

Das kommerzielle Interesse von Politikerpersönlichkeiten

- dargestellt an den Fällen Oskar Lafontaine¹ und Joschka Fischer² -

Von Professor Dr. Horst Ehmann, Trier

I. Der Fall Oskar Lafontaine

1. Sachverhalt

Die Sixt-Leasing AG hat 10 Tage nach dem Rücktritt von Oskar Lafontaine Werbeanzeigen veröffentlicht mit Porträtaufnahmen von 16 Mitgliedern der damaligen Regierung Schröder, auf welchen der Kopf von Oskar Lafontaine (OL) durchgestrichen war. Darunter stand: „Sixt verleast auch Autos für Mitarbeiter in der Probezeit.“ Als Schadenersatz und als ungerechtfertigte Bereicherung verlangte daher OL von der beklagten Leasing AG 127.800 € und das OLG Hamburg sprach 100.000 € wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu. Der BGH wies die Klage mit Urteil vom 26. 10. 2006 ab. Gegen die Entscheidung wurde die Anhängungsgebühr gemäß § 321 a ZPO erhoben.

2. Güter- und Interessenabwägung

Der BGH hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen mit der Begründung, das *kommerzielle Interesse* von OL müsse im Streitfall hinter dem Schutz der *Meinungsfreiheit* der Beklagten zurücktreten (Tz 21). Gegeneinander abzuwägen waren das *Recht von OL*, selbst darüber zu entscheiden, ob und in welcher Weise sein „Image“³ zu Werbezwecken verwendet werden darf (Tz 19), das als Ausfluss seines *allgemeinen* und seines *besonderen* (am eigenen Bilde) *Persönlichkeitsrechts* zu begreifen ist, und das *Recht der Beklagten*, sich über den Rücktritt des Bundesfinanzministers frei und ironisch zu äußern (Art 5 I und III GG).

a) Hamburger „Schwerpunkt- und Vordergrundtheorie“

Das LG Hamburg hatte der Klage stattgegeben mit der Begründung, das Recht von OL, selbst über die Zurverfügungstellung der eigenen Person bzw. des eigenen Abbildes für werbliche Zwecke zu entscheiden, überwiege die Meinungsfreiheit der Beklagten, weil die Werbeanzeigen der Beklagten "schwerpunktmäßig" nicht in die Form der Satire gegossene politische Äußerungen gewesen seien, sondern deren Ziel „in allererster Linie“ darin bestanden habe, „durch den mit dem „Witz“ beim Leser erzielten Effekt das Produkt der Beklagten zu bewerben.“ Dem war das OLG Hamburg gefolgt mit den Sätzen:

¹ LG Hamburg ZUM 2004, 399; OLG Hamburg AfP 2004, 566; BGH AfP 2006, 559.

² LG Hamburg AfP 2006, 585.

³ Als „Image“ ist nicht nur das „Bildnis“ (i. S. von Abbildung) zu verstehen, sondern das, was der BGH seit der Marlene I-Entscheidung (vgl. Fn. 5) die „kommerziellen Interessen“ oder "vermögenwerte Bestandteile" der Persönlichkeit nennt. Dieses „Image“ ist ebenso wie die "ideellen Interessen" Gegenstand des Schutzes des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* (Beuthien NJW 2003, 1220; Erman/Ehmman, BGB- Handkommentar, 12. Aufl. 2007, Anh. § 12 Rz 241 ff, 245). Das APR ist zu begreifen als ein Teil des Schutzes der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen und verfassungsrechtlichen Freiheit (Ehmman, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 613, 620 ff; ders. FS Georgiades, Athen 2006, S. 113, 134 ff; Erman/Ehmman, aaO, Rz 1-3, 9, 269, 272). Die Rspr. hat zwar den *Begriff der Freiheit* im Sinne des § 823 I aus Gründen der Praktikabilität auf die Bewegungsfreiheit beschränkt, im tiefsten Grunde umfasst der Freiheitsschutz jedoch auch die anderen in § 823 I aufgezählten „Gegenstände“, in denen die *freie Willensbetätigung* eine "gegenständliche Verkörperung" (so RGZ 58, 24, 30) gefunden hat. Wegen der Verkürzung des Freiheitsbegriffs des § 823 I auf die Bewegungsfreiheit bedurfte es der Entwicklung des Begriffs des APR um die *Freiheit der Selbstbestimmung* in Bezug auf die ideellen und kommerziellen Interessen der Persönlichkeit als absolutes Recht erfassen zu können; zur Parallelentwicklung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vgl. RGZ 58, 24 ff.-Juteplüsch.

„Aus Lesersicht steht bei der streitigen Anzeige, in der das Leasinggeschäft der Beklagten an hervorgehobener Stelle ausdrücklich angesprochen wird, der Zweck der Produktwerbung *deutlich im Vordergrund*. Dieser Umstand muss letztlich dazu führen, dass das durch die *Meinungs- und Kunstfreiheit* geschützte Interesse der Beklagten gegenüber dem Persönlichkeitsrecht des Klägers zurücktreten muss“ (Hervorh. v. Verf.).

b) Allein und ausschließlich zu Werbezwecken?

Diese Begründung war mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG⁴ und des BGH⁵ nicht zu vereinbaren wie der BGH zutreffend erkennt und darlegt. Danach sind *Eingriffe* in das *Allgemeine Persönlichkeitsrecht* und das *Recht am eigenen Bilde* nur dann ohne Abwägung mit entgegenstehenden Informationsinteressen der Allgemeinheit *rechtswidrig*, wenn sie *allein* und *ausschließlich* zu Werbezwecken erfolgen (Tz 15). Schon die Vorderrichter haben aber nur feststellen können, dass die Werbezwecke der Anzeigen *schwerpunktmäßig im Vordergrund* vor den politisch-ironischen Äußerungen gestanden hätten, nicht aber, dass die Anzeigen *allein* zu Werbezwecken erfolgt wären. Der BGH stellt daher zutreffend fest, dass der meinungsbildende Inhalt der Äußerungen durch deren Werbezwecke nicht verdrängt werde (Tz 16). Dass auch Werbezwecke unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehen, ist vor allem in der Benetton-Entscheidung⁶ klargestellt worden, worauf der BGH in Tz 15 verweist.

c) Bewertungs- und Abwägungsgrundsätze

aa) Praktische Konkordanz und Verdrängungsprinzip

Nach allgemein anerkannter Verfassungsdogmatik müssen gleichwertig grundrechtlich gesicherte Interessen (Freiheiten, Werte), die gegeneinander stehen, im Hinblick auf das „einheitliche Gesamtsystem“ der Rechtsordnung in einem konfliktlösenden Abwägungsprozess zu einer möglichst optimalen Wirksamkeit gebracht werden. Nach diesem *Gebot zur Herstellung praktischer Konkordanz* müssen die gegeneinander stehenden Interessen stets sorgfältig an den von Gesetz, Verfassung und Recht vorgegebenen Grundsätzen und Wertmaßstäben gemessen und dabei geprüft werden, ob und inwieweit in bestimmten Fallgruppen allgemein und im Einzelfall speziell aufgrund der besonderen Umstände diesem oder jenem Interesse der Vorrang gebührt⁷. Dieses höchst flexible Abwägungsprinzip (*Ausweichprinzip*) zur Herstellung praktischer Konkordanz gilt aber nur, wenn sich *gleichwertig* grundrechtlich gesicherte Werte gegenüberstehen. Lediglich durch „*einfaches Recht*“ geschützte Interessen⁸ müssen dagegen *grundsätzlich* gegenüber *grundrechtlich* geschützten Interessen zurücktreten (*Verdrängungsprinzip*)⁹.

bb) Meinungs- und Kunstfreiheit, Art 5 I und III GG

Dass die Äußerung der Beklagten der *grundrechtlich* gesicherten Meinungsfreiheit (Art 5 I GG) unterliegt, kann vernünftigerweise nicht bezweifelt werden. Zweifelhaft aber ist, ob die Äußerung auch unter dem *schrankenlosen* Schutz der *Kunstfreiheit* (Art 5 III GG) steht. Es ist

⁴ BVerfG NJW 2001, 594 - Willy Brandt.

⁵ BGH 143, 214, 229 = NJW 2000, 2195 = AfP 2000, 356 – Marlene I; BGH 151, 26, 30 = NJW 2002, 2317 = AfP 2002, 435 – Marlene II; dazu *Erman/Ehmann* (Fn.3), Rz 249, 251; *Ehmann*, AfP 2005, 237, 240.

⁶ BVerfG 102, 347, 359 = NJW 2001, 591 = AfP 2001, 44 – Benetton I; dazu *Ehmann* AfP 2005, 237, 240.

⁷ *Hubmann*, FS Obermayer, 1986, 43 ff; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 19. Aufl. 1993, Rz 72; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 14 mwN.

⁸ Z.B. der postmortale Persönlichkeitsschutz, aber auch das durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht mitgeschützte kommerzielle Interesse; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 249, 304, ferner der nachstehende Text.

⁹ Zumindest muss das „einfache Recht“, welches Interessen gegenüber grundrechtlichen Freiheiten schützt, nochmals „im Lichte des beschränkten Grundrechts“ gemessen werden, wodurch das Grundrecht eine doppelte Gewichtung erhält (vgl. BVerfG 7, 198 - Lüth; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 14, 67 ff.), was bekanntlich zu einer zu starken Beschränkung des Ehrenschatzes geführt hat, weil nicht hinreichend beachtet wurde, dass der Ehrenschatz auch unter dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz steht und daher grundsätzlich ein im Abwägungsprozess mit der Meinungsfreiheit gleichwertig geschütztes Rechtsgut darstellt, vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 82.

schwer und fast unmöglich zu definieren, was *Kunst* ist, wenn man nicht zu einem staatlichen Kunstrichtertum und zur Zensur kommen will. Entgegen *Beuys* kann aber auch nicht *alles Kunst* sein, weil sonst auch nichts mehr Kunst wäre, wie auch nichts mehr Recht ist, wenn alles Recht wäre. Weil die Kunstfreiheit schrankenlos gewährleistet ist, kann nicht alles, jede Beleidigung und jede Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt sein, wenn sie bloß in Knittelversen oder mittels des Zeichenstiftes geschieht¹⁰. Das BVerfG hat zwar auch die Kunstfreiheit im Falle des Konflikts mit anderen *grundrechtlich* geschützten Rechten dem Gebot der Herstellung praktischer Konkordanz unterworfen¹¹, aber eben nur gegenüber *grundrechtlich* gesicherten Rechten und nicht auch gegenüber nur durch „*einfaches Recht*“ geschützten Interessen. In eine Güter- und Interessenabwägung zum Zwecke der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den Interessen von OL und den grundrechtlich gesicherten Rechten der Meinungs- und Kunstfreiheit der beklagten Leasing AG durfte daher grundsätzlich nur eingetreten werden, wenn auch die Interessen von OL als *grundrechtlich geschützt* betrachtet werden können; ansonsten müssen die Interessen von OL hinter den grundrechtlich gesicherten Interessen der Beklagten zurücktreten (*Verdrängungsprinzip*).

cc) Rechtsnatur des Schutzes kommerzielle Interessen

Das BVerfG hatte in der CvM-Entscheidung vom 15. 12. 1999¹² genau 14 Tage nach der Marlene-Dietrich-Entscheidung des BGH vom 1. 12. 1999¹³ den sibyllinischen Satz verkündet: "*Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet.*" Auf der Grundlage einer Unterscheidung zwischen dem *bürgerlich-rechtlichen* allgemeinen Persönlichkeitsrecht als sonstigem Recht im Sinne des § 823 I BGB und dem *verfassungsrechtlichen* durch Art. 1 I iVm Art 2 I GG geschützten namensgleichen Persönlichkeitsrecht¹⁴ ist jedoch leicht zu verstehen, dass damit gesagt wurde, dass die durch das bürgerlich-rechtliche Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch geschützten *kommerziellen Interessen* - ebenso wie der *postmortale* Persönlichkeitsschutz¹⁵ - nicht dem *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsschutz unterliegen¹⁶.

dd) Güterabwägung im Falle Lafontaine gegen Sixt

Im Einzelfall Lafontaine gegen Sixt kam es also nicht darauf an, ob die Beklagte ihre Meinungsäußerung „in erster Linie“ und „schwerpunktmäßig“ zum Zwecke der Werbung machen wollte oder die Meinungsäußerung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage

¹⁰ Vgl. z. B. BGH 84, 237 = AfP 1982, 173 - Moritat; BVerfG 75, 369 = AfP 1987, 677 - F.J.S. als kopulierendes Schwein.

¹¹ BVerfG 81, 278, 292; 30, 193; 67, 2 13, 228; 83, 139; NJW 1984, 1293 - Sprayer von Zürich; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3) Rz 91.

¹² BVerfG 101, 361, 385 = NJW 2000, 1021 = AfP 2000, 76; dazu *Seitz* NJW 2000, 2167; *Kläver* ZUM 2002, 205, 209; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 9, 249.

¹³ BGH 143, 214 - Marlene I = AfP 2000, 356. Ähnlich formulierte schon *Hubmann* (Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl, S. 134): "Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht zur Kommerzialisierung bestimmt". Jedoch *Hubmann* unterschied noch nicht zwischen bürgerlich-rechtlichem und verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsrecht und wollte die kommerziellen Interessen auch nicht unter den bürgerlich-rechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts stellen.

¹⁴ „Verfassungsrechtliches und zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht sind nicht identisch“, BVerfG NJW 2006, 3409, 3410 = AfP 2006, 452. Das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht ist wie das „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ als Grundrechtsderivat zu begreifen; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3) Rz 9 f.; ferner *Ehmann*, Das Persönlichkeitsrecht als Wert, als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht, in: Festschrift für Georgiades Athen 2006, S.113 ff.

¹⁵ BVerfG 30, 173, 194 - Mephisto; BGH NJW 2006, 605 - Muttermord; BGH NJW 2007, 35 - Kinski; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 304.

¹⁶ So später klar und deutlich BVerfG NJW 2006, 3409 = AfP 2006, 452 - Blauer Engel II, worauf BGH AfP 2006, 559 - Oscar Lafontaine auch verweist; Schubert (AfP 2007, 20, 22 um Fn. 19) verkennt das Erfordernis der Unterscheidung zwischen bürgerlich-rechtlichem und verfassungsrechtlichem Persönlichkeitsschutz und den dadurch bedingten Vorrang der Meinungsfreiheit vor dem Persönlichkeitsschutz in der Lafontaine-Entscheidung.

„im Vordergrund“ stand; vielmehr war bei der Güterabwägung vor allem zu berücksichtigen, dass die Interessen von Oskar Lafontaine allenfalls durch *einfaches Recht* geschützt waren, während die Meinungsäußerung der Beklagten dem *verfassungsrechtlichen* Schutz des Art 5 I GG untersteht. Allein aus diesem Grunde war der Meinungsäußerungsfreiheit der Beklagten Vorrang einzuräumen. Nimmt man an, dass die Werbeanzeigen der Beklagten auch unter dem Schutz der *Kunstfreiheit* gemäß Art 5 III GG standen - wovon das OLG Hamburg ausging¹⁷, so mussten die Interessen von OL auch gegenüber der Kunstfreiheit zurücktreten, weil diese nur gegenüber verfassungsrechtlich geschützten Rechten einer Begrenzung durch eine Güter- und Interessenabwägung unterliegt¹⁸.

3. Schutz der ideellen Interessen?

War es also ein anwaltlicher Fehler, die Klageforderung im Falle OL gegen Sixt nicht auf die Verletzung ideeller Interessen gestützt zu haben? Nein, denn die ideellen Interessen unterliegen zwar auch dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, waren aber ganz zweifellos durch die Ironie der Werbeanzeigen nicht verletzt worden, weil der durchgestrichene Kopf des Klägers und der dazu gegebene Text weder als *Schmähekritik* noch als *Formalbeleidigung* und auch nicht als eine sonstige Persönlichkeitsverletzung betrachtet werden können, die den Rahmen der durch Art 5 I GG geschützten Meinungsfreiheit der Beklagten überschreitet¹⁹. Im Zusammenhang mit dem Rücktritt des damaligen Bundesfinanzministers OL waren noch viel härtere und schärfere Vorwürfe gegen seine Person erhoben worden, die durch den Rahmen der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsfreiheit noch als gerechtfertigt angesehen werden konnten. Dennoch hatte OL vor der gerichtlichen Auseinandersetzung wegen dieser Werbeanzeigen zunächst eine „Geldentschädigung“ für die „Zwangsvermarktung“ seiner *ideellen Interessen* verlangt und erst in der Klagschrift seine Forderung mit der Verletzung *kommerzieller Interessen* begründet. Dahinter steht die Vorstellung, es könnte Rechtens sein, Schadenersatz oder Bereicherungsausgleich zu verlangen wegen Verletzung der kommerziellen Interessen einer Persönlichkeit durch eine Meinungsäußerung, welche die ideellen Interessen des Betroffenen deswegen nicht verletzt, weil sie keine *Schmähekritik* oder *Formalbeleidigung* darstellt und der verfassungsrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit in Abwägung mit den verletzten ideellen Interessen der Vorrang gebührt²⁰. Es kann jedoch nicht Rechtens sein, einer Meinungsäußerung, der bei der Abwägung mit den gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten ideellen Interessen des Betroffenen der Vorrang gebührt, gegenüber der Verletzung kommerzieller Interessen, die verfassungsrechtlich nicht geschützt sind, Nachrang zu geben²¹. Warum das LG und das OLG Hamburg trotzdem glaubten, so entscheiden zu dürfen, wird man letztlich nur *rechtssoziologisch*²² erklären können, *juristisch* allenfalls noch mit der fehlerhaften Vorstellung, Meinungsäußerungen in Werbeanzeigen würden nicht unter dem

¹⁷ Vgl. den oben I 2 a aus der Entscheidung zitierten Satz.

¹⁸ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 91.

¹⁹ *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 67 ff., 74, 82.

²⁰ *Balthasar* (NJW 2007, 664) verkennt, dass in der Herrenreiter- und Valente- Entscheidung (dazu Fn. 3 8) nicht bloß kommerzielle (die damals noch gar nicht als rechtlich schützenswert betrachtet wurden, dazu *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., S. 134), sondern auch die ideellen Interessen der Betroffenen verletzt und allein Gegenstand der damaligen Verfahren waren und nur diese auch unter dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz stehen; seine Kritik daran, dass der BGH die kommerziellen Interessen von OL (deren Verletzung allein Gegenstand dieses Verfahrens war) nur durch einfaches Recht geschützt sah und daher in der Interessenabwägung den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Beklagten den Vorrang einräumte, verfehlt daher das juristische Problem des Falles.

²¹ Insofern darf es keine gespaltene Rechtswidrigkeit geben vgl. Helle, JZ 2007, ... sub III 3.

²² Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht birgt mangels hinreichender normativer Leitung stets die Gefahr einer Kadijurisprudenz in sich, deren Wertorientierung allen möglichen moralischen, politischen und sonstigen Einflüssen geöffnet ist; dazu *Ehmann*, Festschrift Georgiades, S.113, 116; *ders*, AfP 2005, 237ff mit Fn. 7 und 92.

Schutz der grundrechtlich gesicherten Meinungsfreiheit stehen, was jedoch unhaltbar ist und auch in der *Benetton-Entscheidung*²³ anders entschieden wurde.

4. Ist das kommerzielle Interesse von Politikern überhaupt schützenswert?

Der BGH hat in der *Marlene I-Entscheidung* als Beispiel der Schutzwürdigkeit *kommerzieller Interessen* einer Persönlichkeit die „besonderen Leistungen auf sportlichem oder künstlerischem Gebiet“ genannt und sie im Anschluss an die *Dahlke-Entscheidung*²⁴ unter den Schutz des bürgerlich-rechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestellt und damit *allgemein* als rechtlich *schützenswerte* Interessen anerkannt. Damit wurde aber nicht jedes kommerzielle Interesse, auch nicht jede Möglichkeit seine eigene Person kommerziell zu vermarkten als rechtlich schützenswerte Interesse anerkannt. Der Markt kennt keine Ehre (*Max Weber*). Das zeigen nicht bloß *Peep-Shows*²⁵ und die Tatsache, dass auch der *Kannibale von Rotenburg*²⁶ einen Vertrag zur Vermarktung seiner Lebensgeschichte abschließen konnte. Die Vermarktung der eigenen Persönlichkeit kann zwar *im allgemeinen* ein schützenswertes Interesse sein, nicht aber dann, wenn diese Vermarktung gegen Gesetz und/oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138). Es ist daher die Frage zu stellen, ob *Politiker* ihren im politischen Amt (als Ministerpräsident und als Bundesfinanzminister oder als Außenminister) mit „*politischen Leistungen*“ aufgebauten Ruf als eigentumsähnliches privates Wirtschaftsgut nach eigenem Belieben vermarkten dürfen oder ob vielmehr der im Dienste des Staates und der Allgemeinheit aufgebaute Ruf auch der Allgemeinheit gehört und damit grundsätzlich „gemeinfrei“ bleiben muss. Aus guten Gründen sind einst Bedenken geäußert worden, als sich Alt-Bundespräsident *Walter Scheel* als Talkmaster verdingen wollte und selbst *Bundeskanzler Schröder* verlangte nur Unterlassung und Ersatz seiner Anwaltskosten, als sein Bildnis (als "Kanzler-Puppe") zu Werbezwecken verwendet wurde²⁷. Der BGH hat das Problem im Hinblick auf Art. 66 GG angesprochen, aber abgetan mit dem unpassenden Hinweis, dass die Vermarktungsfähigkeit und Vermarktungsbereitschaft des Betroffenen nicht Voraussetzung einer Eingriffskondition sei²⁸. Die Frage der objektiv-rechtlichen Schutzwürdigkeit kommerzieller Interessen darf nicht mit der subjektiven Vermarktungsbereitschaft des Betroffenen verwechselt werden²⁹.

Die Zuerkennung von Bereicherungsansprüchen und der Ersatz des *materiellen* Schadens im Falle der "Zwangsvermarktung" verdient meines Erachtens den Vorzug vor „Geldentschädigungen“, die nicht mehr als *Schmerzensgeld* begriffen werden können und letztlich doch eine Art *punitive damages* sind³⁰. Deswegen ist es wohl nicht richtig zur „Herrenreiterdoktrin“ zurückzukehren³¹. Dabei muss man sich jedoch bewusst bleiben, dass nicht jedes kommerzielle Interesse einer Persönlichkeit unter den Schutz des bürgerlich-rechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gestellt werden darf. Es genügt *nicht*, dass das BVerfG den verfassungsrechtlichen Schutz solcher Interessen verweigert. Auch bürgerlich-rechtlich kann nicht als

²³ Vgl. Fn.6 100.

²⁴ BGH 20, 345.

²⁵ Vgl. BVerwG NJW 1982, 664; dazu *K. Friedrich*, Internationaler Persönlichkeitsschutz bei unerlaubter Vermarktung, 2003, S. 71.

²⁶ Vgl. Frankfurt NJW 2007, 702; weitere Beispiele bei *Helle*, JZ 2007,...; dazu *Witzleb*, Geldansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, 2002, S. 273 ff; *Ehmann*, AfP 2005, 237, 238, 241 f; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 94, 189, 246.

²⁷ Vgl. AG Hamburg NJW-RR 2005, 196.

²⁸ BGH AfP 2006, 559 Tz 12.

²⁹ Zutr. erkannt von *K. Friedrich* (Fn. 25), S. 45, 73 Fn. 404, 81; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz 247, 355; *Ehmann*, AfP 2005, 237, 246; was der BGH jedoch nicht zur Kenntnis nehmen wollte.

³⁰ *Erman/Ehmann* (Fn.4), Rz 378 ff.

³¹ Was jedoch von namhaften Autoren gefordert wird, vgl. *J.Helle*, Grundlagen des Persönlichkeitsschutzes, in: Handbuch Multimedia-Recht (hrsg.von Hoeren/Sieber), 2005, Rz 221; *ders.* ausführlich JZ 2007,...; ähnlich *Steffen* NJW 1997, 10, 13; vgl. auch *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., S.134.

absolutes Recht im Sinne des § 823 I anerkannt werden, was gegen *Gesetz* und *gute Sitten* verstößt. Dabei ist es dann eine Frage der politischen Moral, ob das Interesse von Politikern an der Vermarktung ihrer Persönlichkeit als schützenswert betrachtet wird. Die besseren Gründe sprechen wohl dagegen.

5. Vermarktungsfähigkeit und Vermarktungsbereitschaft

a) Als Voraussetzung einer Eingriffskondition

Völlig zu Recht hat der BGH jedoch die *Vermarktungsbereitschaft* des Betroffenen nicht mehr länger als Voraussetzung einer *Eingriffskondition* betrachtet³², wenn ein anderer unbefugt in seinen durch das Recht am eigenen Bilde und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gesicherten Bereich eingreift. Die *Bereicherungsschuld* wird schon lange nicht mehr als eine auf die Bereicherung beschränkte *Schadenschuld* betrachtet, setzt also nicht mehr einen Schaden des Betroffenen voraus, also auch nicht, dass der Betroffene selbst zu der Vermarktung des geschützten Interesses *fähig* und *bereit* gewesen wäre, die der Eingreifer vorgenommen hat³³. Hätte die Vermarktung den Betroffenen in eine "demütigende und lächerliche Lage" gebracht³⁴ oder in ein seiner eigenen Moral nicht entsprechendes „schiefes Licht" gerückt, so hindert dies zwar die Annahme eines (stillschweigenden oder fiktiven) Lizenzvertrags und auch die Annahme eines Schadens (in Form entgangenen Gewinns, § 252), nicht aber eine Bereicherung des Eingreifers. Es wäre falsche Moral, demjenigen den Vermögenswert zu belassen, der ihn durch rechtswidrigen Eingriff in moralisch nicht zu billiger Weise ausnutzt, nur damit der Verletzte nicht in den Verdacht gerät, evtl. selbst das Rechtsgut auch unmoralisch verwertet zu haben, wenn er nur gekonnt hätte³⁵. Diese Frage der Vermarktungsbereitschaft des Betroffenen aufgrund seiner eigenen moralischen Grundsätze darf aber nicht verwechselt werden mit der ganz anderen Frage, ob die Vermarktung *objektiv* gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt. Eine Eingriffskondition ist nur gegeben, wenn ein Eingriff in ein *rechtlich geschütztes* Interesse erfolgt, ist die Vermarktung aber *sittenwidrig*, so ist das verletzte Interesse auch keine *Rechtsposition* die ausschließlich der Nutzung ihres Rechtsträgers zugewiesen ist³⁶. In der Regel sind in solchen Fällen aber die *ideellen Interessen* des Betroffenen rechtswidrig verletzt und er bleibt daher durch die *negatorischen Ansprüche* geschützt und kann auch dem Eingreifer, die diesem zugeflossenen Vorteile über den Anspruch auf Ersatz seines *immateriellen Schadens* wegen fahrlässiger Verletzung seiner ideellen Interessen wieder abnehmen.

b) Als Voraussetzungen von Schadensersatzansprüchen und Lizenzgebühren

Ein Schadensersatzanspruch setzt jedoch auch weiterhin voraus, dass dem Anspruchsteller ein Schaden entstanden oder ein Gewinn entgangen ist (§ 252). Der BGH glaubte jedoch zu einem *obiter dictum* derart berechtigt zu sein:

„Soweit sich der Rechtsprechung des BGH entnehmen lässt, dass ein Schadens³⁷ - oder Bereicherungsausgleich auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr ein grundsätzliches

³² BGH AfP 2006, 559 Tz 12; anders noch BGH 26, 353; 44, 372, 379; auch OLG München NJW-RR 1996, 539, 540.

³³ Erman/Ehmann (Fn. 3), Rz 354.

³⁴ Wie zum Beispiel in den Fällen BGH 26, 353 - Herrenreiter; 30, 16 - Catarina Valente; 35, 363 - Ginseng; auch Hamburg AfP 1972, 150 – Fußballerpenis; zum Grundprinzip („Herrenreiterdoktrin“) dieser Entscheidungen eindringlich Helle, JZ 2007,

³⁵ Ebenso Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 7 IV 2 a; Erman/Ehmann (Fn. 3), Rz 355 mwN.

³⁶ Friedrich (Fn. 25), S. 72 f.

³⁷ Das Urteil des OLG Hamburg war lediglich auf Bereicherungsrecht gestützt; das im wesentlichen unbegründete *obiter dictum*, dass die Vermarktungsbereitschaft auch für den Schadensersatzanspruch für entbehrlich erklärt, findet auch Helle (JZ 2007, ...sub IV 1) ärgerlich, hat seinen Grund aber letztlich in der durch die Rechtsent-

*Einverständnis des Abgebildeten mit der Vermarktung seines Rechts am eigenen Bild voraussetze*³⁸, wird daran nicht festgehalten.“

Richtig ist allerdings, dass die reichsgerichtliche Rechtsprechung³⁹ die für Fälle der Verletzung von Immaterialgüterrechten entwickelte *Lizenzanalogie* als „Schadensberechnung“ verstanden hat. Diese schon vor Inkrafttreten des BGB entstandene Rechtsprechung hat ihre Berechtigung gehabt, solange die *Bereicherung als Schadensschuld* betrachtet wurde, solange § 687 Abs. 2 noch nicht in Gesetz stand und solange es die *speziellen Sanktionen* der §§ 139 PatG, 97 UrhG, 14 a GeschmMG, 24 a GebrMG noch nicht gab; heute aber ist es nicht mehr gerechtfertigt, Lizenzgebühren als Schadenersatz zuzusprechen, wenn *kein Schaden* entstanden und kein Gewinn entgangen ist⁴⁰.

6. Materielle Anspruchsgrundlage und Höhe von Lizenzgebühren?

Wenn man offen lässt, ob der *Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr*⁴¹ ein *Bereicherungs- oder Schadenersatzanspruch* ist, lässt man auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines derartigen Anspruchs offen und die Parteien können es unterlassen, substantiiert vorzutragen, welcher Schaden entstanden und/oder welcher Wert dem Eingreifer zugeflossen ist. Auch der gerichtlichen Schätzung der „Angemessenheit der Lizenzgebühr“ gemäß § 287 ZPO ist dann nicht mehr zu entnehmen, nach welchen Kriterien diese Schätzung erfolgte und erfolgen sollte. Grund und Höhe der so zuerkannten Ansprüche entbehren danach jeder materiell-rechtlichen Voraussetzung. Die Folgen dieses Mangels der materiell-rechtlichen Bestimmung von Grund und Höhe der geltend gemachten Ansprüche zeigen sich in den hier besprochenen Entscheidungen des LG und des OLG Hamburg überdeutlich. Das LG hatte der Klageforderung in Höhe von 100.000 € unter dem Gesichtspunkt Schadenersatz *oder* ungerechtfertigte Bereicherung stattgegeben. Das OLG hat das Bestehen eines Schadenersatzanspruches (wegen der Frage der Vermarktungsbereitschaft) offen gelassen und der Klage allein aufgrund Bereicherungsrecht stattgegeben, die Höhe des Anspruchs aber nach denselben Kriterien bestimmt wie das LG (Bekanntheitsgrad des betroffenen Klägers, Höhe der Auflage der Werbeanzeigen etc.). Schaden und Wert der Bereicherung sind aber nicht dasselbe. Die Hamburger Gerichte sind mit ihren Schätzungen im Wesentlichen den im Urteil des LG München I vom 13. 3. 2002 (21 O 12437/99 - Boris Becker) entwickelten Grundsätzen gefolgt, haben aber unberücksichtigt gelassen, dass bei der Verwendung von Bildnissen von *Boris Becker, Verona Feldbusch* u.a. im wesentlichen der *positive Image- und Sympathiewert* diese Persönlichkeiten den Wert der Verwendung ihre Bildnisse und ihrer Namen und damit des Schadens dieser professionellen Werbeträger und der Bereicherung der Eingreifer bestimmt. Während im Falle OL doch offenbar die auf seine Kosten gehende *Ironie der Werbeanzeigen* den Wert der Anzeigen bestimmte, der aber nicht auf einer Leistung des Betroffenen, sondern auf den Leistungen des Verfassers der Anzeige beruhte. Dieser Unterschied hätte aber zumindest in der Bestimmung der Höhe der zugesprochenen Ansprüche zum Ausdruck kommen müssen. Das zeigt, dass mit der Außerachtlassung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auch die Bestimmung der Höhe solcher Ansprüche von allen rechtlichen Voraussetzungen entbunden zu werden droht. Die Rechtsprechung droht damit zur vom Recht entbundenen freien Rechtsfindung (*Kadijustiz*) zu werden.

wicklung schon längst überholten sog. Lizenzanalogie, welche den "Anspruch auf angemessene Lizenzgebühr" (auch) als Schadenersatzanspruch begreifen will.

³⁸ Für diese Auffassung zitiert der Senat selbst: BGH 26, 349, 353 - Herrenreiter; 30, 7, 6 - Catarina Valente; BGH NJW 1979, 2205 – Fußballtorwart.

³⁹ Vgl. RG 35, 63; 43, 56; 50, 111; 56,58; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3), § 687 Rz 10 ff.

⁴⁰ Das alles ist seit langem erkannt und in der Literatur wiederholt dargelegt worden, vgl. *Sack*, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts, in: FS Hubmann, 1985, S. 373, 388 ff.; *Beuthien/Wasmann*, GRUR 1997, 255; *Soergel/Beuthien* § 687 Rz 16 ff.; *Erman/Ehmann* (Fn. 3), Rz. 361 ff., 374 ff.; § 687 Rz 10 ff.

⁴¹ Vgl. BGH 143, 214, 232 - Marlene I; BGH AfP 2006, 559 Tz 12.

II. Der Fall Joschka Fischer⁴²

1. Sachverhalt

Die WELT KOMPAKT hat mit einem Bildnis von *Joschka Fischer* ohne dessen Einverständnis Werbung für ihre Zeitung betrieben; dem Bildnis des Klägers wurden zu diesem Zwecke aber im Wege technischer Veränderungen kindliche Züge beigegeben. JF verlangte Unterlassung und eine angemessene Lizenzgebühr nicht unter 250.000 € Mit Urteil vom 27. 10. 2006 gab das Landgericht Hamburg dem Anspruch in Höhe von 200.000 € statt.

2. Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit der Lafontaine Entscheidung

a) Verletzungen der ideellen Interessen

Das einen Tag nach dem Lafontaine-Urteil verkündete Fischer-Urteil hat manche Ähnlichkeit mit jenem, weshalb die Tagespresse darüber auch nicht nur gleichzeitig, sondern auch weitgehend gleichartig berichtete, entscheidet sich davon juristisch aber ganz erheblich. Das Bildnis von J. F. war durch die Verkindlichung seiner Gesichtszüge in einer Art und Weise verändert worden, dass dessen Veröffentlichung auch dann, wenn es nicht zu Werbezwecken verwendet worden wäre, eindeutig als Verletzung der *ideellen Interessen* der Persönlichkeit des Betroffenen hätte betrachtet werden müssen⁴³. Allerdings stand das Veröffentlichungsinteresse der WELT KOMPAKT nicht bloß unter dem Schutz der *Meinungsfreiheit*, sondern auch unter dem *Schutz der Pressefreiheit*, die im Abwägungsprozess mit dem Persönlichkeitsschutz in der Regel höher gewichtet wird als die Meinungsfreiheit. Die Verwendung des Bildes von JF zur *Eigenwerbung* fällt auch unter den Schutz der Pressefreiheit und wäre demnach durch diese wie im Fall Marlene II./BILD⁴⁴ gerechtfertigt gewesen, wenn die Gesichtszüge von JF nicht *verfälscht* worden wären. Der beklagte Verlag hat sich zur Rechtfertigung seines Eingriffs auch auf die *Kunstfreiheit* berufen. Das LG Hamburg hat es offen gelassen, ob die Verfälschung als *Karikatur* und damit als *Kunst* im Sinne des Art 5 III GG verstanden werden darf, weil der Persönlichkeitsschutz in diesem Falle die Kunstfreiheit jedenfalls überwiege. Das ist zwar richtig, *soweit* es um den Schutz der *ideellen Interessen* geht, weil diese dem *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsschutz unterfallen⁴⁵ (was für den Schutz der *kommerziellen Interessen* aber nicht gilt; dazu unten b). Die Veröffentlichung des verfälschten Bildes und die darin liegende rechtswidrige Verletzung der *ideellen Interessen* von JF kann jedoch weder durch die Presse- noch durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden, ist also rechtswidrig. Der Unterlassungsanspruch des Betroffenen und auch ein Anspruch auf Ersatz seines *immateriellen Schadens* („Geldentschädigung“) sind also anders als im Fall OL im Fall JF wohl begründet.

b) Verletzung der kommerziellen Interessen

aa) Der geltend gemachte Klageanspruch war jedoch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr nicht unter einem Betrag von 250.000 € wegen unerlaubter Nutzungen des Bild-

⁴² LG Hamburg AfP 2006, 585.

⁴³ Im Falle *Ron Sommer* ist schon eine für den Betroffenen weniger nachteilige Fotomontage als Persönlichkeitsverletzung (ideelle Interessen) betrachtet worden, vgl. BVerfG NJW 2005, 3271; BGH NJW 2006, 603.

⁴⁴ BGH 151, 26 = NJW 2002, 2317 = AfP 2002, 435 –Marlene II; dazu *Erman/Ehmann* (Fn. 3) Rz 65 a, 249, 305.

⁴⁵ Dazu oben I 3.

nisses und/oder Images von JF gerichtet, also auf die Verletzung *kommerzieller Interessen* gestützt; wohl vor allem deswegen, weil die üblich gewordene Berechnung der "angemessenen Lizenzgebühr" zu wesentlich *höheren Ansprüchen* führt als eine "Geldentschädigung" wegen Verletzung der ideellen Interessen⁴⁶.

bb) Der Anspruch auf eine Lizenzgebühr ist jedoch - wie im Falle OL - unbegründet, wenn man annimmt, dass einem *Politiker* im Range eines Außenministers eine derartige *Vermarktung nicht erlaubt* werden kann, weil sie nicht nur das Ansehen seiner Person, sondern auch die des Amtes in nicht hinnehmbarer Weise beschädigen würde⁴⁷.

cc) Auch wenn man aber annimmt, dass das kommerzielle Interesse eines deutschen Außenministers, sich derart vermarkten zu lassen, heute *rechtlich schützenswert* ist, so ist der Anspruch von JF auf Erstattung einer Lizenzgebühr wegen unbefugter Nutzung dieses kommerziellen Interesses dennoch nicht begründet, weil den *verfassungsrechtlich* nicht geschützten *kommerziellen Interessen* von JF im Abwägungsprozess mit der verfassungsrechtlich geschützten Presse- und Kunstfreiheit des beklagten Verlags *kein Vorrang* eingeräumt werden kann⁴⁸. Es mag zwar zweifelhaft sein, ob derartige Bildverfälschungen als Kunst verstanden werden können⁴⁹, aber dass die *Eigenwerbung der Presse* unter dem *Schutz der Pressefreiheit* steht, ist im Falle *Marlene II* ausdrücklich entschieden worden⁵⁰.

dd) Der geltend gemachte *Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr* wegen unbefugter Verwendung des Bildes von JF war also *abzuweisen*, weil die Veröffentlichung durch die Pressefreiheit geschützt ist und diese den Wert des *verfassungsrechtlich* nicht geschützten kommerziellen Interesses von JF überwiegt. Durch die Veröffentlichung der verfälschten Bilder wurden jedoch die *ideellen Interessen* von JF rechtswidrig verletzt, weshalb nicht nur der Unterlassungsanspruch von JF, sondern auch sein (offenbar gerichtlich nicht geltend gemachter) Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen *immateriellen* Schadens ("Geldentschädigung") begründet ist. Dieser Geldentschädigungsanspruch ist freiwillig deutlich niedriger zu bemessen. Aus dem Urteil des LG Hamburg ist zu entnehmen, dass die Beklagte im Rahmen ihrer Werbekampagne auch ähnlich verfälschte Bilder anderer Persönlichkeiten der Zeitgeschichte veröffentlicht und die betroffenen Personen mit Beträgen zwischen 5000 und 50.000 € vergleichsweise abgefunden hat. *Thomas Gottschalk* soll 50.000 € dafür erhalten haben. Ein höherer Betrag kann als Geldentschädigung für derartiges Unrecht kaum zugebilligt werden.

ee) Die juristische Trennung von *ideellen* und *kommerziellen Interessen* und die verschiedenen Sanktionen im Falle rechtswidriger Eingriffe wirft freilich die *Konkurrenzfrage* auf, wenn durch eine einheitliche Handlung sowohl ein rechtswidriger Eingriff in die ideellen als auch in die kommerziellen Interessen erfolgt⁵¹. In solchen Fällen der "Doppelverletzung" besteht eine Anspruchskonkurrenz. Der Betroffene kann wegen fahrlässiger Verletzung *ideeller Interessen* eine "Geldentschädigung", er kann auch wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in *kommerzielle Interessen* über Bereicherungsrecht eine angemessene Lizenzgebühr und in Fällen eines

⁴⁶ Vgl. die Nachweise bei *Erman/Ehmann* (Fn. 3), für die Höhe von Lizenzgebühren: Rz 358, 374; für die Höhe von Geldentschädigungen: Rz 386 f.

⁴⁷ Dazu oben I 4.

⁴⁸ Dazu oben I 2 c.

⁴⁹ Dazu *Erman/Ehmann* (Fn.4), Rdz 90 ff..

⁵⁰ Dazu oben Fn. 44.

⁵¹ Das muss z. B. angenommen werden in den Fällen BGH 26, 349 - Herrenreiter; 30, 7 Catarina Valente; 35, 363 - Ginseng; BGH NJW 1965, 685 - Soraya; nicht aber BGH 20, 345 - Dahlke, weil in diesem Falle keine ideellen Interessen verletzt wurden.

vorsätzlichen Eingriffs gemäß § 687 II auch den Gewinn (heraus)verlangen; nach der Rspr.⁵² kann er den Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr auch nach den Grundsätzen der sog. Lizenzanalogie geltend machen. Der geltend gemachte (prozessuale) Klageanspruch kann auf alle diese materiell-rechtlichen Ansprüche gestützt werden. Das Gericht muss dem weitestgehenden Anspruch stattgeben. Eine *Kumulierung* der „Entschädigung“ des Betroffenen ist jedoch grundsätzlich ausgeschlossen⁵³. Die *Konkurrenzfragen* sind jedoch schwierig und noch nicht abschließend geklärt⁵⁴. Die Herausgabe des Gewinns und der Bereicherung mindern jedoch jedenfalls den Schaden oder schließen ihn aus; entsprechendes gilt für die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr; die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs entreichert den Eingreifer. Verletzt der Eingriff in die *kommerziellen Interessen* zugleich schuldhaft die *ideellen Interessen*, so kann im Verlangen einer angemessenen Lizenzgebühr oder in der Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe der Bereicherung und/oder des Gewinns aus diesem Eingriff jedoch eine *Einwilligung* in die Verletzung der damit verbundenen ideellen Interessen gesehen werden. Dies dürfte der Grund dafür sein, warum z. B. im Falle Joschka Fischer der Klageanspruch ausschließlich auf die Verletzung *kommerzieller Interessen* gestützt wurde. Die tiefe innere Widersprüchlichkeit des klägerischen Vorbringens mit dem moralischen Anspruch eines Außenministers wird auch in diesem Punkte noch einmal ganz deutlich.

ff) Auf die Frage der *Vermarktungsfähigkeit* und *Vermarktungsbereitschaft* von JF, auf die der Kläger nach dem im Urteil mitgeteilten Sachverhalt ausweichend geantwortet hatte, kommt es für die Entscheidung dieses Falles nicht an, weil ein *rechtswidriger* und damit unbefugter Eingriff in die *kommerziellen Interessen* gar nicht vorliegt und die Frage für die Verletzung *ideeller Interessen* nicht relevant ist.

⁵² BGH 143, 214, 232 = AfP 2000, 356 - Marlene I; BGH AfP 2006, 559 Tz 12.

⁵³ Nach München NJW-RR 2003, 767 darf in die Berechnung der Lizenzgebühr kein *Strafzuschlag* eingerechnet werden. Die gegenteilige Auffassung (*Beuthien*, NJW 2003, 1220) beruht wohl auf einer verfehlten Analogie zu Fällen der Körperverletzung, in denen Schmerzensgeld (§ 253) zusätzlich zum Ersatz des materiellen Schadens verlangt werden kann. Der Eingriff in durch das APR geschützte Interessen kann aber nicht gleichzeitig als Verletzung ideeller Interessen begriffen und als Vermarktung kommerzieller Interessen zu Gelde gemacht werden.

⁵⁴ Vgl. BGH 30, 17, 18 - Caterina Valente; Taupitz, in: Jochen Taupitz/Gerda Müller, Rufausbeutung nach dem Tode: Wem gebührt der Profit?, 2002, S.42 f; Helle, JZ 2007, ... Fn. 14, 17.