

Der Schutz der Persönlichkeit und des Privatlebens im Verfassungsrecht und im Zivilrecht*

Johannes HAGER **

I. Einleitung

Es gibt wohl kaum ein Rechtsgebiet, das eine derartig dynamische – um nicht zu sagen: explosionsartige – Entwicklung erlebt hat wie das Persönlichkeitsrecht. Bei In-Kraft-Treten des BGB am 1.1.1900 war der Gesetzgeber noch zurückhaltend. Ausdrücklich hat er die Persönlichkeit nicht als Schutzgut des § 823 I BGB geregelt.¹⁾ Nachdem sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts daran gehalten hatte,²⁾ kam mit der Leserbrief-Entscheidung des Bundesgerichtshofs der Umbruch.³⁾ Fast gleichzeitig erkannte auch das Bundesverfassungsgericht das Persönlichkeitsrecht als verfassungsmäßig garantiertes Recht an.⁴⁾

II. Die Vorgaben des höherrangigen Rechts

1. Der Vorrang der Verfassung

Dass die höherrangige Rechtsordnung sich gegenüber dem niederrangigen Recht durchsetzt, sollte es zu Kollisionen kommen, ist nahezu selbstverständlich. Die entsprechende Regelung ist in Art. 1 III GG ausdrücklich vorgesehen. Das wird zwar gelegentlich auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts bezweifelt⁵⁾ - jedoch zu Unrecht. Die niederrangigen Gesetze müssen der Verfassung entsprechen. Das ist nicht nur ständige Rechtsprechung des

* Dieser Beitrag ist zum Teil veröffentlicht in öJBl 2013, 273 ff.

** Prof. Dr. jur. Johannes Hager, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medienrecht an der Juristischen Fakultät der LMU München.

This paper was lectured on 25th May 2013 at the Law Faculty of Ritsumeikan University in Kyoto (supported by a grant-in-aid from the Japan Society for the Promotion of Science).

1) Prot. II 2744 = *Mugdan* II S. 1077.

2) RGZ 51, 369, 373; 58, 24, 28 f.; 60, 1, 4 f.; 69, 401, 403 f.; 79, 379, 400; 95, 339, 341; 113, 413, 414 f.; RG HRR 1933 Nr. 1319.

3) BGHZ 13, 334, 338.

4) BVerfGE 7, 198, 207 ff.; 12, 113, 125 ff. seitdem ständige Rechtsprechung.

5) Insbesondere *Diederichsen*, in: Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetze, 1994, S. 46; *ders.*, Jura 1997, 57 ff.

Bundesverfassungsgerichts,⁶⁾ sondern auch von der Systematik her zwingend. Der Privatrechtsgesetzgeber kann nicht etwa den Stichentscheid des Ehemannes vorsehen;⁷⁾ er kann auch nicht dem Embryo den Schutz gegenüber pränatalen Schädigungen durch Dritte versagen, weil § 1 BGB die Rechtsfähigkeit erst mit Vollendung der Geburt anordne und § 823 I BGB deshalb nicht einschlägig sei.⁸⁾

2. Das angebliche Problem der mittelbaren Drittwirkung

Angesichts dieses Befundes entpuppt sich ein angebliches Problem als Makulatur, obwohl es seit langem heftig diskutiert wird. Nach wie vor wird im europäischen Recht die These von der nur mittelbaren Wirkung der Grundrechte vertreten;⁹⁾ in Deutschland ist der Diskussionstand etwas diffus.¹⁰⁾ Was Gesetze angeht, – sieht man genauer hin, gilt das auch für Verträge –, ist die Antwort eindeutig. Der Gesetzgeber ist an die Verfassung gebunden. Die eigentliche Frage ist die Problematik der praktischen Konkordanz bei Konkurrenz zweier Grundrechtsträger.¹¹⁾ Es geht im Bürgerlichen Recht in aller Regel um die Kollision von Grundrechten, die der Gesetzgeber angemessen ausgleichen muss. Dem Persönlichkeitsrecht etwa steht das Recht der Meinungsfreiheit gegenüber.

3. Die Rolle der Schutzpflicht

Eine weitere Problematik betrifft die Wirkung der Grundrechte. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass die Grundrechte in der Konfliktlage zwischen zwei Grundrechtsträgern in unterschiedlicher Funktion anzuwenden sind. Dem einen Teil, der den anderen in irgendeiner Weise attackiert – man kann kurz vom Täter sprechen –, wird vom Staat das Handeln untersagt. Dagegen kann er sich mit dem Abwehraspekt des Grundrechts wehren. Sein Handeln indes ist nicht unmittelbar dem Staat zuzurechnen. Doch kann der Staat schon angesichts des Gewaltmonopols seine Hände nicht in den Schoß legen. Er ist vielmehr aufgrund des Schutzgebots gehalten, dem Opfer zur Seite zu stehen.

a) Der angebliche Unterschied zum Abwehrrecht

Darüber, ob diese Schutzpflicht sich strukturell vom Abwehrrecht unterscheidet, wird seit

6) BVerfGE 17, 306, 311 ff.; 36, 47, 56 ff.; 53, 336, 345 ff.; BVerfG NJW 1959, 1483, 1489; 1960, 1711; 1967, 2003, 2003 ff.; DSStR 2001, 805.

7) BVerfG NJW 1959, 1483.

8) Staudinger/*J. Hager*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823 Rn. B 42.

9) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 19 Rn. 3; *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 10; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2012, Art. 14 Rn. 48.

10) Vgl. zur Entwicklung in der Rechtsprechung: BVerfGE 7, 198, 204 ff.; 25, 256, 263 ff.; 30, 173, 188 ff.; 34, 269, 280 ff.; 42, 133, 139 ff.; 42, 143, 147 ff.; 54, 148, 151 ff.; Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Neubearbeitung 2004, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 193 ff.; *Hager*, JZ 1994, 373 ff.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff.; *Canaris*, AcP 184, 201, 210 ff.; *Medicus*, AcP 192, 35, 43; *Zöllner*, AcP 196, 1, 4 ff.; *Diederichsen*, AcP 198, 171, 230 ff.

11) *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1999), S. 28.

langem eine intensive, zuweilen sogar heftige Diskussion geführt. Der Unterschied bestehe – so die Verfechter der einen These – wie generell bei der Differenz von Tun und Unterlassen darin, dass einmal dem Staat eine bestimmte Tätigkeit untersagt sei, während bei der Schutzpflicht eine breite Palette zur Verfügung stehe. Dem entspreche, dass es beim Abwehrrecht um das Übermaßverbot gehe; bei den Schutzpflichten habe der Staat nur das Untermaßverbot zu beachten.¹²⁾

b) Irrelevante Argumente

Vorab seien allerdings zwei Argumente abgeschichtet, die in der Diskussion eine gewichtige Rolle spielen, letztendlich jedoch nur in die Irre geführt haben – die angebliche Drittwirkungsproblematik der Grundrechte im Bürgerlichen Recht und die Frage der Superrevisionsinstanz.

(1) Nicht selten wird die Schutzpflicht geradezu als der Dreh- und Angelpunkt der Problematik der so genannten Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht angesehen. Die weniger weit gehende Schutzpflicht hänge mit der mediatisierten Wirkung der Grundrechte im Privatrecht zusammen. Das ist aus verschiedenen Gründen wenig überzeugend. Erinnert sei an die historische Entwicklung der Schutzpflichtdiskussion. Sie begann – wenngleich unter einem etwas unpräzisen Aspekt¹³⁾ – mit der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.¹⁴⁾ Es ging um Strafrecht. Auch in der Folgezeit waren immer wieder straf- und öffentlich-rechtliche Probleme Gegenstand der Schutzpflichtdiskussion – die Schleyer-¹⁵⁾, die Kalkar-¹⁶⁾ und die zweite Schwangerschaftsabbruchs-Entscheidung¹⁷⁾ sind Beispiele hierfür. Zum anderen ist es durchaus angezeigt, straf- und bürgerlich-rechtlichen Schutz, aber auch die Absicherung durch sozialrechtliche Maßnahmen, des Schutzes wegen zu kombinieren. So diskutiert das Bundesverfassungsgericht in seiner zweiten Schwangerschaftsabbruchs-Entscheidung neben strafrechtlichen Maßnahmen¹⁸⁾ eine Korrektur der zivilrechtlichen Rechtsprechung unter dem Aspekt, ob ein Kind ein Schaden sein könne – wenngleich die Argumentation hier nicht überzeugt.¹⁹⁾ Und schließlich geht es um flankierende Maßnahmen im Sozialrecht, die die Mutter – auch zum Schutz des Embryos – unterstützen sollen.²⁰⁾

(2) Ebenfalls ohne Erkenntniswert ist in diesem Kontext die Debatte über die

12) Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 45 f.

13) Unpräzise deswegen, weil damit vor allem einer Entscheidung aus dem Weg gegangen werden sollte, ob der Embryo Grundrechtsträger ist (BVerfGE 39, 1, 41). Das ist inzwischen allgemein anerkannt; vgl. z.B. BVerfGE 88, 203, 251; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 65 m.w.N.

14) BVerfGE 39, 1, 42 ff.

15) BVerfGE 46, 160, 164 f.

16) BVerfGE 49, 89, 141 ff.

17) BVerfGE 88, 203, 251 ff.

18) BVerfGE 88, 203, 257.

19) BGHZ 76, 249, 253 ff.; 86, 240, 244 ff.; 89, 95, 102; 95, 199, 209.

20) BVerfGE 88, 203, 264.

Problematik der Superrevisionsinstanz. Auch hier ist ein Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung aufschlussreich. Sie beginnt mit der Elfes-Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht über die Rechtmäßigkeit der Versagung eines Reisepasses zu entscheiden hatte.²¹⁾ Die Heck'sche Formel von der Beschränkung auf die Überprüfung spezifischen Verfassungsrechts²²⁾ betraf einen patentrechtlichen Fall – spielt also an der Nahtstelle zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht. Diese Heck'sche Formel taucht seitdem in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in allen Rechtsgebieten auf – im Strafrecht,²³⁾ im öffentlichen Recht²⁴⁾ und im bürgerlichen Recht.²⁵⁾ Dass das so sein muss, wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, worum es eigentlich geht. Nach der Elfes-Doktrin stellt jede unrichtige Anwendung auch des einfachen Rechts einen Verstoß gegen Art. 2 I GG dar,²⁶⁾ da der Bürger das Grundrecht hat, nicht durch ein rechtswidriges Gesetz oder dessen nicht rechtmäßige Anwendung beeinträchtigt zu werden. Das macht innerhalb der Rechtsgebiete keinen Unterschied – wer zu Unrecht den pränatalen oder postmortalen Schutz versagt, wendet § 823 I BGB unrichtig an, verstößt damit aber auch gegen die Art. 1 I, 2 I GG. Dasselbe gilt, wenn ein Strafgesetz oder ein öffentlich-rechtliches Gesetz rechtswidrig ist oder rechtswidrig angewandt wird. Die Formel vom spezifischen Verfassungsrecht will verhindern, dass das Bundesverfassungsgericht jede einzelne Maßnahme überprüfen muss, weil sie letztlich doch gegen Art. 2 I GG verstößt. Und das hat mit der Schutzpflicht – und mit einer nur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – nichts zu tun.

c) Sonderrolle der Schutzpflichten?

Doch auch die angebliche Sonderrolle der Schutzpflichten vermag nicht zu überzeugen.

(1) Sieht man näher hin, so ist eine Freiheit des Gesetzgebers in vielen Fällen nicht gegeben. So kann er nicht frei entscheiden, ob er den Embryo gegen Verletzungen durch Dritte – etwa bei Verkehrsunfällen²⁷⁾ – schützt. Die Absicherung und damit die verfassungskonforme Auslegung des § 823 I BGB ist von Art. 2 I GG zwingend vorgeschrieben. Eine abweichende Interpretation des Ausdrucks „eines anderen“ vor dem Hintergrund des § 1 BGB, mit der Konsequenz, dass der noch nicht geborene Embryo keinen Schutz genießt,²⁸⁾ ist dem Richter versagt. Einen Spielraum gibt es hier also nicht. Ebenfalls festgelegt ist die Judikative, wenn es um eine Grenzziehung geht. Kritik ist bis zur Grenze der Schmähkritik erlaubt, darüber hinaus aber verboten.

21) BVerfGE 6, 32; fortgesetzt bis BVerfGE 13, 181, 190.

22) BVerfGE 18, 85, 92 f.

23) BVerfG NJW 2011, 3079, 3080 Rn. 16; 2417, 2419 f. Rn. 50; 2012, 513, 514 Rn. 21.

24) BVerfG NZBau 2008, 449, 450 Rn. 21; NJW 2012, 993, 994 Rn. 13; NVwZ 2012, 429, 430 Rn. 33.

25) BVerfG NJW 2001, 591, 592; 2012, 3081, 3086 Rn. 88.

26) BVerfGE 6, 32, 43.

27) Beispiel BGHZ 58, 48, 49.

28) So noch BGH JZ 1951, 758.

Auch hier hat der Gesetzgeber keine Wahl. Eine solche Wahl gibt es jedoch in vielen Fällen, ohne dass damit indessen eine Sonderrolle der Schutzpflicht verknüpft wäre. Auch unter dem Aspekt des Abwehrrechts gibt es für den Gesetzgeber diverse Möglichkeiten. Beides ist zwangsläufig miteinander verknüpft, da es ja um korrespondierende Schutzzonen geht.

Kann der Gesetzgeber den Betroffenen angesichts seiner Gestaltungsfreiheit auf unterschiedlichen Wegen schützen, steht innerhalb des von den Grundrechten eröffneten Spielraums auch das Abwehrrecht des anderen Teils nicht entgegen. Schützt man etwa die vermögensmäßigen Interessen der Persönlichkeit nach dem Tod vor der Verwendung zur Werbung²⁹⁾ und betrachtet man dies zwar als einfachrechtliche, aber nicht verfassungsrechtlich gebotene Absicherung, so heißt das, dass die Entscheidung auch anders hätte ausfallen können, ohne gegen die Verfassung zu verstoßen. Wenn die Gerichte also einen Ersatz zuerkennen, kann sich der Täter dagegen nicht mit dem Abwehrrecht wehren. Er hat die Entscheidung des Gesetzgebers bzw. der Gerichte hinzunehmen.

- (2) Damit hängt eng zusammen, dass auch zwischen dem Übermaß- und dem Untermaßverbot strukturell kein Unterschied besteht. Ohnehin ist ja nicht das klassische Verhältnismäßigkeitsgebot betroffen. Bei der Abwägung zweier grundrechtlich geschützter Interessen geht es nicht um Eignung und Erforderlichkeit. Es wird gerade nicht danach gefragt, ob die Kritik auch in schonenderer Form hätte geäußert werden können.³⁰⁾ Das gilt auch aus der Sicht des zu Schützenden. Auch hier lässt sich die Frage nach Eignung und Erforderlichkeit nicht isoliert stellen, sondern nur, wenn – in Abwägung mit den Belangen des Gegners – die Notwendigkeit des Schutzes ermittelt ist. Diese Abwägung ist entscheidend und nicht das Über- oder Untermaßverbot im klassischen Sinn.
- (3) Eine reduzierte Wirkung der Schutzpflichten spiegelt nicht etwa die Freiheit der Gesellschaft³¹⁾ wider. Denn zum einen ist die Schutzpflicht Domäne auch des Strafrechts und des öffentlichen Rechts – und dort verfehlt eine strukturelle Unterlegenheit des zu schützenden Individuums von vornherein den staatlichen Schutzauftrag. Zum anderen lassen sich Abwehrrecht und Schutzpflicht oft gar nicht unterscheiden. Wenn der Staat den Eltern umfassende Vertretungsmacht gibt, ihre Kinder rechtsgeschäftlich zu binden, ist das Abwehrrecht der Kinder thematisiert, gleichzeitig aber auch der Schutzzumfang des Staates verfehlt.

4. Verfassungsrechtliche und einfachrechtliche Garantie

Das nächste Problem – nämlich das Verhältnis zwischen dem verfassungsrechtlich

29) So BGHZ 143, 214, 220 ff.

30) BGHZ 45, 296, 306 ff.

31) So aber *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 47.

garantierten und dem angeblich nur einfachrechtlich gewährleisteten Persönlichkeitsrecht, wird am besten verdeutlicht durch eine Reihe von BGH-Entscheidungen und die darin gegebene Begründung. Den nur einfachrechtlich geschützten vermögensrechtlichen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts kommt nicht grundsätzlich der Vorrang gegenüber der verfassungsrechtlich geschützten Pressefreiheit zu;³²⁾ ihnen gebühre auch grundsätzlich kein Vorrang gegenüber der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit.³³⁾ Das Ergebnis wirkt erstaunlich. Man hätte erwartet, dass es nie einen Vorrang des einfachen Rechts vor den verfassungsrechtlich geschützten Belangen geben könne, dass sich die Frage somit gar nicht stellt.

a) Die herrschende Meinung

Hintergrund ist eine Unterscheidung der h.M. in das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht und in eine Komponente, die nur die Absicherung durch das einfache Recht genießen soll.³⁴⁾ Paradigmatisch sei etwa die Werbung mit dem Bildnis einer Person. Eine solche Werbung verstoße gegen die Menschenrechte, wenn die Persönlichkeitsbestandteile kommerziell so ausgenützt würden, dass der Achtungsanspruch der Person beeinträchtigt werde, etwa durch erniedrigende oder entstellende Werbung.³⁵⁾ Anders sei es dagegen, wenn die kommerzielle Werbung auf dem durch die Leistung erworbenen Geltungswert des Betroffenen aufbaue, um ein Produkt attraktiv erscheinen zu lassen. In diesen Fällen schmälere die Werbung die Anerkennung nicht. Betroffen sei allerdings das Interesse des Betroffenen, über die wirtschaftliche Verwertung des Persönlichkeitsrechts entscheiden zu können.³⁶⁾ Verfassungsrechtliches und einfachrechtliches Persönlichkeitsrecht seien also nicht identisch.³⁷⁾

b) Der Vorrang der Verfassung

Damit werden zumindest die Akzente falsch gesetzt. Das zeigt sich schon am Ergebnis. Ein nur einfachrechtlich gewährleistetes Persönlichkeitsrecht könnte sich Interessen gegenüber, die grundrechtlichen Schutz genießen, nicht durchsetzen. Erklärlich ist das Ergebnis erst durch die Überlegung, dass dem Gesetzgeber zwischen dem Abwehrrecht und dem Schutzgebot ein gewisser Gestaltungsspielraum bleibt. Das Schutzgebot gebietet die Lizenzgebühr wegen der nicht gestatteten Werbung zwar nicht, das Abwehrrecht verbietet sie

32) BGH NJW-RR 2010, 855, 857 Rn. 28 – Der strauchelnde Liebling; 2011, 1132, 1136 Rn. 40 – Günther Jauch; ähnlich BGH NJW 2008, 3782, 3783 Rn. 28 – Zerknitterte Zigarettenschachtel: „grundsätzlich kein Vorrang“.

33) BGH AfP 2008, 598, 599 f. Rn. 15 = NJOZ 2008, 4549, 4552 Rn. 15 – Zwei Zigarettenschachteln; ähnlich BGHZ 169, 193, 197 Rn. 14 = BGH NJW 2007, 684, 685 – Klaus Kinski: sorgfältige Abwägung mit Meinungsäußerung und Kunstfreiheit; ferner BGHZ 169, 340, 348 Rn. 21 = BGH NJW 2007, 689, 691 – Rücktritt des Finanzministers: „Vorrang der Meinungsfreiheit“.

34) BVerfGK 9, 83, 88 f. = BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene Dietrich.

35) BVerfGK 9, 83, 88 = BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene Dietrich.

36) BVerfGK 9, 83, 89 = BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene Dietrich.

37) BVerfGK 9, 83, 89 = BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 – Marlene Dietrich; BVerfGK 13, 115, 117 = BVerfG NVwZ 2008, 549, 550 Rn. 8 – Ehrensache.

aber auch nicht. Das Persönlichkeitsrecht als solches bleibt aber vielmehr durch die Verfassung geschützt. Doch beschreibt die Verfassung nur den Minimalschutz. Der Gesetzgeber kann in seiner Gestaltungsfreiheit darüber hinausgehen; dasselbe gilt für den – rechtsfortbildenden – Richter; im Normalfall ist die Persönlichkeit gegen die Ausnutzung durch kommerzielle Werbung geschützt. Das erklärt auch, warum gegenläufige Interessen – die Meinungs- und Pressefreiheit – im Einzelfall die Werbung gestatten können. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers – und nicht die fundamental unterschiedlichen Kategorien – rechtfertigt also den grundsätzlichen Schutz vor der kommerziellen Werbung.

III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Besondere Persönlichkeitsrechte

1. Der unterschiedliche Ansatz

Die Schutzbereiche des Persönlichkeitsrechts werden durchaus unterschiedlich gegliedert. Die Grundlagenentscheidung des Bundesgerichtshofs argumentierte mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.³⁸⁾ Doch ist eine Reihe von Besonderen Persönlichkeitsrechten anerkannt, wobei die §§ 22 f. KUG exemplarischen Charakter haben. Auch die grundlegende Leserbrief-Entscheidung des Bundesgerichtshofs – ein Schriftsatz eines Anwalts war irreführend als Leserbrief abgedruckt worden, so dass der Anwalt als Sympathisant seines Mandanten und nicht als von ihm beauftragt erschien³⁹⁾ – könnte man heute in die Gruppe einordnen, in der jemand durch die Behauptung einer unwahren Tatsache in ein falsches Licht gerückt wird.

2. Die Vorteile der doppelten Betrachtung

Der doppelte Ansatz hat aber durchaus Vorteile. Das Recht am eigenen Bild hat im KUG eine relativ detaillierte Regelung gefunden, die auch exemplarisch auf andere Rechte ausstrahlt. Die Differenzierung nach den betroffenen Schutzbereichen erlaubt es gleichzeitig, den jeweiligen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Offene Schutzbereiche können zwar auch durch eine weite Interpretation abgedeckt werden. Man hätte auch an die Bildung von Analogien denken können. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Auffangrecht ist der konsequentere Ansatz. Vor allem werden dadurch die Rechtsfolgen – von der Unterlassung bis hin zum Schadensersatz – erklärt, für die sich in der Regelung besonderer Persönlichkeitsrechte oft keine Bestimmung findet.

IV. Der Schutz der persönlichen Sphäre

1. Die Schutzbereiche

Das Persönlichkeitsrecht ist in verschiedenen Erscheinungsformen abgesichert.

a) Das Bildnis

38) BGHZ 13, 334, 338.

39) BVerfG NJW 2011, 740, 742 Rn. 52; BGHZ 187, 200, 203 Rn. 8 ff.

Schutzgut ist zunächst das eigene Bildnis.⁴⁰⁾ Nur der Abgebildete selbst soll darüber befinden dürfen, ob und wie er sich in der Öffentlichkeit oder gegenüber Dritten darstellt.⁴¹⁾ Obendrein ist das Bildnis stets reproduzierbar.⁴²⁾ Ein Bildnis liegt vor, wenn die Person erkennbar ist,⁴³⁾ mag sich die Erkennbarkeit auch erst aus dem Begleittext ergeben.⁴⁴⁾ Das ist bei Bildnissen aus der Intimsphäre stets der Fall, da mit Aufdeckung durch den Verletzer zu rechnen ist.⁴⁵⁾ Auch eine Darstellung durch Doubles kann das Recht verletzen, wenn dies zum Zwecke der Täuschung geschieht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch vor der Verbreitung eines technisch manipulierten Bildes, das den Anschein erweckt, ein authentisches Bild zu sein.⁴⁶⁾ Der Betroffene braucht auch das Herstellen eines Bildnisses nicht zu dulden; es besteht ja jederzeit die Gefahr der späteren Veröffentlichung.⁴⁷⁾ Auch die Art, wie das Foto aufgenommen wurde, kann eine Rolle spielen.⁴⁸⁾

b) Der Name und das geschriebene Wort

Zu den geschützten Ausprägungen der Persönlichkeit gehört auch die Nennung des Namens⁴⁹⁾ und das geschriebene Wort, zwar nicht in jedem Fall, aber dann, wenn der Wunsch der Geheimhaltung zu Tage tritt.

Im Folgenden wird exemplarisch das Recht am eigenen Bild behandelt.

2. Die Einwilligung

Der Eingriff ist gerechtfertigt, wenn der Betroffene seine Einwilligung erteilt hat. Es handelt sich nach umstrittener Ansicht um einen Vertrag,⁵⁰⁾ für den die allgemeinen Regeln gelten, namentlich die Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit und die Auslegungsmaximen. Die Einwilligung beschränkt sich in der Regel auf die Art der Veröffentlichung, die Anlass für die Erteilung war, deckt hingegen nicht die Verwendung zur Werbung, wenn dies nicht Gegenstand des Vertrages war. Eng ist die Einwilligung vor allem bei Bildnissen aus der persönlichen Sphäre zu interpretieren. Allerdings kann die Einwilligung auch stillschweigend⁵¹⁾ oder konkludent erteilt werden. So liegt es etwa, wenn sich der Betroffene bereitfindet, sich von einem Pressephotographen aufnehmen zu lassen.⁵²⁾ Um eine solche

40) BVerfGE 35, 202, 224; BGHZ 20, 345, 347; 26, 349, 355; 156, 206, 209; BGH NJW 1996, 593, 594; 1996, 985, 986.

41) BVerfGE 63, 131, 142; BGHZ 20, 345, 347; BGH NJW 1996, 985, 986; 2006, 603, 604.

42) BVerfG NJW 1996, 581, 583.

43) BGHZ 156, 206, 209.

44) BGH NJW 1979, 2205.

45) So i.E. auch BGH NJW 1974, 1797, 1799.

46) BVerfG NJW 2005, 3271, 3272; BGH NJW 2006, 603, 604.

47) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, Bes. Teil, Teilb. 2, 13. Aufl. 1994, § 80 II 4d.

48) BGH VersR 2012, 192, 195 Rn. 30.

49) BVerfGE 97, 391, 399; BGHZ 32, 103, 111; 81, 75, 80.

50) Staudinger/J. Hager (Fn. 8), § 823 Rn. C 176.

51) BGHZ 49, 288, 295; BGH NJW 1996, 593, 594; 2005, 56, 57.

52) BVerfG NJW 2011, 740, 743 Rn. 63.

konkludente Erklärung geht es wohl in den Fällen, in denen der Betroffene selbst Tatsachen der Öffentlichkeit preisgibt.⁵³⁾ Schwierig ist die Frage, ob die Einwilligung später zurückgezogen werden kann. Nach der Wertung des § 42 UrhG ist dies möglich; dabei ist nach § 42 Abs. 3 UrhG auch eine angemessene Entschädigung geschuldet.

3. Das Interesse der Öffentlichkeit

Auch ohne seine Einwilligung muss es der Betroffene in bestimmten Fallgruppen hinnehmen, dass sein Bildnis gezeigt und über ihn berichtet wird. Das Bildnis ist dabei intensiver geschützt als etwa die Berichterstattung per Wort.⁵⁴⁾ Denn die Bildberichterstattung bedeutet in der Regel einen ungleich stärkeren Eingriff in die persönliche Sphäre.⁵⁵⁾ Die Veröffentlichung von Bildern begründet grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

a) Die betroffene Sphäre

Die betroffene Sphäre hat im Rahmen der Abwägung eine wichtige Bedeutung. Die Intimsphäre, namentlich die Sexualsphäre,⁵⁶⁾ ist weitgehend geschützt, nach h.M. sogar absolut.⁵⁷⁾ Das führt dazu, dass etwa Tagebücher nicht mehr zur Intimsphäre zu zählen.⁵⁸⁾ Sinnvoller ist es, das Gegenteil anzunehmen, also auch bei der Intimsphäre eine Abwägung zuzulassen.⁵⁹⁾ Sexualstraftaten gehören dagegen nicht zum Kernbereich der höchstpersönlichen Lebensgestaltung.⁶⁰⁾ Weniger stark gesichert ist die Individualsphäre, also das, was der Betroffene geheim halten will.⁶¹⁾ Von einer – beschränkten – Öffentlichkeit kann die soziale Sphäre wahrgenommen werden. Eine Grenze bildet die Gefahr der Stigmatisierung, sozialen Ausgrenzung oder Prangerwirkung.⁶²⁾ Gegenüber einer Wortberichterstattung über Umstände aus der Sozialsphäre bietet das Persönlichkeitsrecht dagegen jedenfalls dann keinen Schutz, wenn der Betroffene freiwillig Veranstaltungen besucht, bei denen mit einer Berichterstattung durch die Medien zu rechnen ist.⁶³⁾ Abweichend von den Maßstäben der Bildberichterstattung⁶⁴⁾ darf sich eine Wortberichterstattung ein gesellschaftliches Ereignis zum Anlass nehmen, um sich in erster Linie mit einer dort erschienenen Person zu beschäftigen.⁶⁵⁾ Der Betroffene darf im

53) BVerfGE 101, 361, 385; BVerfG NJW 2006, 3406, 3408; BGH NJW 2005, 594, 595.

54) BVerfG NJW 2011, 740, 742 Rn. 52; BGHZ 187, 200, 203 ff. Rn. 8 ff.; BGH NJW 2012, 763, 764 Rn. 7.

55) BGHZ 187, 200, 205 f. Rn. 12.

56) BGH VersR 2012, 192, 193 Rn. 10; NJW 2012, 771 Rn. 13.

57) BVerfGE 34, 238, 245; BVerfG NJW 2008, 39, 42; BGHZ 73, 120, 124; 181, 328, 338 Rn. 30.

58) BVerfGE 80, 367, 374 f.

59) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 188.

60) BGH VersR 2014, 381, 383 Rn. 17, 389 Rn. 66.

61) BVerfG NJW 2008, 39, 42; BGHZ 73, 120, 122 f.

62) BVerfG NJW 2010, 1587, 1589 Rn. 25; BGHZ 181, 328, 339 Rn. 31; BGH NJW 2010, 750, 763 Rn. 21 f.; 2012, 771, 773 Rn. 20.

63) BVerfG NJW 2011, 740, 742 Rn. 52, 56.

64) BGHZ 158, 218, 223; 187, 200, 208 Rn. 18; BGH NJW 2011, 746, 748 Rn. 17, 22.

65) BGHZ 187, 200, 208 f. Rn. 19.

Ausgangspunkt entscheiden, ob, wann und in welchen Grenzen seine Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden,⁶⁶⁾ er hat aber keinen Anspruch darauf, öffentlich so dargestellt zu werden, wie es ihm selbst genehm ist.⁶⁷⁾

b) Die Rolle der Verhältnismäßigkeit

Die Eignung und Erforderlichkeit spielen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Privatrechts keine Rolle; der Bürger braucht bei seiner Tätigkeit nicht nach dem mildesten Mittel zu fragen. Es geht also wiederum nur um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also um eine Kollisionslösung. Dabei kommt es neben der betroffenen Sphäre auf die Art der Verbreitung an. Gerade die Prangerwirkung einer Meldung kann dazu führen, dass sie nicht veröffentlicht werden darf, obwohl sie nur wahre Tatsachen enthält.⁶⁸⁾

c) Das Beispiel des § 23 KUG

Paradigmatisch hat § 23 KUG diesen Konflikt gelöst; die Norm kann als Muster verwendet werden.

(1) Berichte und Veröffentlichungen von Bildnissen der Zeitgeschichte sind zulässig. Die Presse selbst darf entscheiden, was sie des öffentlichen Interesses für wert hält;⁶⁹⁾ auch unterhaltende Beiträge, etwa über prominente Personen, nehmen am Schutz der Pressefreiheit teil.⁷⁰⁾ Seit langem unterschied man absolute und relative Personen der Zeitgeschichte;⁷¹⁾ die Differenzierung ist allerdings nicht verfassungsrechtlich vorgegeben.⁷²⁾

(a) Als absolute Personen der Zeitgeschichte wurden in der früheren Rechtsprechung solche Persönlichkeiten angesehen, die sich durch Geburt, Stellung, Leistungen, aber auch durch Untaten positiv oder negativ aus dem Kreis der Mitmenschen hervorhoben,⁷³⁾ die unabhängig von einzelnen Ereignissen aufgrund ihres Status und ihrer Bedeutung allgemein öffentliche Aufmerksamkeit fanden,⁷⁴⁾ etwa Träger berühmter Namen, Monarchen, Politiker, führende Industrielle, berühmte Wissenschaftler, bekannte Künstler und Sportler, Personen des öffentlichen Lebens,⁷⁵⁾ nicht dagegen Angehörige dieser Personen und Träger unpolitischer öffentlicher Ämter.

66) BGH NJW 2012, 771, 773 Rn. 14.

67) BVerfGE 97, 125, 149; 391, 403; BVerfG NJW 2010, 1587, 1589 Rn. 24.

68) BVerfGE 35, 202, 233; BVerfGK 108, 107, 115; BVerfG NJW 2010, 1587, 1589 Rn. 25; BGH NJW 1987, 2746, 2747; 2005, 592; AfP 2006, 550, 553.

69) BVerfGE 101, 361, 392; 120, 180, 197; BVerfG NJW 2000, 1859, 1860; BGHZ 187, 240, 249 f. Rn. 20 f.; BGHZ 180, 114, 118 Rn. 11; BGH NJW 2008, 3138, 3139 Rn. 14; 2009, 754, 755 Rn. 11; 2009, 3032, 3033 Rn. 14; VersR 2008, 1411, 1413 Rn. 14.

70) BVerfGE 101, 361, 389 f; 120, 180, 197 Rn. 42; BVerfG NJW 2000, 1859, 1860; BGHZ 187, 240, 250 Rn. 21; BGH NJW 2008, 3138, 3139 Rn. 14; VersR 2008, 1411, 1413 Rn. 14.

71) Grundlegend *Neumann-Duesberg* JZ 1960, 115 f.

72) BVerfGE 120, 180, 212.

73) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 200.

74) BVerfGE 101, 361, 392.

75) BVerfGE 101, 361, 391.

- α) Über sie durfte nach der früheren Rechtsprechung berichtet werden, soweit keine gegenläufigen Interessen der Betroffenen tangiert waren.⁷⁶⁾ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fasst in einer Entscheidung die Gruppe der absoluten Personen der Zeitgeschichte sehr viel enger und beschränkt sie auf Träger politischer Ämter.⁷⁷⁾ Das überzeugt nicht, da das berechnete öffentliche Interesse nicht nur auf Politiker oder andere Personen mit amtlichen Funktionen beschränkt ist, sondern eben auch berühmte Sportler oder vergleichbare Personen umfassen kann. Über die genannten Personen darf berichtet werden, soweit die Öffentlichkeit ein gerechtfertigtes Interesse hat.⁷⁸⁾ Auch das sieht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte enger; es müsse um eine öffentliche Diskussion über eine Frage allgemeinen Interesses gehen.⁷⁹⁾ Das ist ebenfalls nicht überzeugend. Zum einen muss es der Presse möglich sein, ein Problem erst in das öffentliche Interesse zu rücken. Zum anderen müsste der Richter so zu einer Bewertung darüber kommen, wie wichtig eine Information ist. Doch dafür gibt es keine Maßstäbe. Das zeigen auch die neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, der dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Rechnung tragen will. Es müsse zudem – so Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof – um ein zeitgeschichtliches Ereignis gehen.⁸⁰⁾
- β) Als Ausgangspunkt will der Bundesgerichtshof zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen – der oft zudem abgebildet ist – und dem Recht der Presse aus Art. 5 Abs. 1 GG nach dem abgestuften Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG abwägen.⁸¹⁾ Entscheidend sei eine umfassende Güter- und Interessenabwägung der betroffenen Grundrechte.⁸²⁾ Das Zeitgeschehen sei vom Informationsinteresse der Öffentlichkeit her zu bestimmen; es umfasse nicht nur historisch-politisch bedeutsame Ereignisse, sondern allgemein alle Fragen von gesellschaftlichem Interesse. Dazu könnten auch Normalitäten des Alltags gehören, wenn diese der Meinungsbildung dienen könnten.⁸³⁾ Die konkrete Abwägung hänge von den Informationsbelangen der Öffentlichkeit und der Schwere der Beeinträchtigung des Betroffenen ab.⁸⁴⁾ Bei der Kunstfreiheit gibt es

76) Vgl. etwa BVerfGE 101, 361, 380 ff., 391 ff.

77) EGMR NJW 2004, 2647, 2650 Rn. 72.

78) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 199.

79) EGMR NJW 2004, 2647, 2649 Rn. 60; anders BVerfGE 101, 361, 392 f.

80) BVerfGE 120, 180, 203; BGHZ 171, 275, 281 f.; BGH NJW 2007, 1981, 1982; 2009, 2823, 2824 Rn. 10; 2011, 746, 747 Rn. 13; VersR 2007, 1135, 1136; 2007, 1282, 1284.

81) BGHZ 171, 275, 278 ff. Rn. 9 ff.; 177, 119, 123 ff. Rn. 14 ff.; 180, 114, 117 Rn. 9; BGH NJW 2007, 3440, 3441 Rn. 12; 2008, 749, 750 Rn. 5 ff; 2008, 3138 Rn. 11; 2008, 3141 Rn. 11; 2009, 754 Rn. 8 f.; 2009, 757 f. Rn. 8; 2009, 3032, 3033 Rn. 20; 2013, 2890, 2891 Rn. 12; 2013, 3029 Rn. 7; BVerfGE 120, 180, 199 ff. bestätigt die Verfassungskonformität.

82) BGH NJW 1999, 2893, 2894; 2004, 762, 764; 2009, 3575, 3577 Rn. 14.

83) BVerfGE 120, 180, 220 ff.; BGH NJW 2009, 757, 758 Rn. 13.

84) BGH NJW 2009, 757, 759 Rn. 18.

wiederum nur Schranken unmittelbar aus der Verfassung.⁸⁵⁾ Wahre Aussagen sind hinzunehmen, es sei denn, sie betreffen die Intim- und Privatsphäre;⁸⁶⁾ in der Sozialsphäre sind sie regelmäßig zu dulden.⁸⁷⁾ Die Entscheidung, ob und in welcher Weise das eigene Bild zu Werbezwecken zur Verfügung gestellt werden soll, ist wesentlicher Bestandteil des Persönlichkeitsrechts.⁸⁸⁾ § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ist aber wegen des Informationsinteresses der Öffentlichkeit einschlägig, wenn eine Werbeanzeige nicht ausschließlich den Interessen des mit der Abbildung werbenden Unternehmers dient, sondern eben auch dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit.⁸⁹⁾

- γ) Entscheidend ist nach der Rechtsprechung, ob die Medien im konkreten Fall eine Angelegenheit im öffentlichen Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtern oder ob sie – ohne Bezug zu einem zeitgeschichtlichen Ereignis lediglich die Neugier der Leser befriedigen.⁹⁰⁾ Allerdings gehört es auch zur Pressefreiheit, dass die Medien nach eigenem publizistischen Kriterien entscheiden dürfen, was sie des öffentlichen Interesses für wert halten und was nicht.⁹¹⁾ Im Meinungsbildungsprozess kann sich dann herausstellen, was eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ist;⁹²⁾ die Möglichkeit reicht aus.⁹³⁾ Auch unterhaltsame Beiträge über prominente Personen können am Schutz der Pressefreiheit teilhaben.⁹⁴⁾ Der Presse kommt dabei ein Spielraum zu, was berichtet wird und ob die Nachricht bebildert wird.⁹⁵⁾
- δ) Die Aufgabe der Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des Grundrechts aus Art. 5 GG einerseits und der Vorschriften der §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ist nach der Rechtsprechung die interpretationsleitende Berücksichtigung des eingeschränkten Grundrechts; dessen

85) BVerfGE 67, 213, 228; 119, 1, 23 Rn. 68; BVerfG NJW 2001, 598; BGH NJW 2009, 3575, 3577 Rn. 18.

86) BGH NJW 2009, 3575, 3577 f. Rn. 19; NJW 2012, 771, 773 Rn. 20; VersR 2012, 192, 194 Rn. 19.

87) BVerfGE 99, 185, 196 f.; BVerfG NJW 2010, 1587, 1589 Rn. 29; VersR 2012, 192, 193 f. Rn. 15; BGH NJW 2012, 771, 773 Rn. 20.

88) BGHZ 169, 340, 347 Rn. 19; BGH NJW 2009, 3032, 3034 Rn. 26; NJW-RR 2010, 855, 856 Rn. 14; 2011, 1132, 1133 Rn. 12.

89) BGHZ 169, 340, 345 f. Rn. 15; BGH NJW 2009, 3032, 3034 Rn. 26; NJW-RR 2010, 855, 856 Rn. 15; 2011, 1132, 1133 Rn. 15.

90) BVerfGE 34, 269, 283; 101, 361, 391; 120, 180, 205; BVerfG NJW 2006, 3406, 3407; BGHZ 180, 114, 119 Rn. 12; BGH NJW 2009, 754, 755 Rn. 15; 2010, 2432, 2437 Rn. 34; 2011, 746, 747 Rn. 15; 2012, 763, 765 Rn. 19; ähnl. schon BGH NJW 2008, 3138, 3141 Rn. 27.

91) BGHZ 190, 52, 57 Rn. 17; 180, 114, 118 Rn. 11, 120 Rn. 14; BGH NJW 2008, 3138, 3139 Rn. 14; 2010, 3025, 3026 Rn. 13; 2012, 763, 765 Rn. 19.

92) BGH NJW 2008, 3138, 3139 Rn. 14; GRUR 2008, 1020, 1021 Rn. 14.

93) BVerfGE 120, 180, 204; BGH NJW 2008, 3141, 3142 Rn. 30; 2012, 762, 763 Rn. 9.

94) BGHZ 180, 114, 118 f. Rn. 11; BGH NJW 2011, 754, 755 Rn. 14; BGH NJW 2012, 762, 763 Rn. 9; 2012, 763, 765 Rn. 19.

95) BVerfGE 101, 361, 389; 120, 180, 196; BGHZ 180, 114, 118 Rn. 11; BGH NJW 2009, 757, 758 Rn. 15; 2010, 3025, 3026 Rn. 13; 2012, 762, 763 Rn. 9; 2012, 763, 765 Rn. 19.

wertsetzender Gehalt sei auch auf der Rechtsanwendungsebene zu berücksichtigen.⁹⁶⁾ Abzuwägen ist das Persönlichkeitsrecht und seine Beeinträchtigung durch die Äußerung auf der einen und die Einbuße an der Meinungsfreiheit durch ein potentes Verbot auf der anderen Seite.⁹⁷⁾ Dass das Ergebnis von den Umständen des Einzelfalls abhängt,⁹⁸⁾ ist nicht zu bestreiten. Wenig überzeugend ist es allerdings, wenn das Bundesverfassungsgericht glaubt, das Ergebnis der Abwägung sei verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.⁹⁹⁾

- e) Das Persönlichkeitsrecht greift als Ganzes erst ein, wenn die beanstandeten Äußerungen als solche oder im Kontext mit dem Bildnis eine eigenständige Verletzung bedeuten, etwa den geschützten Kernbereich tangieren oder Themen berühren, die nicht an die Öffentlichkeit gehören.¹⁰⁰⁾ Die Persönlichkeit wiegt umso schwerer, je geringer der Informationswert für die Öffentlichkeit ist.¹⁰¹⁾
- ζ) Die neue Rechtsprechung namentlich des Bundesgerichtshofes krankt daran, dass es kaum objektive Beurteilungsmaßstäbe gibt. Sie führt demgemäß zu einer bunten Palette von Entscheidungen. Berichtet werden darf, dass es dem Vater der Abgebildeten – einem regierenden Fürsten – sehr schlecht gehe und die Abgebildete ihn derzeit nicht besuche.¹⁰²⁾ Dasselbe gilt, wenn ein begütertes Paar seine Ferienvilla vermietet.¹⁰³⁾ Über das gesellschaftliche Leben einer Prinzessin darf nicht mit einem Bildnis berichtet werden, wenn es an einem Bezug zu allgemeinen gesellschaftlichen Problemen fehlt.¹⁰⁴⁾ Ein Bild darf nicht mit einem Bericht über den Rosenball in Monaco gezeigt werden, wenn kein Zusammenhang besteht;¹⁰⁵⁾ dagegen schon, wenn es die Betroffene beim Rosenball zeigt.¹⁰⁶⁾ Die neue Lebensgefährtin eines Musikers darf nicht abgebildet werden, auch wenn dieser den Tod seiner ersten Frau in Liedertexten verarbeitet hatte; dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um ein privates Bild handelt.¹⁰⁷⁾ Unzulässig ist auch das Foto eines verheirateten Stars mit seiner Freundin.¹⁰⁸⁾ Das Bildnis eines soeben zurückgetretenen Ministerpräsidenten beim

96) BVerfG NJW 2012, 756 Rn. 18; BGH NJW 2012, 763, 765 Rn. 13.

97) BVerfG NJW 2012, 756 Rn. 18.

98) BVerfG NJW 2012, 756 Rn. 18.

99) BVerfG NJW 2012, 756 Rn. 18.

100) BVerfGE 120, 180, 205; BGHZ 180, 114, 122 f. Rn. 19; BGH NJW 2004, 762; 2012, 763, 765 Rn. 19.

101) BVerfGE 101, 361, 391; BGHZ 131, 332, 342; BGH NJW 2000, 2194, 2195; 2004, 762, 764.

102) BGH NJW 2007, 1981, 1982 Rn. 26 f.

103) BVerfGE 120, 180, 220 ff.; BGH NJW 2008, 3141, 3142 Rn. 27 ff.; anders in derselben Sache noch BGH ZUM 2007, 470, 473 Rn. 25 ff. BVerfG NJW 2011, 740, 743 Rn. 64 spricht jetzt von Kontrastfunktion.

104) BVerfG NJW 2011, 740, 741 f. Rn. 46 f.

105) BGH NJW 2007, 1977, 1980 Rn. 30.

106) BGH NJW 2010, 3025, 3027 Rn. 17; 2011, 746, 748 Rn. 21.

107) BGH NJW 2007, 3440, 3443 Rn. 25 ff.

108) BGH NJW 2008, 749, 751 Rn. 11 ff.

Einkaufen darf gezeigt werden,¹⁰⁹⁾ dasjenige einer bekannten Fernsehmoderatorin ohne aktuellen Anlass dagegen nicht.¹¹⁰⁾ Zulässig ist die Nachricht, ein prominenter Strafgefangener dürfe bereits nach einigen Tagen als Freigänger arbeiten.¹¹¹⁾ Berichtet werden darf über den Enkel eines verstorbenen Fürsten mit Bildnissen aus zurückliegenden Ereignissen,¹¹²⁾ desgleichen über den Hauskauf eines Politikers, wenn die Nachricht im Zusammenhang mit dessen Rückzug aus der Politik steht.¹¹³⁾ Eine erneute Liebesbeziehung einer bekannten Fernsehmoderatorin darf nicht zum Gegenstand eines Berichts gemacht werden.¹¹⁴⁾ Erkrankungen von Prominenten haben in der Regel keinen Bezug zum Zeitgeschehen, soweit es sich nicht um wichtige Politiker handelt.¹¹⁵⁾

- (b) Relative Personen der Zeitgeschichte zeichnen sich dadurch aus, dass sie durch ein einmaliges Ereignis bekannt werden. In diesem Kontext darf über sie berichtet werden. Dazu zählen die Vorstände von Unternehmen, wenn diese in die öffentliche Diskussion geraten sind.¹¹⁶⁾ Die Möglichkeit des Berichts gilt im Prinzip auch für Straftäter.
- α) Bei Verdächtigen ist aber die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK zu beachten; Namen und Bilder von Verdächtigen dürfen daher nur ausnahmsweise veröffentlicht werden. Außerdem muss der Verdächtige die Gelegenheit erhalten, sich zu den Vorwürfen zu äußern.¹¹⁷⁾ So liegt es etwa bei Taten von erheblichem Gewicht,¹¹⁸⁾ zumal von Prominenten,¹¹⁹⁾ bei schwerwiegendem Verdacht¹²⁰⁾ und dann, wenn die Meldung die Aufklärung der Tat fördern kann;¹²¹⁾ die Voraussetzungen eines Steckbriefes dürfen jedoch nicht umgangen werden.¹²²⁾
- β) Bei der aktuellen Berichterstattung über Straftaten hat das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im Allgemeinen den Vorrang.¹²³⁾ Das gilt bei einer Aufsehen erregenden

109) BGHZ 177, 119, 128 Rn. 25 f.

110) BGH NJW 2008, 3138, 3140 f. Rn. 27 ff.

111) BGHZ 178, 213, 221 ff. Rn. 25 ff.

112) BGHZ 180, 114, 120 ff. Rn. 13 ff.

113) BGH NJW 2009, 3030, 3031 Rn. 14 ff.

114) BGH NJW 2009, 1502, 1503 f. Rn. 14 ff.

115) BGH NJW 2009, 754, 756 Rn. 19 ff.

116) BGHZ 156, 206, 209 f.

117) BGHZ 132, 13, 25; 143, 199, 204.

118) BVerfGE 35, 202, 231.

119) BVerfG NJW 2006, 2835; BGH NJW 2006, 599, 600.

120) BGH NJW 1994, 1950, 1952.

121) OLG Frankfurt NJW 1971, 47, 49.

122) OLG Hamm NJW 1993, 1209, 1210.

123) BVerfGE 35, 202, 231 f.; BVerfG NJW 2006, 2835 Rn. 11; 2009, 3357, 3358 Rn. 19; BGHZ 183, 353 Rn. 15; BGH NJW 2010, 2432, 2434 Rn. 17; 2010, 2728, 2729 Rn. 16; 2011, 2285, 2287 Rn. 16; 2011, 3153, 3154 Rn. 19; 2012, 2197, 2200 Rn. 38f.; 2013, 229, 230 Rn. 13; GRUR 2010, 549, 551 Rn. 18; AfP 2011, 176, 178 Rn. 16; 2011, 180, 182 Rn. 15.

schweren Straftat – jedenfalls ab dem Zeitpunkt einer erstinstanzlichen Verurteilung¹²⁴⁾ – auch für nicht anonymisierte Fotos.¹²⁵⁾ Mit der zeitlichen Distanz gewinnt das Interesse des Verurteilten, nicht wiederholt mit seiner Tat konfrontiert zu werden, zunehmende Bedeutung.¹²⁶⁾ Im Prinzip hat daher mit dem Zeitpunkt der Haftentlassung das Persönlichkeitsrecht den Vorrang.¹²⁷⁾ Das gilt jedenfalls, wenn es um eine Neumeldung geht. Bei wiederholten Berichten über die zurückliegende Tat ist allerdings eine Ausnahme zu machen, wenn es um ein geschichtlich interessantes, Aufsehen erregendes Verbrechen ging und der Betroffene von Außenstehenden nicht identifiziert werden kann.¹²⁸⁾ Gleiches gilt bei Archiven – auch im Internet. Denn sonst würde die Möglichkeit genommen, vergangene zeitgeschichtliche Ereignisse zu recherchieren.¹²⁹⁾

- (2) Zulässig sind Bildnisse von Personen, die nur ein Beiwerk auf dem Foto darstellen; Voraussetzung dabei ist, dass sie entfallen können, ohne dass Gegenstand und Charakter des Bildes sich ändern.¹³⁰⁾ Erlaubt sind auch Bildnisse von Versammlungen, soweit nicht bestimmte Personen im Vordergrund stehen, die herausgegriffen werden, und schließlich Bildnisse im Interesse der Kunst. Entsprechendes gilt für wissenschaftliches Interesse, wobei allerdings im Interesse des Betroffenen seine Gesichtszüge und Erkennungsmerkmale unkenntlich gemacht werden müssen.

4. Die Rechtfertigung nach den allgemeinen Regeln

Der Eingriff kann nach allgemeinen Regeln gerechtfertigt sein, etwa wenn der Täter seinerseits Opfer einer Erpressung ist. Ebenso liegt es, wenn die Verfolgung einer Straftat ermöglicht werden soll. Zu Beweis Zwecken ist dagegen eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit in der Regel unzulässig;¹³¹⁾ so darf nicht ein Spitzel versteckt werden, um der eigenen Beweisnot vorzubauen.¹³²⁾ Umgekehrt ist die Mitteilung eines Arztes an die Straßenverkehrsbehörde rechtmäßig, wenn der Patient zum Führen eines Kfz nicht mehr in der Lage ist.¹³³⁾

124) BVerfG NJW 2009, 350, 351 f. Rn. 14 f.; NJW 2009, 3357, 3358 Rn. 20.

125) BGH NJW 2011, 3153, 3155 Rn. 24.

126) BVerfGE 35, 202, 233; BVerfG NJW 2009, 3357, 3358 Rn. 21; BGH NJW 2010, 2432, 2434 Rn. 19; 2010, 2728, 2729 Rn. 17; 2011, 2285, 2287 Rn. 17; AfP 2011, 176, 178 Rn. 17; 2011, 180, 182 Rn. 16.

127) BVerfGE 35, 202, 235; BVerfG NJW 1993, 1463, 1464; 2009, 3357, 3358 Rn. 21; BGH NJW 2010, 2432, 2434 Rn. 19; 2010, 2728, 2729 Rn. 17; 2011, 2285, 2287 Rn. 17; 2012, 2197, 2200 Rn. 40.

128) BVerfG NJW 2000, 1859, 1860.

129) BGH NJW 2010, 757, 759 Rn. 20; 2010, 2432, 2435 Rn. 21; 2010, 2728, 2730 Rn. 21; GRUR 2010, 549, 552 Rn. 23.

130) OLG Oldenburg NJW 1989, 400, 401.

131) BGH NJW 1988, 1016, 1017.

132) BGH NJW 1970, 1848 f.; 1991, 1980; a.A. z.B. Erman/Ehmann, 12. Aufl. 2008, Anh. § 12 Rn. 239.

133) BGH NJW 1968, 2288, 2290.

5. Der präventive Schutz

Daneben kommt präventiver Schutz als Rechtfertigung in Betracht. Hier gibt es allerdings eine Reihe unterschiedlicher Gestaltungen. Bei der Dokumentation rechtswidriger Handlungen bejaht die h.M. die Rechtfertigung,¹³⁴⁾ indes gibt es Grenzen. Der Argwohn, der Nachbar habe Unrat auf den gemeinsamen Weg gekippt, rechtfertigt nicht eine Überwachung des Weges durch eine Videokamera.¹³⁵⁾ Kunden dürfen im Prinzip überwacht werden, um Diebstähle zu verhindern; doch ist die Dokumentation zu löschen, wenn klar ist, dass es zu keiner Straftat gekommen ist. Eine präventive Überwachung von Arbeitnehmern ist unzulässig; der permanente Überwachungsdruck beeinträchtigt auch und gerade den Arbeitnehmer, der sich nichts zuschulden kommen lässt. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Überwachung der einzige Weg ist, nennenswerten Warenverlusten vorzubauen.¹³⁶⁾

6. Die Gegeninteressen

§ 23 Abs. 2 KUG spielt wiederum eine paradigmatische Rolle, wenn es um Gegeninteressen des Betroffenen geht. Dazu zählen einmal die Verletzung der Intim- und Privatsphäre durch Fotos und Berichte, entstellende Berichterstattung, Reportagen, die den Betroffenen gefährden, und solche, die ihn in wirtschaftlicher Hinsicht – etwa durch Verwendung als Werbeträger¹³⁷⁾ – ausnutzen. In Werbeanzeigen kann eine Bildveröffentlichung allerdings zulässig sein, wenn die Anzeige nicht ausschließlich den Geschäftsinteressen des werbenden Unternehmens, sondern auch einem Informationsinteresse der Öffentlichkeit dient.¹³⁸⁾ Art. 6 GG gebietet bei Kindern eine besondere Zurückhaltung.¹³⁹⁾ Rechtswidrig beschaffte Informationen darf der Täter nicht verwenden.¹⁴⁰⁾ Anders kann es dagegen bei der Verbreitung solcher Informationen liegen, wenn der Publizierende am Rechtsbruch nicht beteiligt war.¹⁴¹⁾ Kein Fall des § 23 Abs. 2 KUG ist dagegen die kritische – auch satirische – Auseinandersetzung mit Demonstranten.¹⁴²⁾

V. Die Rechtsfolgen

1. Die bereicherungsrechtliche Abwicklung

Als Folge der Persönlichkeitsverletzung ist zunächst an Bereicherungsansprüche zu denken. Das Persönlichkeitsrecht besitzt Zuweisungsgehalt; ein Eingriff ist auch rechtswidrig.

134) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 217.

135) BGH NJW 1995, 1955, 1957.

136) BAG NJW 2005, 313, 316.

137) BGHZ 169, 340, 347.

138) BGHZ 169, 340, 347 Rn. 15; BGH NJW 2009, 3032, 3034 f. Rn. 26; NJW-RR 2010, 855, 856 Rn. 15; GRUR 2011, 647, 648 f. Rn. 15.

139) BVerfGE 101, 361, 386; 120, 180, 199; BVerfG NJW 2005, 1857, 1858; 2008, 39, 40.

140) BVerfGE 66, 116, 137.

141) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 227.

142) BGH NJW 2013, 3029, 3030 Rn. 12 f.

Im Zwei-Personen-Verhältnis ist das Ergebnis – Herausgabe der Bereicherung in Form der üblichen Lizenzgebühr¹⁴³⁾ – auch unproblematisch; dasselbe gilt aber auch im Drei-Personen-Verhältnis, etwa in dem Fall, in dem dem Verletzer das Bildnis des Betroffenen ohne dessen Einwilligung von einem Dritten zur Verfügung gestellt wurde. Angesichts der Unmöglichkeit des redlichen Erwerbs der Befugnis zur Nutzung der Persönlichkeit hätte der Betroffene die Veröffentlichung des Bildnisses verhindern können und kann konsequenterweise nach der Veröffentlichung den Anspruch aus der Nichtleistungskondition geltend machen. Das Erlangte ist in der Regel objektiv zu bestimmen.¹⁴⁴⁾ Das gilt unabhängig davon, ob der Betroffene seine Einwilligung gegeben hätte.¹⁴⁵⁾ Sehr umstritten ist die Problematik der Gewinnabschöpfung; sie wird von der Rechtsprechung abgelehnt, wenngleich sie bei der Ermittlung der Geldentschädigung nach rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine Rolle spielt.¹⁴⁶⁾ In der Literatur plädieren einige für die volle Abschöpfung.¹⁴⁷⁾ Allerdings ist die Wertung des § 687 Abs. 2 S. 1 BGB, also das Vorsatzerfordernis, zu beachten.¹⁴⁸⁾ Die Berufung auf Entreicherung ist dem Verletzer jedenfalls abgeschnitten.¹⁴⁹⁾

2. Der Anspruch auf (vorbeugende) Unterlassung

Daneben stehen Ansprüche auf (vorbeugende) Unterlassung, die auch ohne Verschulden bei jeder Art einer rechtswidrigen Verletzung der Persönlichkeit bestehen. Schwieriger zu beantworten ist die Frage der Wiederholungsgefahr. War die vorangegangene Verletzung rechtswidrig, wird die Wiederholungsgefahr vermutet. Anders ist es dagegen, wenn die Mitteilung ursprünglich in Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB erfolgt war; dann geht es um die Gefahr der Erstbegehung, für die keine Vermutung spricht. Die Beweislast trifft zwar nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 186 StGB den Beklagten,¹⁵⁰⁾ namentlich bei der Verletzung der Recherchepflicht,¹⁵¹⁾ verlagert sich aber auf den Attackierten, wenn der Täter in Wahrnehmung berechtigter Interessen handelt.¹⁵²⁾ Die vorbeugende Unterlassung „kerngleicher“ Bilder kann indes nicht verlangt werden.¹⁵³⁾ Ist der Anspruch begründet, so ist der Betroffene berechtigt, die Unterlassungsverpflichtung zu veröffentlichen, wenn dies zur Beseitigung der Störung erforderlich ist.¹⁵⁴⁾ Eng verwandt ist

143) BGHZ 169, 340, 344 f. Rn. 12; BGH NJW 2009, 3032, 3035 Rn. 34.

144) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 253.

145) BGHZ 169, 340, 344 f.

146) BGHZ 128, 1, 16; BGH NJW 1996, 984, 985.

147) *Weyers* KF 1996, 87; *Taupitz* KF 1996, 75.

148) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 254.

149) Staudinger/*J. Hager* (Fn. 8), § 823 Rn. C 257.

150) BGHZ 132, 13, 23.

151) BGHZ 132, 13, 27; BGH NJW 1998, 1391, 1393.

152) BGH NJW 1985, 1621, 1622; 1987, 2225, 2227; 1993, 525, 528.

153) BGHZ 174, 262, 266 f. Rn. 14; BGH NJW 2008, 1593, 1594 Rn. 14; 2008, 3138 Rn. 7; 2009, 2823 f. Rn. 8 ff.; *VersR* 2008, 552 f.; *ZUM* 2010, 262, 263, Rn. 7.

154) BGHZ 99, 133, 139 f.

der Beseitigungsanspruch, der bei Beeinträchtigungen einschlägig ist, die nicht in der Behauptung unwahrer Tatsachen bestehen.

3. Die Entschädigung

a) Ideelle Schäden

Es gibt eine lange, von verschiedenen Argumentationen begleitete Geschichte der ideellen Entschädigung für die Verletzung der Persönlichkeit. Nach § 253 Abs. 1 BGB sind derartige Eingriffe im Prinzip nicht ersatzfähig. Eine ausdrückliche Ausnahme – wie für mehrere Rechtsgüter in § 253 Abs. 2 BGB vorgesehen – fehlt. Die Rechtsprechung stützt jedoch den Ersatz unmittelbar auf § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 1, 2 GG.¹⁵⁵⁾

b) Materielle Schäden

Auch materielle Schäden aufgrund der Verletzung der Persönlichkeit sind zu ersetzen – etwa Gesundheitsbeeinträchtigungen aufgrund der Aufregungen über die Persönlichkeitsverletzung. Doch ist auch die Persönlichkeit als solches Schutzgut anerkannt; so liegt es etwa, wenn aufgrund der Verletzung der Verlust des Arbeitsplatzes als Sekundärschaden eintritt.¹⁵⁶⁾ Als Berechnungsarten kommen im Prinzip drei Wege in Betracht: die Liquidation des konkreten Schadens, eine angemessene Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Verletzergewinns. Die h.M. spricht sich für die angemessene Lizenzgebühr aus,¹⁵⁷⁾ lehnt dagegen implizit die Herausgabe des Gewinns ab.¹⁵⁸⁾ Nach der Wertung des § 687 Abs. 2 S. 1 BGB ist die Gewinnabführung bei Vorsatz indes die überzeugende Lösung. Problematischer sind Abwehrmaßnahmen des Betroffenen, mit denen dieser der Beeinträchtigung seines – auch wirtschaftlichen – Rufes entgegentreten will. Sie sind zwar im Grundsatz zu ersetzen,¹⁵⁹⁾ jedoch sind Grenzen zu beachten. Soweit der Betroffene sich durch eine Gegendarstellung wehren kann, ist es ihm verwehrt, den Verantwortlichen mit den höheren Kosten einer berichtigenden Darstellung zu belasten.¹⁶⁰⁾ Nur wenn die Gegendarstellung eine geringere Wirkung hat, darf sich der Verletzte mit Anzeigen wehren; das ist allerdings bei sachgerechtem Vorgehen bei der Gegendarstellung kaum vorstellbar.

155) BGHZ 128, 1, 15; 143, 214, 218 f.; 160, 298, 302; BGH NJW 1996, 984, 985; 1996, 985, 986; 2012, 1728 Rn. 15; VersR 2014, 381, 386 Rn. 38.

156) BGH NJW 1997, 1148, 1150.

157) BGHZ 20, 345, 353 m.w.N.

158) BGHZ 128, 1, 14 ff., 16.

159) BGHZ 66, 182, 192; 70, 39, 42; 78, 274, 280.

160) BGHZ 66, 182, 193 f.; 70, 39, 42.