unzuständig. Nur der Gesetzgeber sei berufen, über die Schutzwürdigkeit von Leistungen zu entscheiden und Güterzuordnungen vorzunehmen oder nicht¹⁰⁵. Diese Entschei-

⁹⁹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3, Rn. 2.28; dass die Wurzeln des UWG-Leistungsschutzes in einer Zeit gewachsen sind, als dieses Bedürfnis noch dringend bestand beschreibt *Ohly*, Klemmbausteine im Wandel der Zeit, in: FS Ullmann, 795, 807; dass sich künftige Schutzlücken nicht antizipieren lassen und sich aktuell zwar kein Schutzdefizit zeigt, aber die fortschreitende insbesondere technische Entwicklung jederzeit zum Auftreten neuartiger Schutzbedürfnisse führen könne beschreibt *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4.3, Rn. 3/78b; *Kur*, GRUR 1990, 1, 15; *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1214 („vage Vermutungen“ tragen zur Diskussion nichts bei); *Hilty*, FS Ullmann, 643, 667.

¹⁰⁰ *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1212 (damit wären die Gerichte überfordert.); *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 666 („eine Abgrenzung, die ein Richter im Einzelfall kaum zu treffen in der Lage ist“).

¹⁰¹ *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 2. Aufl. (1977), Part I, Law and Economics: An Introduction, 4 ff., Übersetzung bei *Assmann/Kirchner/Schanze*, *Ökonomische Analyse des Rechts*, 79, 93 („[...] nur wenige Richter haben einen soliden Hintergrund ökonomischen Wissens.“); ähnlich *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 99, 116 und *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 15 (ökonomische Analyse für Richter als wirtschaftswissenschaftlichen Laien regelmäßig keine Konkretisierungshilfe); so auch *Hilty*, FS Ullmann, 643, 665.

¹⁰² *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 771.

¹⁰³ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 769 (Richter haben Fehlentscheidungen im Gegensatz zu legislativen Entscheidungsträgern nicht persönlich politisch zu verantworten).

¹⁰⁴ *Nemeczek*, WRP 2010, 1204, 1213.

¹⁰⁵ *Heyers*, GRUR 2006, 23, 24; *Hilty*, FS Ullmann, 643, 666 f; dagegen *Ohly*, FS Schriker, 105, 118 (Leistungsschutz auf Grundlage der Generalklausel ist keine „verfassungsrechtlich bedenkliche Usurpation gesetzgeberischer Kompetenzen“).

dungen seien ihm zugewiesen, „damit die unterschiedlichen Gerechtigkeitsvorstellungen in der politischen Arena diskutiert und Spannungen im Parlament und nicht auf der Straße abgearbeitet werden.“¹⁰⁶ In einem Gerichtsprozess seien nicht alle von der Güterzuordnung betroffenen Interessenträger beteiligt und so auch nicht in der Lage, die Tragweite ihrer Betroffenheit darzulegen¹⁰⁷. Außerdem führten Einzelfallabwägungen auf Grundlage der Generalklausel zu erheblicher Rechtsunsicherheit¹⁰⁸. Im Ergebnis erfülle das Lauterkeitsrecht keinen Ergänzungszweck gegenüber dem Immaterialgüterrecht. Dem Lauterkeitsrecht komme keine „Schrittmacherfunktion“ mehr zu, es bezwecke als Marktverhaltensrecht nicht die Schaffung neuer Ausschließkeitsrechte¹⁰⁹.

Leistner hingegen führt das Unfähigkeitsargument in entgegengesetzter Richtung ins Feld. Nicht die Rechtsprechung, sondern der Gesetzgeber sei nicht dazu in der Lage, eine unabhängige Abwägung für oder gegen Güterzuordnung vorzunehmen, da er zu anfällig für Lobbyismus sei¹¹⁰. Davon abgesehen sei der Gesetzgeber zu träge, um auf aktuelle Entwicklungen zeitnah zu antworten, da unter Umständen keine politische Mehrheit für den benötigten Schutz gefunden werden könne¹¹¹. Deshalb könne die Legislative mit der technischen Entwicklung und der Marktdynamik nicht Schritt halten¹¹². Dabei könnten sich dringende Schutzbedürfnisse jederzeit entwickeln¹¹³. Zudem seien die Mittel des Gesetzgebers zu grob und die Schaffung eines Immaterialgüterrechts ein oftmals zu gravierender und „wenig zielgenauer“¹¹⁴ Eingriff

¹⁰⁶ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 770 f.

¹⁰⁷ *Hilty*, FS Ullmann, 643, 666.

¹⁰⁸ *Ohly*, in: *Lange/Klippel/Ohly*, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 99, 116; *Kur*, GRUR 1990, 1, 15; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 768; *Hilty*, FS Ullmann, 643, 667.

¹⁰⁹ *Stieper*, WRP 2006, 291, 295; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 3, Rn. 2.28; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, § 7, insb. 374; *Körner*, FS Ullmann, 701, 714; ausdrücklich dagegen *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494.

¹¹⁰ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 38; bezogen auf urheberrechtliche Rechtsetzung *Schack*, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließkeitsrecht, in: *Depenheuer/Peifer*, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 123, 134 („maßgeblich von Lobbyisten gesteuert“); ähnlich auch *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 35 (Gesetzgeber im modernen Industriestaat „chronisch überlastet“).

¹¹¹ Hingegen lehre laut *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 767 „die Rechtsgeschichte, dass der Gesetzgeber nicht lange auf sich warten lässt, wenn im Verkehrsleben und der gerichtlichen Praxis ein Bedürfnis nach Ausschließkeitsrechten artikuliert worden ist.“

¹¹² *Kur*, GRUR 1990, 1, 2; *Ohly*, FS Schricker, 105, 118; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 35.

¹¹³ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4.3, Rn. 3/78b.

¹¹⁴ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 39.

in den Markt. Die Rechtsprechung sei besser dazu in der Lage, weniger invasiven und besser bemessenen Leistungsschutz zu gewähren¹¹⁵. Auch *Kur* spricht sich gegen „alles oder nichts“-Lösungen durch den Gesetzgeber aus und erachtet flexible Leistungsschutzlösungen auf Grundlage des § 3 I UWG als angemessener¹¹⁶. Die Argumentation pro Leistungsschutz basiert auf der Einschätzung, das Lauterkeitsrecht bezwecke zur Abwägung zwischen Imitations- und Innovationswettbewerb – neben dem Gesetzgeber bzw. sogar als Vorreiter, Schrittmacher und Lückenfüller – beizutragen, weil ihm ein Güterzuordnungszweck innewohnt¹¹⁷.

Hingegen argumentiert eine wachsende Strömung¹¹⁸, dass § 3 I UWG nicht eine dafür würdige und möglicherweise innovative Leistung¹¹⁹, sondern lediglich den Wettbewerb als Institution schütze. Dieser sei aber nicht schon dann beeinträchtigt, wenn Individualinteressen des Leistungsträgers dafürsprechen. Der Fokus müsse vom Konkurrenten hin zum Prozess der Konkurrenz verlagert werden¹²⁰. Voraussetzung der Anwendung von § 3 I UWG sei, dass die Amortisation einer Investition am Markt ausgeschlossen ist und deshalb ein Marktversagen drohe, weil die Investition ohne Schutz zukünftig unterbliebe und eine Unterversorgung des Marktes mit den auf ihr basierenden Produkten oder Dienstleistungen entstehe¹²¹. Dieser einzig und allein von einem konkreten Marktversagen abhängige UWG-Investitionsschutz knüpfe zwar am Individualschutz an, diene aber ausschließlich dem Allgemeininteresse durch Sicherung des Marktmechanismus¹²². Diese Strömung interpretiert die Generalklausel aus rein marktfunktionaler Sichtweise, ohne auf die „Schutzwürdigkeit“ von Leistung und Schöpfer abzustellen¹²³. Insofern erscheint es daher

¹¹⁵ *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494; *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 298.

¹¹⁶ *Kur*, GRUR 1990, 1, 2.

¹¹⁷ Besonders deutlich *Sack*, WRP 2017, 7, 8 f.; *Leistner*, GK UWG, § 4 Nr. 3, Rn. 20; *Müller-Laube*, ZHR 156 (1992), 480, 495, 500 und insb. 510 („Die Ausbeutung der Leistung eines Konkurrenten zu unterbinden, ist originäre Aufgabe der Wettbewerbsregeln, die einen fairen Wettbewerb verbürgen sollen.“); *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1925.

¹¹⁸ Allen voran *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, § 7 und § 13 A II 2, insb. 812 f.; *Peukert*, WRP 2010, 316, 320; *Podszun*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 3, Rn. 179; *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 660 ff; *Ehmann*, GRUR Int. 2009, 659, 662.

¹¹⁹ *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 665 (das Leistungsergebnis bzw. „das hervorgebrachte Resultat muss nicht bestimmten qualitativen Schutzvoraussetzungen genügen.“).

¹²⁰ *Sambuc*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 4 Nr. 3, Rn. 62.

¹²¹ *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 659 f.

¹²² *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 297; *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 660.

¹²³ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, § 4.3, Rn. 3/79 („umfassende, an § 1 orientierte Interessenabwägung“; „Für die Gewährung von Leistungsschutz spricht insbesondere die Gefahr eines Marktversagens [...]“); *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1925 („Es geht um einen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, der die unternehmerische Leistung als Schutzwürdig

auch konsequent, nicht von Leistungs- sondern von (reinem) Investitionsschutz zu sprechen¹²⁴.

2. Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

Wo Leistungs- oder Investitionsschutz unter § 3 I UWG für möglich erachtet werden, wird im selben Atemzug deren Subsidiarität gegenüber dem Immaterialgüterrecht gefordert¹²⁵.

III. Güterzuordnungszweck als Gretchenfrage

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich anders als zunächst angenommen nicht die Nachahmungsfreiheit, sondern die Frage nach Güterzuordnungszwecken im Lauterkeitsrecht als Richtschnur durch das weite Feld des Meinungsstandes darstellt.

ansieht, weil sie innovativ ist und weil der betreffende Unternehmer aufgrund der besonderen Kosten schutzwürdig ist, die er für die Entwicklung des neuen Produkts und dessen Einführung in den Markt hatte.“); *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3, Rn. 62 m.w.N.

¹²⁴ *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3, Rn. 62 („Das Abstellen auf Marktversagen als Grund und Voraussetzung für eine unmittelbare Schutzgewährung markiert den Übergang vom Leistungs- zum Investitionsschutz, insoweit es auf die Qualität des nachgeahmten Produkts nicht mehr entscheidend ankommt, sondern auf eine Wettbewerbsverfälschung durch Verhinderung von Amortisation.“); *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 661 („Diese – notwendigerweise ökonomische – Betrachtungsweise droht bei der Verwendung des Begriffs ‚Leistungsschutz‘ indes unterzugehen.“); *Flöter*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Investitionen vor Marktversagen, 382 ff., 405 f. (Leistungsschutz im Immaterialgüterrecht, Investitionsschutz im Wettbewerbsrecht).

¹²⁵ *Leistner*, in: GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 63 und 216 („Subsidiarität gegenüber den immaterialgüterrechtlichen Sonderschutzrechten und sonstigen hinreichenden Schutzmöglichkeiten“); *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, § 4.3, Rn. 3/78b; *Ohly*, GRUR 2010, 487, 494; *Körner*, FS Ullmann, 701, 714 („Offen bleibt die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts in allen Fällen, in denen eine schutzbedürftige Leistung vorliegt, die durch den Gesetzgeber jedoch nicht durch Schaffung eines Sonderschutzrechts unter Festlegung der Voraussetzungen und Einschränkungen okkupiert ist.“); *Sosnitza*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, § 3, Rn. 90 (strikte „Beachtung der Subsidiarität gegenüber den Immaterialgüterrechten“); generell in Bezug auf das Verhältnis der Unlauterkeitstatbestände zur Generalklausel *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 391; in Bezug auf Art. 5 c des Schweizerischen UWG *Hilty*, in: FS Ullmann, 643, 653 mit Verweis auf instanzgerichtliche Rechtsprechung in Fn. 40; *Schröer*, Der unmittelbare Leistungsschutz, 394 ff. (Subsidiarität des unmittelbaren Leistungsschutzes bedeute, „dass der herrschaftsrechtliche unmittelbare Leistungsschutz dort nicht gewährt werden darf, wo eine gesetzgeberische Wertungsentscheidung für das betreffende Gut bewusst einen Bereich der Zugriffsfreiheit vorsieht.“); *Beater*, GRUR 2017, 346, 353 („Sperrwirkung der Immaterialgüterrechte“).

Wo dem Lauterkeitsrecht eine mit Blick auf die Geschichte des UWG durchaus nachvollziehbare güterzuordnende Tendenz¹²⁶ als Unterbau und Ergänzung zum Urheberrecht zugesprochen wird, wird von Vertretern der Vorrangthese auch dessen Verdrängung durch das Immaterialgüterrecht gefordert und durchgesetzt¹²⁷. Gerade mit Blick auf die Ergänzungsfunktion des Lauterkeitsrechts gegenüber dem Urheberrecht erscheint diese Argumentation schlüssig. Denn warum sollte ein zusätzlicher, weil funktionsgleicher Schutz gewährt werden, wenn schon das speziellere Urheberrecht als sachnäherer Regelungskomplex dem Schutzsuchenden zum Erfolg verholfen hat? Ergänzend kann der Schutz gestützt auf das Lauterkeitsrecht nur dann eingreifen, wenn – und zwar im Falle des Scheiterns urheberrechtlicher Ansprüche – zusätzliche Umstände hinzutreten, die das sachnahe Urheberrecht unberücksichtigt gelassen hat. Solche Umstände werden in einem gegenüber dem Urheberrecht funktionsgleichen unmittelbaren und mittelbaren UWG-Leistungsschutz aber nur schwer zu finden sein.

Wo den Überlegungen hingegen autonome und eigenständige lauterkeitsrechtliche Zweckrichtungen zugrunde gelegt werden, folgt daraus wiederum konsequent der Grundsatz unabhängiger kumulativer Anwendbarkeit beider Rechtsgebiete. In ihrer Radikalität und Einfachheit bestechend wird eine gänzliche Unabhängigkeit beider Regelungskomplexe von Autoren¹²⁸ gefordert, die eine vollkommene Funktionsverschiedenheit zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht annehmen.

Dazwischen liegt ein weiter Graubereich. Auch wenn das Lauterkeitsrecht, und dabei insbesondere der Nachahmungsschutz, nicht den Zweck verfolge, Leistungsergebnisse einem Schöpfer zuzuordnen, so sei doch zu beobachten, dass die Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes jedenfalls im Ergebnis oft zu einer ebensolchen Zuordnung führe oder Leistungsschutzgedanken jedenfalls verdeckt oder mittelbar eine Rolle bei Anwendung

¹²⁶ Der Begriff „güterzuordnende Tendenz“ ist *Peukert*, WRP 2010, 316, 321 und *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 396 entnommen. Im Folgenden wird der Begriff übernommen, ohne wiederholt auf *Peukert* zu verweisen.

¹²⁷ Siehe zur Vorrangthese oben, vgl. exemplarisch nochmals *Stang*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, 273 f. (Nachahmungsschutz nach Ablauf der Schutzfrist undenkbar, er scheidet „schon begriffsnotwendig aus“); *Beater*, Nachahmen im Wettbewerb, 396 („Der Schutz muss streng subsidiär sein [...].“).

¹²⁸ So die Vertreter der Unabhängigkeitstheorie, insb. *Thouvenin*, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, 508 ff., insb. 523 („Angesichts der beträchtlichen Unterschiede im Anwendungsbereich und bei der Beurteilung von Wettbewerbshandlungen hinsichtlich Perspektive, Fokus und Kriterien ist das Bestehen von Interdependenzen zwischen immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Prüfung ausgeschlossen.“); *Müller*, in: *Büren/David*, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1 (1998), 43.

der UWG-Tatbestände spielen¹²⁹. Daneben werden dem Lauterkeitsrecht auch ganz offen güterzuordnende Tendenzen zugesprochen¹³⁰. Der Nachahmungsschutz beruhe daneben aber zumindest auch auf zusätzlichen, autonom lauterkeitsrechtlichen Wertungen wie dem Schutz sonstiger Marktteilnehmer und Verbraucher vor Zuordnungsverwirrungen. In beiden Fällen wird zwar eine kumulative Anwendbarkeit zugelassen, dieser Grundsatz aber durch eine Beschränkung des lauterkeitsrechtlichen Schutzbereichs wieder „eingefangen“, indem die Wertungen des Immaterialgüterrechts bei Auslegung der UWG-Tatbestände herangezogen werden. Diese Lösung im Sinne wertungseinheitlicher Konkurrenz steht eng in der Tradition der schutzrechtsinternen Abstimmung von kollidierenden Immaterialgüterrechten, wie sie *Kur* entwickelt hat¹³¹.

B. Gezielte Behinderung und Urheberrecht

Die Beiträge zum Verhältnis von Werkschutz und Behinderungsverbot konzentrieren sich auf die Frage, ob eine urheberrechtlich zulässige Nachahmung als lauterkeitsrechtlich relevante Behinderung eingeordnet werden kann. Dabei herrscht Einigkeit, dass Nachahmungen an sich und die mit ihnen einhergehenden Behinderungseffekte als integraler und auch wünschenswerter Bestandteil der auf Wettbewerb basierenden Marktwirtschaft lauterkeitsrechtlich zu tolerieren sind¹³². Eine urheberrechtlich zulässige Nachahmung an sich könne

¹²⁹ *Nemeczek*, WRP 2012, 1025, 1026 („Die Leistung wird nicht als solche geschützt, sondern erst mittelbar bzw. reflexartig.“); *Sambuc*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bowdewig, Einl G, Rn. 218; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4, Rn. 3/12, 3/17, 3/78.

¹³⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 3.4a („Schutz der individuellen Leistung des Herstellers“); *Leistner*, in: *GK UWG*, § 4 Nr. 9, Rn. 60 (es besteht „eine (teilweise) Funktionsidentität zwischen wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz und den Sonderschutzrechten des geistigen Eigentums“).

¹³¹ *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in: *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 23, 33 ff., insb. 33 (keine Kumulationsverbote bei Überlagerung unterschiedlicher Schutzrechtstypen).

¹³² BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 78 ff. – Segmentstruktur („Im Interesse einer systematisch klaren Abgrenzung der in § 4 UWG geregelten Tatbestände ergeben sich die unter dem Gesichtspunkt der Behinderung maßgeblichen Unlauterkeitsvoraussetzungen allein aus § 4 Nr. 4 UWG und der zu § 4 Nr. 10 UWG aF ergangenen Rechtsprechung des Senats. Damit sind keine Rechtsschutzlücken verbunden.“) und Rn. 96 („Einen allgemeinen Schutz von Innovationen gegen Nachahmungen sieht das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht vor.“); stellvertretend *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4.3, Rn. 3/74 und *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4, Rn. 4.209; BGH, GRUR 2017, 79, Rn. 77 („Grundsatz der Nachahmungsfreiheit“; Vorliegen einer Nachahmung an sich kein unlauterkeitsbegründender Umstand), Rn. 82 (Notwendigkeit seitens des Originalherstellers, aufgrund der Vermarktung

daher nicht als Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG eingeordnet werden¹³³. Ein über die immaterialgüterrechtlichen Wertungen hinausgehender Umstand wird zum Teil in qualitativen und quantitativen Merkmalen der Nachahmung gesehen.

Derartige Merkmale liegen nach verbreiteter Ansicht im Fall der systematischen Nachahmung einer Vielzahl an Produkten vor¹³⁴, wenn dem Hersteller aufgrund von – immaterialgüterrechtlich zulässigen – Nachahmungshandlungen „jeder Anreiz für eine innovative Produktentwicklung genommen wird.“¹³⁵ Diese leistungsschutzorientierte Auffassung erfährt zunehmend Kritik¹³⁶, denn im Kern geht es der Fallgruppe um die „Ersparung kostspieliger, eigener Entwicklungsarbeit“¹³⁷. Die Rechtsprechung läuft auf ein Verbot des „sich Schmückens mit fremden Federn“ und unter dem Strich auf nichts anderes als neben das Urheberrecht tretenden unmittelbaren Leistungsschutz hinaus.

C. Rechtsbruch und Urheberrecht

Nach Ansicht von *Schricker* kann eine Urheberrechtsverletzung als lauterkeitsrechtlich zu untersagender Rechtsbruch i.S.v. § 3a UWG interpretiert werden. Denn als Begleiterscheinung der Digitalisierung von Werken würden „Urheberrechte planmäßig und massenhaft mißachtet“, wobei die Verletzer „sich die Urheberrechtsvergütungen [ersparen]“, weil es verbreitet „nicht zu urheberrechtlichen Reaktionen kommt“. Dadurch erlangten die Verletzer „einen nicht unerheblichen Kostenvorteil und Wettbewerbsvorsprung“. Deshalb dränge sich der Schluss auf, „daß es dem gesetzestreuen Mitbewerber möglich sein muß, wettbewerbsrechtlich gegen den aus dem Bruch des Urheberrechts fließenden Wettbewerbsvorsprung des skrupellosen Konkurrenten vorzugehen.“¹³⁸ Ein derartiger „Wettbewerbsvorsprung durch Urheberrechtsbruch“ könne und müsse unter Rückgriff auf das Lauterkeitsrecht in dessen Anwendungsbereich unterbunden werden.

eines Nachahmungsprodukts den Verkaufspreis senken zu müssen, stellt keinen unlauterkeitsbegründenden Umstand dar), Rn. 96 (kein allgemeiner Schutz von Innovationen vor Nachahmung durch das UWG).

¹³³ *Ohly*, GRUR Int. 2015, 693, 702 („Der Behinderungstatbestand hat daher in urheberrechtsnahen Konstellationen keine eigenständige Bedeutung.“).

¹³⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4, Rn. 4.214; BGH, GRUR 2019, 196, Rn. 32 f. – Industrienähmaschinen; BGH, GRUR 2002, 820, 823 – Bremszangen.

¹³⁵ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4, Rn. 4.214.

¹³⁶ *Sack*, WRP 2017, 7, 13 ff.; *Leistner*, GK UWG, § 4 Nr. 9, Rn. 73 f. und 213; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, § 4.4, Rn. 4/97 und 4/104.

¹³⁷ BGH, GRUR 2002, 820, 823 – Bremszangen.

¹³⁸ *Schricker*, Anmerkung an BGH, JZ 99, 632 – Elektronische Pressearchive, JZ 99, 635, 636.