

Interessenausgleich durch fiktive Lizenzen?

Ein Beitrag zur Lizenzanalogie im besonderen Kontext des Persönlichkeitsrechts

Von SVEN VETTER, Berlin¹

A. Einleitung

Die kommerzielle Verwertung der Persönlichkeit, genauer gesagt «des Bildes, des Namens und anderer kennzeichnender Persönlichkeitsmerkmale»² erscheint mit einem Blick in die heutige Medienlandschaft als Selbstverständlichkeit. Produktempfehlungen prominenter Persönlichkeiten in der Werbung und die Vermarktung bestimmter, mit einer Persönlichkeit in Zusammenhang stehender Produkte sind allgegenwärtig und werden als sog. Endorsement und (Personality) Merchandising bereits mit eigenen Begriffen beschrieben.³ Dabei ist die kommerzielle Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen kein neues Phänomen,⁴ weshalb auch die rechtliche Behandlung dessen bereits Gegenstand zahlreicher kontroverser Diskussionen gewesen ist, angefangen bei der Rechtsnatur und Übertragbarkeit kommerziell nutzbarer Persönlichkeitsmerkmale⁵ über die Ausgestaltung der Rechtsfolgen im Fall einer unerlaubten Nut-

¹ Der Verfasser ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Axel Metzger LL.M. (Harvard), Humboldt-Universität zu Berlin, und am Josef Kohler-Forschungsinstitut für Immaterialgüterrecht.

² BGH GRUR 2000, 709 (709) – *Marlene Dietrich*.

³ Endorsement wird definiert als Werbung mit einer Persönlichkeit, wohingegen beim Merchandising die Persönlichkeit den wesentlichen Inhalt des Produkts bildet, vgl. *Schertz* AfP 2000, 495 (495); *Lober/Weber* ZUM 2003, 658 (668).

⁴ Siehe RGZ 74, 308 (309) – *Graf Zeppelin*; *Büchler* AcP 206 (2006), 300 (307); *Seemann*, Prominenz als Eigentum. Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitschutz, 1996, S. 37 ff.

⁵ Siehe nur *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 173 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 57 f.; *Helle* AfP 2013, 288 (294 ff.).

zung durch Dritte⁶ bis hin zu der Konstruktion eines postmortalen Persönlichkeitsrechts⁷.

Unter anderem aufgrund der Tatsache, dass sich im deutschen Privatrecht bis heute weder eine ausdrückliche Regelung zum sog. allgemeinen Persönlichkeitsrecht in seiner klassischen Gestalt noch zu einem die vermögenswerten Interessen schützenden sog. kommerziellen Persönlichkeitsrecht findet,⁸ hat dieser Bereich des Rechts seine Eigenschaft als besonders beliebtes Spielfeld wissenschaftlicher Auseinandersetzungen nicht verloren. Im Gegenteil gilt gerade wegen der «neuen Herausforderungen einer multimedialen Welt»⁹, die zu einer stetig wachsenden Bedeutung der im Raum stehenden Fragen geführt haben, auch weiterhin die Feststellung von *Ohly*: «Eine Arbeit zum Persönlichkeitsrecht wäre eine schlechte Arbeit, wenn sie nicht auch Anlass zur Kontroverse gäbe.»¹⁰

Die Kommerzialisierung von «Persönlichkeitsgütern»¹¹, des «Images einer Person»¹², der «Persona»¹³ oder «materialisierte[r] Persönlichkeitsdetails»¹⁴, wie die Persönlichkeitsmerkmale je nach ihrer rechtlichen Einordnung bezeichnet werden, hat durch die Wei-

⁶ Siehe nur *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 268; *Wandtk* GRUR 2000, 942 (947 ff.).

⁷ Besonders anschaulich *Helle* JZ 2007, 444 (452), bezugnehmend auf BGH GRUR 2000, 709 (709 ff.) – *Marlene Dietrich*: «Die Pandorabüchse von Zweifelsfragen aus dieser Konstruktion».

⁸ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 825 f.; *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 1; *Wagner* ZEuP 2000, 200 (200): «Das deutsche Recht des Persönlichkeitsschutzes ist seit jeher eine Schöpfung der Rechtsprechung».

⁹ So bereits *Wandtk* GRUR 2000, 942 (942); vgl. auch *Schertz* NJW 2013, 721 (721): «In kaum einem Bereich des gesellschaftlichen Lebens haben sich die faktischen Gegebenheiten nicht zuletzt durch technische Entwicklungen so epochal verändert wie im Bereich Individuum und Öffentlichkeit.»

¹⁰ *Ohly* GRUR Int. 1998, 827 (828).

¹¹ *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte. Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, 1999, S. 27.

¹² *Beuthien* NJW 2003, 1220 (1221).

¹³ *Magold*, Personenmerchandising. Der Schutz der Persona im Recht der USA und Deutschlands, 1994, S. 7 ff.

¹⁴ *Ullmann* AfP 1999, 209 (210); *Weichert* NJW 2001, 1463 (1467).

terentwicklung und zunehmende Nutzung des Internets allein innerhalb der vergangenen zehn Jahre ein neues Ausmaß erreicht. Vor allem prominenten Persönlichkeiten bietet das Internet heute nicht nur eine Plattform zur Selbstverwirklichung, sondern auch zur Selbstdarstellung.¹⁵ Sie präsentieren sich in den verschiedenen sozialen Netzwerken der Öffentlichkeit und erzielen dabei Reichweiten, die für klassische Presseerzeugnisse unerreichbar scheinen. Die Zahlen ihrer «Followers» und «Likes» reichen inzwischen bis über hundert Millionen und lassen einen nur erahnen, welchen wirtschaftlichen Wert damit einhergehend einzelne Persönlichkeitsmerkmale erreichen können.¹⁶ Bei der heutigen, nicht mehr zu überblickenden Vielfalt an Informationen ist gerade diese Eigenschaft bekannter Persönlichkeiten, die Aufmerksamkeit der Rezipienten auf sich zu ziehen, besonders wertvoll, speziell in der medialen Berichterstattung und in der Werbung.¹⁷

Angesichts der herausragenden Bedeutung kommerziell nutzbarer Persönlichkeitsmerkmale stellt sich nicht nur die drängende Frage nach ihrer rechtlichen Einordnung, sondern vor allem auch nach einem wirksamen Schutz vor der unerlaubten Nutzung durch Dritte. Ähnlich wie bei den Immaterialgüterrechten wird die Schutzbedürftigkeit durch die leichte Verletzlichkeit, die sich aus der unkörperli-

¹⁵ *Ohly* AfP 2011, 428 (431).

¹⁶ Anhand der für das soziale Netzwerk Facebook charakteristischen «Likes» lässt sich erkennen, wie viele Nutzer eine bestimmte Seite mit «Like» bzw. «Gefällt mir» markiert und damit die auf dieser Seite veröffentlichten Mitteilungen abonniert haben. Die Anzahl der für den Mikroblogging-Dienst Twitter charakteristischen «Followers» zeigt, wie viele Nutzer jeweils die Beiträge eines anderen Nutzers abonniert haben. So kommt z.B. der Fußballspieler Cristiano Ronaldo als eine der beliebtesten Persönlichkeiten in den sozialen Medien derzeit auf insgesamt 109,1 Millionen «Likes» und 40,2 Millionen «Followers», Tendenz weiter steigend. Das damit verbundene Werbepotenzial ist längst kein Geheimnis mehr, und so vermag es nicht zu überraschen, wenn Ronaldo in den sozialen Medien neben dem neusten Schuhmodell seines Ausrüsters unter anderem eine eigene Unterwäschekollektion präsentiert (Stand der Angaben: 1. Februar 2016).

¹⁷ *Schubert*, Der Wert des Individuums im deutschen und französischen Privatrecht. Schutz und Nutzung des wirtschaftlichen Wertes der Persönlichkeit im Rechtsvergleich, 2006, S. 2.

chen Natur ergibt, noch erhöht.¹⁸ Gegenstand des vorliegenden Beitrags sollen daher die Fragen sein, unter welchen Voraussetzungen Betroffene Schadensersatzansprüche geltend machen können und wie die Höhe des Schadens im Einzelfall zu bemessen ist.

Dazu ist es notwendig, zunächst auf die Begründung und darauf aufbauend die Rechtsnatur des kommerziellen Persönlichkeitsrechts einzugehen. Dessen rechtliche Existenz stellt im Gegensatz zur beschriebenen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Realität keine Selbstverständlichkeit dar. Trotz den in diesem Zusammenhang berühmten Entscheidungen des BGH zum Persönlichkeitsrecht der verstorbenen Schauspielerin Marlene Dietrich im Jahr 1999,¹⁹ die als Grundsatzentscheidungen zugunsten eines Schutzes auch kommerzieller Interessen durch das Persönlichkeitsrecht gewertet werden,²⁰ wird die «Kommerzialisierung der Persönlichkeit»²¹ mitunter weiterhin kritisch gesehen.²²

Ausgehend von der Begriffs- und Inhaltsbestimmung sollen anschließend der Anspruch auf Schadensersatz und die verschiedenen Methoden der Schadensbemessung im Mittelpunkt der Betrachtung stehen. Dabei soll vor allem die Methode der sog. Lizenzanalogie als praktisch bedeutsamste²³ behandelt werden. Ziel ist es, Antworten zu finden auf die Fragen, wie die fiktive Lizenzgebühr im Einzelfall zu ermitteln ist und ob die Zusprechung eines der Prävention dienenden Verletzerzuschlags angemessen und damit geboten ist.

¹⁸ Vgl. *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220 (228); *Loewenheim* ZHR 1971, 97 (115 f.).

¹⁹ BGH GRUR 2000, 709 (709 ff.) – *Marlene Dietrich*; BGH GRUR 2000, 715 (715 ff.) – *Der blaue Engel*.

²⁰ *Ullmann* WRP 2000, 1049 (1053): «epochemachend»; *Reber* ZUM 2004, 708 (709); *Helle* AfP 2009, 14 (14).

²¹ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 57.

²² *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 57 f.; *Peifer* GRUR 2009, 567 (567).

²³ *Wandtke*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, S. 453; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 282.

B. Rechtliche Einordnung des kommerziellen Persönlichkeitsrechts

Um eine Analyse der Rechtsfolgen einer kommerziellen Persönlichkeitsrechtsverletzung durchführen zu können, muss das schützenswerte Interesse zunächst in rechtlicher Form konkretisiert und damit handhabbar gemacht werden. Die Feststellung des BGH, dass es dem Persönlichkeitsrecht wegen seiner Eigenart als Rahmenrecht an einem absoluten Schutzbereich fehle und der Schutzbereich jeweils durch eine Abwägung mit den schutzwürdigen Interessen der anderen Seite bestimmt werden müsse,²⁴ zeigt bereits die Schwierigkeit, wenn nicht gar Unmöglichkeit, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein klar umrissenes Recht auf kommerzielle Selbstbestimmung zu etablieren. Grundlegend zu unterscheiden sind zunächst das verfassungsrechtliche und das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht, wobei Letzteres nicht ohne seine grundrechtliche Prägung gedacht werden kann.

I. Verfassungsrechtliches Persönlichkeitsrecht

Den ersten Ansatzpunkt zur näheren Bestimmung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner Bestandteile bilden das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Garantie der Menschenwürde, die in Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG ihre rechtliche Verankerung an der Spitze der Verfassung gefunden haben.²⁵ Der BGH stellte im Jahr 1954 in der berühmten *Leserbriefe*-Entscheidung erstmals fest, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen

²⁴ BGH GRUR 2007, 139 (141) – *Rücktritt des Finanzministers*; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht. Das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes, 1991, S. 6: «Die Schwäche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht von Geburt an in seiner Konturlosigkeit, in seiner generalklauselartigen Weite und Unbestimmtheit.»

²⁵ Hierzu grundlegend BGH GRUR 1955, 197 (197 ff.) – *Leserbriefe*; BGH GRUR 1955, 201 (204) – *Cosima Wagner*.

werden müsse.²⁶ Zwar ist heute allgemein anerkannt, dass die Grundrechte keine unmittelbare Wirkung zwischen Privatpersonen entfalten, sondern in erster Linie als Abwehrrechte des Einzelnen zum Schutz vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen fungieren und schon deshalb zwischen einem verfassungsrechtlichen und einem zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht unterschieden werden muss.²⁷ Seine Verbundenheit mit dem Verfassungsrecht hat das unmittelbar zwischen Privatpersonen wirkende zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht jedoch keinesfalls verloren, was sich schon daran erkennen lässt, dass die verfassungsrechtlichen Normen in der zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage stets mitzitiert werden.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Ausstrahlungswirkung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts bei der Auslegung und Fortbildung zivilrechtlicher Generalklauseln zu beachten ist, wozu insbesondere auch das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht dient.²⁹

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht schützt «die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen»³⁰ und enthält ein Recht auf Selbstbewahrung, ein Recht auf Selbstdarstellung und ein Recht auf Selbstbestimmung.³¹ Vor allem das Recht des Einzelnen, sich zurückzuziehen, sich abzusichern, für sich zu bleiben und in Ruhe gelassen zu werden, lässt

²⁶ BGH GRUR 1955, 197 (198) – *Leserbriefe*: «Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetetes Grundrecht angesehen werden (...).»

²⁷ Hierzu grundlegend BVerfG NJW 1958, 257 (257 ff.) – *Lüth*; BVerfG NJW 1973, 1221 (1221 ff.) – *Soraya*; *Sprau*, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 84.

²⁸ Siehe etwa BGH GRUR 2008, 1124 (1124 ff.) – *Zerknitterte Zigaretenschachtel*.

²⁹ BVerfG NJW 1958, 257 (257 ff.) – *Lüth*; BVerfG NJW 1973, 1226 (1227) – *Lebach*; *Jarass* NJW 1989, 857 (862).

³⁰ BVerfG NJW 1980, 2070 (2070) – *Eppler*.

³¹ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Band 1, 73. Lieferung 2015, Art. 2 Rn. 147 ff.

sich mit dem in den USA anerkannten Right of Privacy vergleichen, dessen wesentlicher Gehalt in dem «right to be alone» besteht.³² Verstärkt wird der Schutz durch Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 7 EU-GR-Charta, die jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz bzw. Kommunikation verleihen. Es zeigt sich hierin der primäre Zweck des Persönlichkeitsrechts, dem Einzelnen einen negativ abwehrenden Schutz vor rechtswidrigen Eingriffen in seinen persönlichen Lebensbereich zu ermöglichen.³³ In einem räumlich vorstellbaren Modell werden verschiedene Sphären dieses Bereichs unterschieden und je nachdem, ob die Geheim-, Intim-, Privat-, Sozial- oder Öffentlichkeitssphäre betroffen ist, verschiedene Schutzmaßstäbe angelegt.³⁴ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auf diese Weise die ideellen Interessen einer Person, insbesondere den Wert- und Achtungsanspruch der Persönlichkeit.³⁵

Dieser sich am Privatsphärenschutz orientierenden Entwicklung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts kann nicht entnommen werden, dass auch das Begehren, die eigene Person möglichst exklusiv und umfassend vermarkten zu können, rechtlich geschützt ist.³⁶ Wenn das Bundesverfassungsgericht zudem feststellt, dass der verfassungsrechtliche Privatsphärenschutz «nicht im Interesse einer Kommerzialisierung der eigenen Person gewährleistet» sei,³⁷ könnte man darin gar eine ausdrückliche Absage an ein derar-

³² Götting GRUR Int. 1995, 656 (657).

³³ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 181; Müller VersR 2000, 797 (800): «Zudem ist das Persönlichkeitsrecht nach seiner Grundkonstruktion ein Abwehrrecht, durch das die Persönlichkeit gegen Beeinträchtigungen von außen geschützt werden soll.»

³⁴ Vgl. Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 268 ff.; Burckhardt, in: Wenzel (Begr.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Aufl. 2003, S. 157 ff.; kritisch zur «Argumentation mit solchen um eine Person liegenden Schutzkreisen» Rixecker, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 12.

³⁵ Boksanyi/Koehler, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 132.

³⁶ BGH GRUR 2006, 252 (254 f.) – *Postmortaler Persönlichkeitsschutz*; Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 174.

³⁷ BVerfG GRUR 2000, 446 (450) – *Caroline von Monaco*.

tiges Verständnis sehen. Jedoch ist der Kontext, in dem diese Feststellung getroffen wurde, zu berücksichtigen. Zu Recht wollte das Bundesverfassungsgericht in dem konkreten Fall darauf hinweisen, dass sich eine Person, die bestimmte, gewöhnlich als privat geltende Angelegenheiten öffentlich macht, etwa indem sie Exklusivverträge über die Berichterstattung aus ihrer Privatsphäre abschließt, nicht gegenüber anderen Medien auf den Schutz ihrer Privatsphäre berufen und so die Berichterstattung über die eigene Person monopolisieren kann.³⁸ Eine generelle Absage an den Schutz auch kommerzieller Interessen durch das Persönlichkeitsrecht liegt darin jedoch nicht.

Außerdem stellte das Bundesverfassungsgericht bei der Prüfung der *Marlene-Dietrich*-Rechtsprechung fest, dass der Gesetzgeber und die Zivilgerichte grundsätzlich nicht daran gehindert seien, den Schutz des Persönlichkeitsrechts weiter auszubauen als verfassungsrechtlich geboten, solange sie hierbei gegenläufige Grundrechtspositionen Dritter wahren.³⁹ Wenn also ein Schutz kommerzieller Interessen durch das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht nicht geboten ist, so ist er nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest erlaubt.⁴⁰

II. Zivilrechtliches Persönlichkeitsrecht

Es stellt sich daher die Frage, ob das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht in seiner grundrechtlichen Prägung auch dem Schutz kommerzieller Interessen dient, wie dies vom BGH angenommen wird.⁴¹ Das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht und seine besonderen Aus-

³⁸ *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 4; *Schubert*, Der Wert des Individuums im deutschen und französischen Privatrecht. Schutz und Nutzung des wirtschaftlichen Wertes der Persönlichkeit im Rechtsvergleich, 2006, S. 17 f.

³⁹ BVerfG GRUR 2006, 1049 (1050) – *Werbekampagne mit blauem Engel*.

⁴⁰ *Muckel* JA 2007, 664 (665); *Helle* AfP 2013, 288 (297).

⁴¹ BGH GRUR 2000, 709 (711 f.) – *Marlene Dietrich*, mit Hinweis auf BGH GRUR 1956, 427 (429) – *Paul Dahlke*, wo das Recht am eigenen Bild bereits als ein «vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht» bezeichnet wird.

prägungen, wie insbesondere das Namensrecht oder das Recht am eigenen Bild, die in § 12 BGB und in den §§ 22 ff. KUG bereits lange vor der Entstehung des Grundgesetzes eigene gesetzliche Normierungen gefunden haben,⁴² dienen in erster Linie dem Schutz ideeller Interessen.⁴³ Diese sind von den kommerziellen Interessen abzugrenzen.

1. Schutz ideeller Interessen

Das Persönlichkeitsrecht ist die rechtliche Garantie eines «autonomen Bereich[s] der eigenen Lebensgestaltung»⁴⁴. Achtung und Schutz der menschlichen Würde sowie das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gebieten es, den Einzelnen vor einer Gefährdung seiner immateriellen Integrität und Selbstbestimmung zu schützen und ihm eine individuelle Entwicklung unter Ausschluss anderer zu ermöglichen.⁴⁵ Eine Verletzung der Ehre oder Identität muss ebenso wenig hingenommen werden wie eine Veröffentlichung persönlicher Geheimnisse oder eine verfälschte Darstellung der Person in der Öffentlichkeit.⁴⁶

Bei einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung kann ein Anspruch auf Entschädigung immaterieller Beeinträchtigungen geltend gemacht werden.⁴⁷ Dieser wird als Anspruch sui generis unmittelbar auf den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG zurückgeführt und damit begründet, dass an-

⁴² *Fricke*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 1 ff.; *Schertz*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 12 Rn. 2.

⁴³ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 174; *Helle JZ* 2007, 444 (452).

⁴⁴ BGH GRUR 1996, 923 (925) – *Caroline von Monaco II*.

⁴⁵ *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 2.

⁴⁶ *Rixecker*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 35; *Boksanyi/Koehler*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 132.

⁴⁷ BGH GRUR 2005, 179 (180) – *Tochter von Caroline von Hannover*.

derenfalls Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen «häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde».⁴⁸ Die Besonderheit des Anspruchs liegt darin, dass nicht der Schadensausgleich, sondern die Genugtuung des Opfers im Vordergrund steht.⁴⁹ Die Geldentschädigung soll ausdrücklich auch der Prävention dienen und einen «echten Hemmungseffekt» auslösen.⁵⁰ Zudem kann der Grad des Verschuldens bei der Bemessung der Anspruchshöhe berücksichtigt werden,⁵¹ was dem deutschen Schadensersatzrecht wegen des Prinzips der sog. Totalreparation⁵² ansonsten fremd ist.

Schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit muss ein solcher Anspruch besonderen Voraussetzungen unterliegen. Der BGH fordert eine besonders schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung, die sich nicht in anderer Weise befriedigend ausgleichen lässt.⁵³ Die unerlaubte Verwendung einzelner Merkmale einer Person zu kommerziellen Zwecken kann für sich betrachtet diese Hürde noch nicht nehmen.⁵⁴ Zudem dient der Geldentschädigungsanspruch dem Ausgleich ideeller Beeinträchtigungen, wohingegen derjenige, dessen Persönlichkeitsmerkmale ohne seine Zustimmung zu Werbezwecken verwendet werden, regelmäßig nicht die Verletzung seiner Ehre geltend macht, sondern damit argumentiert, dass er der Verwendung wenn überhaupt nur gegen Zahlung eines Entgelts zugestimmt hätte.

⁴⁸ BGH GRUR 2014, 693 (698) – *Sächsische Korruptionsaffäre*; v. Pentz AfP 2013, 20 (27).

⁴⁹ BGH GRUR 1962 105 (106 f.) – *Ginsengwurzel*; BGH GRUR 1963, 490 (493) – *Fernsehansagerin*; Hager JA 2014, 627 (628).

⁵⁰ BGH GRUR 1995, 224 (229 f.) – *Erfundenes Interview*.

⁵¹ Müller, in: Göting/Schertz/Seitz (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, § 51 Rn. 20; Gounalakis NJW 2014, 2000 (2002).

⁵² Teichmann, in: Jauernig (Begr.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. 2015, Vor. § § 249–253 Rn. 2: «Für die Höhe des Ersatzes gilt das Prinzip der sog. Totalreparation («Alles-oder-Nichts-Prinzip»): Der Schädiger hat alle Schäden, auch außergewöhnlich hohe, ohne Abstufung etwa nach dem Grad des Verschuldens oder den Vermögensverhältnissen der Beteiligten zu ersetzen.»

⁵³ BGH GRUR 1970, 370 (372 f.) – *Nachtigall*; BGH GRUR 1972, 97 (98) – *Liebestropfen*; Sajuntz NJW 2015, 595 (600).

⁵⁴ Kritisch hierzu Boksanyi/Koehler, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), *Praxishandbuch Medienrecht*. Band 4, *Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht*, 3. Aufl. 2014, S. 134 f.

Damit stellt sich die Frage, ob das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht auch dem Schutz kommerzieller Interessen dient und unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Ersatz eines materiellen Schadens zu gewähren ist.

2. Schutz kommerzieller Interessen

Eine gewisse «instinktive moralische Resistenz»⁵⁵ gegen die Kommerzialisierung persönlicher Merkmale – insbesondere vor dem Hintergrund einer immer schonungsloseren Vermarktung selbst des engsten persönlichen Lebensbereichs in der modernen Medienwelt – ist das Ergebnis reflektierter Beobachtung. Die Kritik an einem um die kommerziellen Interessen erweiterten Schutzbereich mag zudem mit Rücksicht auf den primären Zweck des Persönlichkeitsrechts, dem Betroffenen ein Mittel zur Abwehr ideeller Beeinträchtigungen zu gewähren, durchaus nachvollziehbar sein. Die Nichtanerkennung eines Schutzes auch kommerzieller Interessen käme jedoch einer Nichtanerkennung der beschriebenen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Realität gleich. Aufgabe des Rechts sollte es nicht sein, eine seit Jahrzehnten fortschreitende Entwicklung durch überzogenen staatlichen Paternalismus zu bremsen oder gar rückgängig zu machen,⁵⁶ was ohnehin kaum möglich scheint. Vielmehr sollte die Rechtsordnung einen Rahmen für jene Realität bieten, der dem Einzelnen die Verwertungsfreiheit gewährleistet und im Einzelfall den angestrebten Ausgleich gegenüberstehender Interessen ermöglicht.⁵⁷

⁵⁵ *Byung*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts. Eine grundlagenorientierte Studie, 2009, S. 183.

⁵⁶ Vgl. *Ohly*, in: Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 2005, S. 109; *Unsel* GRUR 2011, 982 (984).

⁵⁷ Vgl. BGH GRUR 2000, 709 (713) – *Marlene Dietrich*: «Zum anderen ist zu bedenken, daß die Rechtsordnung hinsichtlich der Vermarktung rechtlich geschützter Positionen kein starres System bildet, an dem sich die Wirklichkeit orientieren müßte. Vielmehr kommt dem Recht neben der nicht zu bestreitenden Aufgabe, durch Wertentscheidungen vorgegebene Grenzen zu setzen, auch eine dienende Funktion zu, indem es einen Ordnungsrahmen auch für neue Formen der Vermarktung bieten muß, die im

Während über die Schutzwürdigkeit auch kommerzieller Interessen weitgehend Einigkeit herrscht, gehen die Meinungen über die rechtliche Konstruktion eines solchen Schutzes auseinander.⁵⁸ Rechtsvergleichend wird dabei insbesondere das US-amerikanische Right of Publicity in den Blick genommen, sei es um nach seinem Vorbild eine Lösung für das deutsche Persönlichkeitsrecht zu konstruieren oder um im Rahmen einer Abgrenzung die bestehenden Unterschiede hervorzuheben.⁵⁹ Das Right of Publicity ist als vererbliches und translativ übertragbares Intellectual Property Right von dem bereits angesprochenen Right of Privacy, das dem Schutz der Privatsphäre dient und nicht übertragbar ist, zu trennen.⁶⁰ Dieser dualistische Ansatz ist darauf zurückzuführen, dass die Rechtsprechung bei prominenten Persönlichkeiten, die sich freiwillig in die Öffentlichkeit begaben, einen konkludenten Verzicht auf das Right of Privacy annahm und daher eine Schutzlücke entstand, die geschlossen werden musste.⁶¹ Neben dieser im Vergleich zur Rechtslage in Deutschland unterschiedlichen Ausgangssituation dürfte auch die amerikanische Mentalität der Offenheit⁶², die sich nicht zuletzt durch einen tendenziell freizügigeren Umgang mit persönlichen Daten zeigt, als Begründungsansatz taugen.

Interesse sowohl des Vermarkters als auch desjenigen liegen, der eine solche Vermarktung seiner Person gestatten möchte.»

⁵⁸ Siehe nur die Darstellung der verschiedenen Grundlinien bei *Götting*, in: *Götting/Lauber-Rönsberg* (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*, 2010, S. 23 f.

⁵⁹ *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen. Ansatz einer Systembildung, 2002, S. 169 ff.; *Freitag*, Die Kommerzialisierung von Darbietung und Persönlichkeit des ausübenden Künstlers, 1993, S. 71 ff.; *Seemann*, Prominenz als Eigentum. Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, 1996, S. 69 ff.; *Wagner* ZEuP 2000, 200 (218 ff.); *Götting* GRUR 2004, 801 (805); *Koos* GRUR 2004, 808 (813 f.); *Büchler* AcP 206 (2006), 300 (318 ff.).

⁶⁰ Ausführlich hierzu *Götting* GRUR Int. 1995, 656 (656 ff.).

⁶¹ *Peukert* ZUM 2000, 710 (718 f.); *Büchler* AcP 206 (2006), 300 (319).

⁶² Vgl. v. *Gerlach* AfP 2001, 1 (6): «Die amerikanische Mentalität ist, im Gegensatz zu der vieler Europäer, von einer geradezu schonungslosen Offenheit in allen Dingen gekennzeichnet, die das öffentliche Interesse betreffen.»

Trotz diesen Unterschieden werden auch für das deutsche Recht dualistische Ansätze für das Persönlichkeitsrecht vorgeschlagen.⁶³ Vermögenswerte Positionen sollen danach aus dem Persönlichkeitsrecht herausgelöst und als Immaterialgüterrechte gestaltet werden können, entweder an einzelnen abgrenzbaren Persönlichkeitsaspekten⁶⁴ oder als frei übertragbares Recht am Persönlichkeitsbild⁶⁵. Diese Ansichten verkennen jedoch die Wechselbeziehung und Verflochtenheit kommerzieller und ideeller Interessen, die einer strikten Trennung entgegenstehen.⁶⁶ Die persönlichkeitsrechtliche Komponente ist noch dominanter, und die Verflochtenheit tritt in noch stärkerem Maße hervor als beim Urheberrecht, für das der deutsche Gesetzgeber einen dualistischen Ansatz ablehnte.⁶⁷ Auch dem scheinbar abgrenzbaren einzelnen Bild einer Person haftet ein ideelles Interesse des Abgebildeten an. Überdies ist ein dualistischer Ansatz nicht mit einer fortdauernden Sicherung der Selbstbestimmung zu vereinbaren, da diese durch den Rechtsübergang verloren ginge.⁶⁸

Deshalb wird überwiegend⁶⁹ ein monistischer Ansatz nach dem Vorbild des Urheberrechts bevorzugt, um das kommerzielle Persön-

⁶³ *Klippel*, Der zivilrechtliche Schutz des Namens. Eine historische und dogmatische Untersuchung, 1985, S. 497 ff.; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte. Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, 1999, S. 25 ff.; *Ullmann AfP* 1999, 209 (209 ff.); wohl auch *Koos GRUR* 2004, 808 (813 f.).

⁶⁴ *Ullmann AfP* 1999, 209 (210), spricht mit Hinweis auf *Schlechtriem*, in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976, S. 454, von «materialisierten Persönlichkeitsdetails».

⁶⁵ *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte. Erlösherausgabe statt nur billige Entschädigung in Geld, 1999, S. 16 ff.

⁶⁶ *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 10 Rn. 11; *Kläver ZUM* 2002, 205 (209); *Schubert AfP* 2007, 20 (24).

⁶⁷ Gegen eine «schizophrene Dichotomie von ideellem und kommerziellem Persönlichkeitschutz» daher *Götting*, in: *Götting/Lauber-Rönsberg* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht, 2010, S. 24.

⁶⁸ *Götting GRUR* 2004, 801 (805); *Büchler AcP* 206 (2006), 300 (343).

⁶⁹ *Forkel GRUR* 1988, 491 (493 ff.); *Magold*, Personenmerchandising. Der Schutz der Persona im Recht der USA und Deutschlands, 1994, S. 511 ff.; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 275 ff.; *Schertz*, Merchandising. Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, 1997, Rn. 377 ff.; *Ohly*, in: *Perspektiven des Geistigen*

lichkeitsrecht, das nach der Rechtsprechung des BGH als «vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht»⁷⁰ anzusehen ist, gleichwohl in eine dem Eigentum oder den Immaterialgüterrechten vergleichbare Position zu erheben. Diese Lösung wurde durch die zivilrechtliche Rechtsprechung bestärkt und vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erachtet.⁷¹

Auf den ersten Blick mag damit jede weitere Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur des kommerziellen Persönlichkeitsrechts überflüssig erscheinen. Die monistische Konstruktion reagiert auf die Schwächen des dualistischen Ansatzes und ermöglicht die selbstbestimmte Verwertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale. Der Schutz ideeller Interessen wird durch ein unauflöslich mit der Person ihres Trägers verbundenes höchstpersönliches Recht geschützt, das unverzichtbar und unveräußerlich, also nicht übertragbar und auch nicht vererblich ist.⁷² Möglich ist danach nur eine gebundene, konstitutive Übertragung einzelner Persönlichkeitsmerkmale, die mit der Einräumung von Nutzungsrechten an einem urheberrechtlich geschützten Werk gem. § 31 UrhG vergleichbar ist.⁷³ Zudem ließen sich ein Zustimmungserfordernis für die Erteilung von Unterlizenzen nach dem Vorbild des § 34 UrhG sowie Rückrufsrechte wegen Nichtausübung oder gewandelter Überzeugung, wie sie in den §§ 41, 42 UrhG normiert sind, etablieren, um den Schutz der Persönlichkeit zu stärken.⁷⁴ In der Konsequenz logisch wäre auch eine Anwendung der im Urheberrecht anerkannten Methoden der Schadensbemessung, zu denen die fiktive Lizenzgebühr gehört.

Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 2005, S. 109 f.; *Wandtke* KUR 2003, 144 (148); *Unsel*d GRUR 2011, 982 (985 ff.).

⁷⁰ So bereits BGH GRUR 1956, 427 (429) – *Paul Dahlke*.

⁷¹ BVerfG GRUR 2006, 1049 (1050) – *Werbekampagne mit blauem Engel*; BGH GRUR 2000, 709 (709) – *Marlene Dietrich*; OLG Hamburg ZUM 2004, 309 (311) – *Oliver Kahn*.

⁷² BGH GRUR 1968, 552 (554) – *Mephisto*; BGH GRUR 2014, 702 (703) – *Berichterstattung über trauernden Entertainer*; *Diederichsen* JURA 2008, 1 (7).

⁷³ *Götting*, in: *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, 2008, § 10 Rn. 16; *Forkel* GRUR 1988, 491 (493 ff.).

⁷⁴ *Rixecker*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 44.

In einer aus diesen Erkenntnissen erwachsenden Euphorie neigt man jedoch leicht dazu, die Tatsache, dass dieser Lösungsansatz ein Kind reiner Rechtsfortbildung ist, zu vergessen. Bei einer kritischen Betrachtung wird man feststellen müssen, dass der Anerkennung verkehrsfähiger vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts die gesetzliche Grundlage fehlt.⁷⁵

Allein aus der Faktizität einer wirtschaftlichen Verwertung lässt sich noch kein persönlichkeitsbezogenes Immaterialgüterrecht begründen.⁷⁶ Dem steht Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG entgegen, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt werden. Das auch durch die Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Urheberrecht⁷⁷ hat eine solche gesetzliche Grundlage gefunden, das Persönlichkeitsrecht bisher nicht. Es wird durch den Deliktstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Anders als bei den dort genannten Rechtsgütern indiziert aber ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nicht die Rechtswidrigkeit.⁷⁸ Diese muss im Rahmen einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung festgestellt werden.⁷⁹ Das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht ist de lege lata ein Rahmenrecht, gekennzeichnet durch einen offenen Tat-

⁷⁵ Grundlegend hierzu *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 207 ff., auf der «Suche nach einer Legitimation für richterliche Zuordnungsentscheidungen»; vgl. auch *Ohly*, in: Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, S. 109, der in der *Marlene-Dietrich*-Entscheidung «einen großen Schritt hin zur Anerkennung eines gesetzlich nicht vorgesehen Immaterialgüterrechts» sieht.

⁷⁶ Vor einer «zirkulär angelegte[n] Argumentation mit der Normativität des Faktischen» warnt *Büchler* AcP 206 (2006), 300 (330); siehe auch *Peukert* ZUM 2000, 710 (713).

⁷⁷ BVerfG NJW 2003, 1655 (1656) – *Urheberrechtlicher Schadensersatzprozess*: «Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellen das Urheberrecht und die mit ihm verbundenen Nutzungsrechte Eigentum i.S.v. Art. 14 GG dar.»

⁷⁸ BGH GRUR 2007, 168 (169) – *kinski.klaus.de*; *Gounalakis* NJW 2014, 2000 (2001 f.).

⁷⁹ BGH NJW 2010, 2728 (2728) – *Walter Sedlmayr*; BGH GRUR 2014, 693 (696) – *Sächsische Korruptionsaffäre*; *Sprau*, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 95.

bestand und einen negativ abwehrenden und nicht positiv zuweisenden Charakter.⁸⁰

Auch der Versuch, ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht mit allgemeinen Rechtsprinzipien oder naturrechtlichen Erwägungen zu begründen, vermag nicht zu gelingen.⁸¹ Insbesondere das Argument, der Wert der Persönlichkeitsmerkmale sei ein Verdienst persönlicher Leistung und solle daher von der Rechtsordnung dem Leistungserbringer zugeschrieben werden,⁸² überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Bei Sportlern, Künstlern oder Schauspielern mag dies noch gerechtfertigt erscheinen, bei Personen, die in den Prominentenstatus hineingeboren wurden, oder berühmt gewordenen Straftätern versagt das Leistungsargument hingegen.⁸³

Das bedeutet nicht, dass ein Ausschließlichkeitsrecht *de lege ferenda* ausgeschlossen ist. Die Schaffung eines solchen Rechts ist jedoch eine politische Entscheidung, die gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG der Gesetzgeber zu treffen hat, da jede Einräumung eines neuen Ausschließlichkeitsrechts stets auch eine Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit aller übrigen Bürger bedeutet und daher einer besonderen Rechtfertigung bedarf.⁸⁴ Angesichts der gefestigten Rechtsprechung mag ein solches Vorhaben nicht notwendig erscheinen. Eine gewisse Skepsis ob der Tatsache, dass einem immaterialgüterrechtlichen Ansatz für das Persönlichkeitsrecht *intra ius* der Boden fehlt, ist jedoch angebracht.

⁸⁰ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 181; zustimmend Peifer AcP 210 (2010), 763 (768); Helle AfP 2013, 288 (288 ff.); siehe auch Schack UFITA 2010 II, 515 (520), der gleichfalls die «Hypertrophie der Schutzrechte» beklagt.

⁸¹ Grundlegend hierzu Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 730 ff.

⁸² Vgl. BGH GRUR 1968, 652 (653) – *Ligaspieler*; BVerfG GRUR 2006, 1049 (1050) – *Werbekampagne mit blauem Engel*.

⁸³ Siehe Wagner GRUR 2000, 717 (718 f.), der dennoch am Leistungsargument festhält; Byung, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts. Eine grundlagenorientierte Studie, 2009, S. 75 f.; Helle AfP 2010, 438 (440).

⁸⁴ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 716; Sosnitza JZ 2004, 992 (993); vgl. dagegen Ohly, in: Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, 2005, S. 118: «Nicht jede Lückenfüllung durch die Rechtsprechung stellt zugleich eine verfassungsrechtlich bedenkliche Usurpation gesetzgeberischer Kompetenzen dar.»

Diese Skepsis scheint im Widerspruch zu der erklärten Notwendigkeit eines rechtlichen Ordnungsrahmens für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung zu stehen. Allerdings ist zu bedenken, dass der Schutz ideeller und zugleich kommerzieller Interessen nicht zwingend ein kommerzielles Persönlichkeitsrecht in der Form eines vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechts voraussetzt, sondern die kommerzielle Verwertung seit je «als ein Reflex der von der Rechtsordnung gewährten Abwehrrechte gegenüber einer unbefugten Verwendung»⁸⁵ möglich ist.

Einzelne Persönlichkeitsmerkmale können auch im Rahmen nur schuldrechtlich wirkender Gestattungsverträge verwertet werden⁸⁶ – und zwar sowohl zu Lebzeiten des Rechtsträgers als auch postmortal⁸⁷. Diese Lösung wird teilweise als unbefriedigend angesehen, da der Lizenznehmer kein Nutzungsrecht erhält, das er weiterübertragen könnte, ihm kein Verbotsrecht gegenüber Dritten zusteht und seine Rechtsposition keinen Sukzessionsschutz genießt.⁸⁸ Zwar ist nicht zu leugnen, dass die Position des Verwerter bei einer nur schuldrechtlichen Gestattung eine deutlich schwächere ist. Jedoch kann im Rahmen vertraglicher Gestaltungsfreiheit auf bestehende Schwächen reagiert werden. Möglich ist etwa die Vereinbarung einer Einziehungsermächtigung oder einer gewillkürten Prozessstandschaft, die den Verwerter in die Lage versetzen, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts außergerichtlich und im Prozess in eigenem

⁸⁵ BGH GRUR 2000, 709 (712) – *Marlene Dietrich*.

⁸⁶ *Habermann*, in: v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1, Neubearbeitung 2013, § 12 Rn. 112 f.; *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 816 f.; *Helle AfP* 2013, 288 (288): «Dass das kommerzielle Persönlichkeitsrecht in Gestalt schuldrechtlicher Lizenzen vermarktet werden kann, ist unstrittig.»

⁸⁷ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 833 f.; zustimmend *Helle AfP* 2013, 288 (296): «Können die Wahrnehmungsberechtigten [die kommerzielle Nutzung der Persönlichkeitsmerkmale] verbieten, können sie sie auch – wenn dies nicht die Interessen des Verstorbenen verletzt – erlauben. Dann ist es nur folgerichtig, ihnen (...) den Schadensersatzanspruch in Gestalt der fiktiven Lizenz zuzuerkennen.»

⁸⁸ *Schertz*, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 44 Rn. 15; *Unsel'd GRUR* 2011, 982 (983).

Namen verfolgen zu können.⁸⁹ Außerdem kann sich der Verwerter vertraglich die Exklusivität der Vermarktung zusichern lassen,⁹⁰ verbunden etwa mit einer Vertragsstrafe bei Verletzung der entsprechenden Vertragspflicht. Gerechtfertigte Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht hat er darüber hinaus ohnehin zu dulden, sodass eine vollständig exklusive Nutzung nicht in Betracht kommt. Eine Unterlizenzierung wäre bei der Anerkennung eines vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechts nach urheberrechtlichem Vorbild ebenfalls von der Zustimmung des Lizenzgebers abhängig, wodurch sich die gegenüberstehenden Positionen im Ergebnis weiter annähern.

Da ein Sukzessionsschutz nicht gewährt werden kann und der Verwerter ein höheres Risiko trägt, müssten geringere Vergütungen wohl hingenommen werden.⁹¹ Umgekehrt bedeutet die nur schuldrechtlich wirkende Gestattung aber eine dauerhafte Bewahrung der Selbstbestimmung des Einzelnen, der keinen zwangsweisen Zugriff auf sein Persönlichkeitsrecht im Rahmen einer Einzel- oder Gesamtvollstreckung befürchten muss.⁹²

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht unabhängig von seiner Rechtsnatur nicht nur den Schutz ideeller, sondern auch den Schutz kommerzieller Interessen gewährleistet. Eine Vermarktung persönlicher Merkmale ist auch ohne die Anerkennung eines vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechts möglich. Damit ist der Grundstein für die weitere Untersuchung gelegt. Diese soll sich mit der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Schutzes kommerzieller Interessen befassen.

⁸⁹ Nach RGZ 87, 147 (149 f.) – *Lanolin*, und BGH GRUR 1993, 151 (152) – *Universitätssymbol*, ist die gewillkürte Prozessstandschaft im Hinblick auf das Namensrecht zulässig; siehe auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 837; zustimmend *Helle* AfP 2013, 288 (292).

⁹⁰ Vgl. *Beater*, in: Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, Band 12, 13. Aufl. 2005, Anh. IV § 823 Rn. 149: «Exklusivitätsvereinbarungen».

⁹¹ *Byung*, Der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Persönlichkeitsrechts. Eine grundlagenorientierte Studie, 2009, S. 187; *Fromlowitz*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eine vergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung, des Inhalts, des postmortalen Schutzes und der Übertragbarkeit, 2014, S. 211.

⁹² *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 837.

C. Rechtsfolgen der kommerziellen Persönlichkeitsrechtsverletzung

Die folgende Darstellung der Rechtsfolgen soll auf das Zivilrecht und eine kurze Vorstellung der dort vorhandenen Anspruchsgrundlagen beschränkt bleiben. Im Vordergrund wird der Anspruch auf Ersatz eines materiellen Schadens stehen, um anschließend die praktisch äußerst relevante Frage nach der Anspruchshöhe in den Blick nehmen zu können.

I. Ansprüche des Betroffenen

Bei einer Verletzung kommerzieller Interessen kann der Betroffene Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung und Unterlassung geltend machen, die auf eine entsprechende Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB oder bei einer Verletzung des Namensrechts auch auf § 12 BGB gestützt werden.⁹³ Diese Ansprüche allein bringen noch kein befriedigendes Ergebnis. Es besteht zusätzlich das Bedürfnis, den erlittenen Schaden zu kompensieren.

Die Suche nach einer passenden Anspruchsgrundlage führt in das Deliktsrecht. Das Persönlichkeitsrecht wird trotz den dargestellten strukturellen Unterschieden gegenüber dem Eigentumsrecht als ein «sonstiges Recht» i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.⁹⁴ Dem steht entgegen, dass mit einem «sonstigen Recht» nur außerhalb des Deliktsrechts normierte Ausschließlichkeitsrechte nach dem Vorbild des Sacheigentums gemeint sein können.⁹⁵ Die deliktsrechtliche Rechtsposition des Betroffenen lässt sich jedoch im Rahmen einer ausnahmsweisen Überwindung des normierten Enumerationsprinzips erreichen, die ihre Legitimation durch den verfassungsrechtlichen

⁹³ Rixecker, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 249; v. Hutten, in: Götting/Schertz/Seitz (Hrsg.), Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 47 Rn. 1 ff.

⁹⁴ BGH GRUR 1968, 552 (554 f.) – *Mephisto*; *Sprau*, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 84.

⁹⁵ Vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 607; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 159.

Auftrag zum Schutz des persönlichen Lebensbereichs und zur Sicherung eigenverantwortlicher Selbstbestimmung erhält.⁹⁶ Daher wird die Anspruchsgrundlage durch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG vervollständigt. Das Deliktsrecht dient in seiner übergeordneten Gesamtfunktion der «Abgrenzung individueller Interessenkreise durch Aufstellung und Durchsetzung allgemeiner Rechtspflichten» und nicht dem «Schutz individueller Interessen am exklusiven Haben», woraus sich ein – freilich eng umgrenzter – Entwicklungs- und Handlungsspielraum der Judikative ableiten lässt.⁹⁷ Danach ist ein deliktsrechtlicher Anspruch wegen schuldhafter Verletzung des Persönlichkeitsrechts de lege lata auch dann möglich, wenn man das Persönlichkeitsrecht nicht als eigentumsähnliches Ausschließlichkeitsrecht und damit als «sonstiges Recht» ansieht. Zudem ist ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 22, 23 Abs. 2 KUG bzw. § 12 BGB zu prüfen, da diese Normen den Schutz des Rechts am eigenen Bild und des Namensrechts und somit letztlich der Persönlichkeit bezwecken.⁹⁸

Sofern man davon ausgeht, dass bereits die anzuerkennende Verwertungsmöglichkeit dem Betroffenen einen vermögenswerten Vorteil, also «etwas» i.S.v. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB positiv zuweist, ist auch an einen Anspruch aus Eingriffskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zu denken.⁹⁹ Der Anspruch setzt im Gegensatz zum Anspruch auf Schadensersatz kein Verschulden voraus und führt – seine Anwendbarkeit vorausgesetzt – zu einem Anspruch auf Wertersatz i.S.v. § 818 Abs. 2 BGB.¹⁰⁰ Bei der Bemessung des zu

⁹⁶ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 255.

⁹⁷ Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 796 ff.

⁹⁸ Vgl. BVerfG ZUM 2009, 479 (479) – *Fiktive Lizenzgebühr*; Specht, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 5. Aufl. 2015, KUG § 50 Rn. 16.

⁹⁹ So BGH GRUR 1992, 557 (558) – *Joachim Fuchsberger*; Balthasar ZUM 2005, 874 (874); Helle AfP 2013, 288 (291); dagegen Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 462 f.

¹⁰⁰ BGH GRUR 2007, 139 (140) – *Rücktritt des Finanzministers*; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Hrsg.), Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 3. Aufl. 2013, §§ 33–50 KUG Rn. 28.

leistenden Wertersatzes kann wie bei der Schadensbemessung auf die fiktive Lizenzgebühr abgestellt werden.¹⁰¹

Schließlich wird überwiegend¹⁰² auch ein Anspruch auf Gewinnabschöpfung gem. §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB für anwendbar erklärt. Wenn man allerdings davon ausgeht, dass es sich bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht um eine deliktsrechtliche Rechtsposition handelt, deren Verletzung nur deliktsrechtliche Ansprüche nach sich zieht, ist es konsequent, einen solchen Anspruch abzulehnen.¹⁰³

Für die Beteiligten stellt sich insbesondere die Frage nach der Bemessung der Anspruchshöhe. Hierauf soll nun im Hinblick auf den deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch näher eingegangen werden.

II. Die drei Methoden der Schadensbemessung

Als Ausgangspunkt der Schadensbemessung können zunächst die allgemeinen Regelungen der §§ 249 ff. BGB herangezogen werden. Da eine einmal geschehene Verletzung des Persönlichkeitsrechts schon wegen des Zeitablaufs kaum rückgängig und somit grundsätzlich nicht im Wege der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB kompensiert werden kann, bleibt dem Betroffenen nur der Anspruch auf Geldersatz, der sich in der Regel nach dem entgangenen Gewinn i.S.v. § 252 BGB bemisst.¹⁰⁴ Diese Methode der Schadensbemessung hat den Nachteil, dass der Betroffene den Nachweis für den entgangenen Gewinn erbringen muss, der trotz den Beweiserleichterungen durch § 252 S. 2 BGB und § 287 Abs. 1 ZPO teilweise mit hohen Anforderungen verbunden ist.¹⁰⁵

¹⁰¹ BGH GRUR 2009, 1085 (1089) – *Wer wird Millionär?*

¹⁰² Rixecker, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 287; Wandtke GRUR 2000, 942 (950); Wagner ZEuP 2000, 200 (224).

¹⁰³ So Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 526.

¹⁰⁴ Vgl. Bodewig/Wandtke GRUR 2008, 220 (224).

¹⁰⁵ BGH GRUR 1959, 430 (433) – *Caterina Valente; Burckhardt*, in: Wenzel (Begr.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Aufl. 2003, S. 956; Heermann GRUR 1999, 625 (626).

Im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz stellt sich die Situation ähnlich dar. Dort werden seit über 100 Jahren zwei weitere Bemessungsmethoden von der Rechtsprechung berücksichtigt und gewohnheitsrechtlich anerkannt, die es dem Betroffenen erlauben, wahlweise den sog. Verletzergewinn herauszuverlangen oder eine fiktive Lizenzgebühr zu fordern.¹⁰⁶ Beide Methoden sind europarechtlich vorgeschrieben und in die entsprechenden Gesetze aufgenommen worden.¹⁰⁷

Bei der Schadensbemessung anhand des Verletzergewinns ist zu prüfen, welchen Gewinn der Verletzer durch die Verletzung erzielt hat. Nach ständiger Rechtsprechung liegt dieser Bemessungsmethode die Fiktion zugrunde, dass der Betroffene den gleichen Gewinn hätte erzielen können wie der Verletzer.¹⁰⁸

Bei der Lizenzanalogie wird der Schaden auf der Grundlage des Betrages berechnet, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er eine Benutzungserlaubnis eingeholt hätte. Dahinter steht der Gedanke, dass der Verletzer letztlich nicht besser stehen soll als ein redlicher Lizenznehmer.¹⁰⁹

Bei den Bemessungsmethoden handelt es sich nicht um verschiedene Anspruchsgrundlagen, sondern um verschiedene Ansätze zur Bestimmung einer angemessenen Kompensation für den durch die Verletzung des Persönlichkeitsrechts entstandenen Schaden.¹¹⁰ Die Ansätze stehen in einem Alternativverhältnis und können zu unter-

¹⁰⁶ RGZ 35, 63 (67 ff.) – *Ariston; Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 390.

¹⁰⁷ Siehe Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und Art. 45 TRIPS. Die einzelnen Umsetzungen finden sich in § 97 Abs. 2 S. 2, 3 UrhG, § 42 Abs. 2 S. 2, 3 DesignG, § 14 Abs. 6 S. 2, 3 MarkenG, § 139 Abs. 2 S. 2, 3 PatG und § 24 Abs. 2 S. 2, 3 GebrMG.

¹⁰⁸ Vgl. BGH GRUR 1973, 478 (480) – *Modeneuheit; Meier-Beck* GRUR 2005, 617 (617).

¹⁰⁹ BGH GRUR 1956, 427 (429) – *Paul Dahlke*; BGH GRUR 1982, 286 (287 f.) – *Fersenabstützvorrichtung*.

¹¹⁰ Vgl. BGH GRUR 1972, 189 (190) – *Wandsteckdose II; Wandtke*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, S. 450.

schiedlichen Ergebnissen führen, weshalb dem Kläger im Verletzungsprozess ein Wahlrecht zusteht.¹¹¹

Die dreifache Schadensbemessung ist zu Recht seit langem auch bei kommerziellen Persönlichkeitsrechtsverletzungen anerkannt.¹¹² Dazu ist es nicht, wie häufig angenommen,¹¹³ erforderlich, das Persönlichkeitsrecht als Ausschließlichkeitsrecht zu qualifizieren. Vielmehr bestehen andere Parallelen zwischen den Immaterialgüterrechten und dem Persönlichkeitsrecht. Eine Gemeinsamkeit liegt etwa in der leichten Verletzlichkeit der Rechtspositionen, die ein erhöhtes Schutzbedürfnis begründet.¹¹⁴ Nicht zu unterschätzen ist auch die Schwierigkeit, in einer nicht mehr zu überblickenden Vielfalt an Informationen auf Verletzungsfälle überhaupt aufmerksam zu werden.¹¹⁵ Außerdem ist der konkrete Schaden, wie bereits festgestellt, meist nicht exakt zu beziffern. Die dreifache Schadensbemessung stellt daher keine auf Ausschließlichkeitsrechte beschränkte Rechtsfolge dar, «sondern kann auf Verstöße gegen deliktsrechtliche Verhaltensnormen ausgedehnt werden, deren Schäden aus denselben Gründen wie bei Immaterialgüterrechtsverletzungen nur schwer bezifferbar sind.»¹¹⁶

D. Die fiktive Lizenzgebühr bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

In der Praxis entscheiden sich die Betroffenen häufig für die fiktive Lizenzgebühr, da sie hierbei in geringerem Maße auf Informationen aus der Sphäre des Verletzers angewiesen sind als bei den anderen

¹¹¹ BGH GRUR 1962, 509 (511) – *Dia-Rähmchen II*; *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220 (229).

¹¹² BGH GRUR 1956, 427 (429) – *Paul Dahlke*.

¹¹³ So etwa BGH GRUR 1990, 1008 (1009) – *Lizenzanalogie*: «Die Schadensberechnung auf der Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr ist überall dort zulässig, wo die Überlassung von Ausschließlichkeitsrechten zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrüblich ist.»

¹¹⁴ *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 95; *Loewenheim* ZHR 1971, 97 (115 f.).

¹¹⁵ Vgl. *Loewenheim* ZHR 1971, 97 (117).

¹¹⁶ *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 384 f.

Methoden.¹¹⁷ Diese soll nun im Kontext des Persönlichkeitsrechts in den Blick genommen werden.

I. Besondere Voraussetzungen der Lizenzanalogie

In der *Herrenreiter*-Entscheidung aus dem Jahr 1958 stellte der BGH erstmals fest, dass die Zusprechung einer fiktiven Lizenzgebühr «dann nicht in Betracht kommen könne, wenn feststehe, dass der Abgebildete die Verwendung seines Bildes zu Werbezwecken aus besonderen Gründen niemals gestattet hätte».¹¹⁸ Diese sog. «*Herrenreiter*-Doktrin»¹¹⁹, die in der Folge ständiger Rechtsprechung¹²⁰ entsprach, wurde in der Entscheidung *Rücktritt des Finanzministers* im Jahr 2006 zu Recht aufgegeben.¹²¹

Das Argument, dass der Betroffene zu widersprüchlichem Verhalten gezwungen sei, wenn er einerseits die Vermarktung seiner Persönlichkeit stets abgelehnt hatte, sich dann aber darauf berufen müsse, dass sein Persönlichkeitsmerkmal ein wirtschaftlich verwertbares Gut darstelle,¹²² überzeugt nicht. Ein ersatzfähiger Schaden entsteht bereits dadurch, dass der Verletzer in das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen eingreift, ohne dass es hierbei auf eine Vermarktungsbereitschaft ankommt.¹²³ Der nicht zur Vermarktung bereite Betroffene hätte ohne das schädigende Ereignis zwar keinen Vermögenszuwachs erzielt, er hätte jedoch grundsätzlich die Möglichkeit dazu gehabt. Die persönliche Ent-

¹¹⁷ *Boksanyi/Koehler*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 135; *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 285.

¹¹⁸ BGH GRUR 1958, 408 (409) – *Herrenreiter*.

¹¹⁹ *Helle JZ* 2007, 444 (444).

¹²⁰ BGH GRUR 1959, 430 (434) – *Caterina Valente*; BGH GRUR 1979, 732 (734) – *Fußballtor*; vgl. auch *Götting*, in: Götting/Lauber-Rönsberg (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht, 2010, S. 17.

¹²¹ BGH GRUR 2007, 139 (140 f.) – *Rücktritt des Finanzministers*; zustimmend *Balthasar NJW* 2007, 664 (664 ff.); dagegen *Helle JZ* 2007, 444 (445 ff.).

¹²² BGH GRUR 1979, 732 (734) – *Fußballtor*; *Helle JZ* 2007, 444 (449).

¹²³ *Boksanyi/Koehler*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 138 f.; dagegen *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 828.

scheidungsfreiheit wurde ihm durch den Eingriff in sein Selbstbestimmungsrecht genommen, was unter Berücksichtigung der Verletzungsempfindlichkeit des Persönlichkeitsrechts nicht sanktionslos bleiben darf.¹²⁴ Nicht die Person selbst entscheidet über den Wert ihres Bildes, ihres Namens oder ihrer Stimme, sondern der Markt, auf dem diese Merkmale nachgefragt werden.¹²⁵

Ebenso kann sich der Verletzer nicht darauf berufen, dass er von einer entgeltlichen Nutzung Abstand genommen hätte oder dass er keinen Gewinn erzielt hat.¹²⁶ Für die Anspruchs begründung ist auch unbedeutend, ob die Persönlichkeit, in deren Recht eingegriffen wurde, prominent ist, wenngleich der materielle Schadensersatzanspruch bei Personen, die nicht öffentlich bekannt sind und deren Persönlichkeitsmerkmale einen vergleichsweise geringen Marktwert haben, nicht sehr hoch sein wird.¹²⁷

II. Die fiktive Lizenzgebühr zwischen Ausgleich und Prävention

Das deutsche Schadensersatzrecht dient in erster Linie dem Ausgleich eines erlittenen Schadens und nicht der Sanktion des Schädigers.¹²⁸ Dass dies rechtsvergleichend keine Selbstverständlichkeit darstellt, zeigen etwa die entsprechenden urheberrechtlichen Regelungen in Österreich¹²⁹ und Polen¹³⁰ sowie nicht zuletzt der aus den

¹²⁴ Vgl. *Götting*, in: Schrickler (Begr.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 60/§§ 33–50 KUG Rn. 13; *Wandtke* KUR 2003, 144 (148).

¹²⁵ *Boksanyi/Koehler*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 138 f.

¹²⁶ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 780.

¹²⁷ Vgl. dagegen BGH GRUR 1958, 408 (409) – *Herrenreiter*; wie hier *Götting*, in: Schrickler (Begr.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 60/§§ 33–50 KUG Rn. 11.

¹²⁸ *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, Vor. § 249 Rn. 2; *Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 395.

¹²⁹ Gem. § 87 Abs. 3 des österreichischen UrhG kann der Verletzte, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre, als Ersatz des ihm schuldhaft zugefügten Vermögensschadens grundsätzlich das Doppelte des ihm gebührenden Entgelts begehren.

¹³⁰ Art. 79 Abs. 1 Nr. 3 lit. b des polnischen UrhG schrieb als Schadensersatz bei Urheberrechtsverletzungen bisher das Zweifache, im Falle schuldhafter Begehung sogar das Dreifache einer unter normalen Lizenzbedingungen angemessenen Vergütung vor,

USA¹³¹ bekannte Strafschadensersatz (sog. punitive damages), der über den bloßen Ausgleich eines Schadens regelmäßig weit hinausgeht und auf diese Weise eine abschreckende Wirkung erzielen soll.

In Deutschland ist eine pauschal doppelte Lizenzgebühr bisher nur der Verwertungsgesellschaft GEMA wegen Verletzung der von ihr wahrgenommenen Rechte der öffentlichen Musikwiedergabe gewährt worden.¹³² Begründet wird dies mit den beträchtlichen Kosten des von der GEMA zu unterhaltenden Überwachungsapparates, der einen solchen Ausgleich rechtfertige.¹³³

Zu Recht wird im Hinblick auf die fiktive Lizenzgebühr bedauert, dass es lohnende Geschäftsmodelle für vorsätzliche Verletzer geben kann, wenn diese bei zusätzlich geringem Entdeckungsrisiko nur zu befürchten haben, dem Betroffenen die übliche Lizenzgebühr, die etwa anhand von vergleichbaren Vertragswerken, Honorarordnungen, Tarifen, Verbandsempfehlungen und anderen Regelwerken bestimmt werden kann, entrichten zu müssen.¹³⁴ Berücksichtigt man zudem die leichte Verletzlichkeit des Persönlichkeitsrechts, so ist der Forderung nach einer stärkeren Präventionswirkung zuzustimmen.¹³⁵

Das Strafrecht kann eine solche Präventionswirkung nicht entfalten. Zwar ist etwa die unerlaubte Verwendung eines Bildes gem.

vgl. GRUR Int. 2013, 163 (163) – *Dreifach-Schadensersatz*. Insofern besonders interessant ist ein aktuelles Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 23. Juni 2015 (Az. SK 32/14), in dem das Gericht feststellte, dass diese Regelung den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletze und zu weit in die Vermögensfreiheit des Verletzers eingreife, weshalb sie nun seit dem 1. Juli 2015 nicht weiter angewendet werden darf.

¹³¹ Siehe *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220 (223 ff.), mit weiteren rechtsvergleichenden Beispielen.

¹³² Siehe hierzu und zur berechtigten Kritik *Wandtke*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, S. 456.

¹³³ BGH GRUR 1973, 379 (379 ff.) – *Doppelte Tarifgebühr*; *Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Ditttrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 395.

¹³⁴ *J. B. Nordemann*, in: Fromm/Nordemann (Begr.), Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl. 2014, § 97 Rn. 99; *Wandtke* KUR 2003, 144 (149).

¹³⁵ Vgl. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, S. 95: «Aufgrund ihrer Immaterialität bedarf die Persönlichkeit mithin in besonderem Maße eines präventiv wirkenden Schutzes.»

§ 33 Abs. 1 KUG auch unter Strafe gestellt. Die praktische Relevanz derartiger Normen bleibt jedoch gering.¹³⁶ Auch scheint das Strafrecht als Ultima Ratio nicht den passenden Ansatzpunkt zu bieten, um die gewünschte Verhaltenssteuerung in einem Bereich wirtschaftlicher Wechselbeziehungen zu erreichen.

Es werden daher pauschale Verletzerzuschläge in verschiedener Höhe diskutiert, um eine Präventionswirkung zu erreichen.¹³⁷ Teilweise wird zwischen der üblichen und einer angemessenen Lizenzgebühr unterschieden¹³⁸ – eine Unterscheidung, die bisher leider noch nicht ausreichend Beachtung erhält, wenn synonym von einer «üblichen und angemessenen Lizenzgebühr»¹³⁹ die Rede ist.

1. Abgrenzung der angemessenen von der üblichen Lizenzgebühr

Wenn man davon ausgeht, dass der Verletzer nicht besser, aber auch nicht schlechter stehen darf als ein redlicher Lizenznehmer,¹⁴⁰ die übliche Lizenzgebühr also gewissermaßen das Äquivalent zum konkreten Schaden darstellen soll, versperrt man sich die Erkenntnis, dass die fiktive Lizenzgebühr nur einen «abstrakten Wertausgleich»¹⁴¹, eine «fiktive Rechtskonstruktion»¹⁴² darstellt. Sie entspricht gerade nicht notwendig dem konkreten Schaden im technischen Sinn, zumal dieser ohnehin kaum beziffert werden kann, sondern bietet einen ersten Anhaltspunkt bei der Bestimmung eines angemessenen Ausgleichs für den durch die Persönlichkeitsrechtsverletzung erlittenen

¹³⁶ v. *Strobl-Albeg*, in: Wenzel (Begr.), Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch des Äußerungsrechts, 5. Aufl. 2003, S. 536; *Götting*, in: Schrickler (Begr.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 60/§§ 33–50 KUG Rn. 1.

¹³⁷ Vgl. *Kochendörfer* ZUM 2009, 389 (391 f.).

¹³⁸ *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220 (228).

¹³⁹ So etwa BGH GRUR 2006, 136 (137) – *Pressefotos*.

¹⁴⁰ BGH GRUR 1962, 509 (513) – *Dia-Rähmchen II*; BGH GRUR 2006, 143 (146) – *Catwalk*; diesen Grundsatz für überholt hält *Wild*, in: Schrickler (Begr.), Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 97 Rn. 159; kritisch auch *Heermann* GRUR 1999, 625 (629 f.); *Tetzner* GRUR 2009, 6 (8 f.).

¹⁴¹ *Wagner* GRUR 2000, 717 (718).

¹⁴² *Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 396.

Schaden. Nach diesem Verständnis ist die übliche Lizenzgebühr nicht mehr und nicht weniger als der Startpunkt für die Schätzung der Schadenshöhe, der angemessenen Lizenzgebühr. Ausgehend von der Feststellung, dass der Schaden vom Gericht geschätzt werden muss und nicht konkret berechnet werden kann, erscheint es angemessen, den durchweg verwendeten Ausdruck der «Schadensberechnung» durch den der «Schadensbemessung» zu ersetzen, um dieser Besonderheit Ausdruck zu verleihen.

Zu Recht wird in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums aus Gründen der mit einer Schätzung verbundenen Rechtsunsicherheit für den Bereich der Immaterialgüterrechte eine «Ausgleichsentschädigung für den Rechtsinhaber auf objektiver Grundlage» gefordert. Auch für das Persönlichkeitsrecht sind objektive Maßstäbe heranzuziehen, um die Schätzung nachvollziehbar zu gestalten. Lizenzerhöhend berücksichtigt werden sollte insbesondere die Freiheit des Verletzers, der im Vergleich zum redlichen Lizenznehmer keinen vertraglichen Beschränkungen, wie etwa Qualitätsvorgaben, besonderen Buchführungs- und Rechnungslegungsverpflichtungen oder allgemeinen Vermarktungsvorgaben, unterliegt.¹⁴³ Des Weiteren sind die Rechtsverfolgungskosten des Betroffenen einzubeziehen, wurden diese doch gerade durch die Rechtsverletzung verursacht.¹⁴⁴ Im Einzelfall können darüber hinaus auch die Intensität und das Ausmaß des Eingriffs, etwa anhand des Aufmerksamkeitswerts und des Verbreitungsgrades der Werbung, berücksichtigt werden.¹⁴⁵ Hat eine Person bisher nur für medizinische oder gesundheitsfördernde Produkte geworben und wird diese Person nun ohne ihre Zustimmung in einer Werbung für Zigaretten dargestellt, kann ein sog. «Markt-

¹⁴³ Vgl. Kochendörfer ZUM 2009, 389 (393 f.); Tetzner GRUR 2009, 6 (11 f.).

¹⁴⁴ Vgl. v. Wolff, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 97 Rn. 83.

¹⁴⁵ BVerfG ZUM 2009, 479 (479) – *Fiktive Lizenzgebühr*; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Hrsg.), Urheberrecht, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, 3. Aufl. 2013, §§ 33–50 KUG Rn. 19; Wandtke, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, S. 455.

verwirrungsschaden»¹⁴⁶ entstehen, der sich negativ auf die Reputation und damit auf den Marktwert der Persönlichkeitsmerkmale auswirkt.¹⁴⁷

Keine Beachtung bei der Bemessung der Schadenshöhe sollte dagegen der Grad des Verschuldens erfahren.¹⁴⁸ Würde man vorsätzlich vorgenommene Verletzungshandlungen im Vergleich zu lediglich fahrlässigem Verhalten durch eine Erhöhung der Lizenzgebühr sanktionieren, so liefe dies auf einen als Strafe angelegten Schadensersatz hinaus, der sowohl nach europäischem als auch nach deutschem Recht zu vermeiden ist.¹⁴⁹

Aufbauend auf der Erkenntnis, dass manche Faktoren immer, andere im Einzelfall lizenz erhöhend berücksichtigt werden sollten, ist es konsequent, die übliche Lizenzgebühr als «Mindestschaden» zu qualifizieren.¹⁵⁰ Die angemessene Lizenzgebühr wäre in aller Regel höher als die übliche Lizenzgebühr und würde nicht nur der Kompensation, sondern auch der Prävention dienen. Hinzu käme, dass kumulativ ein Anspruch auf Geldentschädigung anwendbar wäre, wodurch die Präventionswirkung insbesondere für zugleich ehrverletzende unerlaubte Nutzungen noch verstärkt würde.¹⁵¹ Faktisch ergäbe sich ein Verletzerzuschlag, der in seiner Höhe abhängig wäre

¹⁴⁶ Vgl. *Spuhler/Vykydal*, in: Hasselblatt (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, Gewerblicher Rechtsschutz, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 128 f.

¹⁴⁷ Die von *Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 399, beanstandete Verquickung von Vermögens- und Nichtvermögensschaden findet dabei nicht statt. Zu berücksichtigen wäre für den materiellen Schadensersatz der verringerte Marktwert als Vermögensschaden und nicht die Rufschädigung als Nichtvermögensschaden.

¹⁴⁸ *Wandtke* GRUR 2000, 942 (946 f.); *Tetzner* GRUR 2009, 6 (13); dagegen v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 460 (465).

¹⁴⁹ Gem. Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums wird ausdrücklich nicht die Einführung einer Verpflichtung zu einem als Strafe angelegten Schadensersatz bezweckt.

¹⁵⁰ So *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann* (Begr.), Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl. 2014, § 97 Rn. 96; *Wandtke*, in: Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag, 2000, S. 398.

¹⁵¹ Für die Kumulationsmöglichkeit etwa *Wagner* ZEuP 2000, 200 (221 ff.); *Wandtke* KUR 2003, 144 (150).

von den Umständen des Einzelfalls. Der Verletzer stünde somit schlechter als ein redlicher Lizenznehmer, ohne dass der Betroffene dadurch besser stünde oder «belohnt» würde. Dieses Ergebnis ist nur scheinbar paradox, da der Betroffene einen angemessenen Ausgleich für den Eingriff in sein wirtschaftliches Selbstbestimmungsrecht erhält.

Hieran anknüpfend ist zu prüfen, ob der im Einzelfall zu bestimmende Verletzerzuschlag unter dem Gesichtspunkt der Prävention die beste Lösung darstellt oder ob nicht – auch im Sinne einer erhöhten Rechtssicherheit – ein pauschaler Verletzerzuschlag erforderlich ist. Dabei ist die besondere Interessenlage im Kontext des Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen.

2. Besondere Interessenlage im Kontext des Persönlichkeitsrechts

Ein Lösungsansatz ist nur dann fruchtbar, wenn er die gegenüberstehenden Interessen in einen schonenden Ausgleich zu bringen vermag. Bei aller berechtigten Forderung nach einem verstärkten präventiven Schutz der leicht verletzlichen Persönlichkeit darf nicht vergessen werden, dass bei der Einführung präventiv wirkender Rechtsregeln stets auch die Gefahr einer «Überabschreckung»¹⁵², einer «Übermaßhaftung»¹⁵³ besteht. Dies gilt für das Persönlichkeitsrecht in besonderem Maße wegen der grundrechtlichen Dimension der zu entscheidenden Fälle. Daher bietet es sich an, die herkömmlich im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung vorzunehmende Abwägung grundrechtlich geschützter Interessen bei der Frage nach einem pauschalen Verletzerzuschlag zu berücksichtigen.

Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht kann gerechtfertigt sein, wenn das Interesse des Eingreifenden das Interesse des Betroffenen überwiegt. Das kommt auch in § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG zum Ausdruck, der das Einwilligungserfordernis aus § 22 S. 1 KUG entfallen lässt, wenn es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitge-

¹⁵² v. Ungern-Sternberg GRUR 2009, 460 (465).

¹⁵³ Wagner GRUR 2000, 717 (718), der auch zu Recht darauf hinweist, dass Persönlichkeitsrechte weniger deutlich vertypt sind als Immaterialgüterrechte.

schichte handelt. Als solche gelten auch Bilder, auf denen sog. absolute Personen der Zeitgeschichte¹⁵⁴ zu sehen sind. Die Abbildung kann ein allgemeines Informationsinteresse bedienen und durch die gem. Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 EMRK gewährleistete Presse- und Meinungsfreiheit gedeckt sein. Die gem. Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit kann zudem etwa die satirische Darstellung einer bekannten Person rechtfertigen.

Die Beziehung zwischen dem Persönlichkeitsrecht und der sog. Medienfreiheit ist durch ein Spannungsverhältnis gekennzeichnet, jedoch nicht notwendig durch Opposition.¹⁵⁵ Auch im Rahmen der Werbung kann die Verwendung von Persönlichkeitsmerkmalen im Interesse freier Meinungsäußerung oder künstlerischer Betätigung gerechtfertigt sein.¹⁵⁶ Die Schwierigkeit einer klaren Grenzziehung, die eine Abwägung erleichtern würde, zeigt sich am häufig zitierten Neologismus des «Infotainment[s]»¹⁵⁷, der zum Ausdruck bringt, dass zwischen bloßer Unterhaltung und schutzwürdiger Information häufig nicht mehr klar unterschieden werden kann. Besonders anschaulich wird die daraus resultierende Rechtsunsicherheit, wenn das OLG Hamburg feststellt, dass eine Rätselzeitschrift, auf deren Titelseite Günther Jauch abgebildet ist und die außer einer knappen Bildunterschrift keinen mit ihm in Zusammenhang stehenden redaktionellen Inhalt aufweist, «nur knapp die Qualität verfehl[e], die sie zu einem als redaktionelle Berichterstattung presserechtlich geschützten Beitrag machen würde».¹⁵⁸ Die Schwierigkeiten bei der Feststellung einer Rechtsverletzung dürfen nicht in die Schadensbemessung übertragen werden, da dies auf eine Berücksichtigung des Verschuldensgrades hinausläufe. Sie müssen aber abstrakt bei

¹⁵⁴ Zum Begriff siehe BGH GRUR 2007, 523 (524) – *Abgestuftes Schutzkonzept*.

¹⁵⁵ *Di Fabio* AfP 1999, 126 (130).

¹⁵⁶ BGH GRUR 2007, 139 (141) – *Rücktritt des Finanzministers*; *Kitzberger* ZUM 2011, 200 (200); *Decker* GRUR-Prax 2013, 17.

¹⁵⁷ *Rixecker*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1, 7. Aufl. 2015, Anh. § 12 Rn. 212; *Ladeur* ZUM 2000, 879 (882); *Frotscher* ZUM 2001, 555 (562).

¹⁵⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 22.12.2009, 7 U 90/06, Rn. 30 – *Wer wird Millionär?*

der Ausgestaltung der gewünschten Präventionswirkung beachtet werden.

Die bestehende Rechtsunsicherheit wird durch eine uneinheitliche Rechtsprechung¹⁵⁹ noch verstärkt. Während der BGH in der *Ligaspieler*-Entscheidung¹⁶⁰ beim Vertrieb von Sammelbildern mit Portraits von bekannten Fußballspielern ein vorrangiges Informationsinteresse nicht als gegeben ansah, nahm er ein solches in der *Fußballspieler*-Entscheidung¹⁶¹ für einen Fußballkalender mit Großaufnahmen einzelner Fußballspieler an. Während in der *Nena*-Entscheidung¹⁶² der Vertrieb von Fotos, T-Shirts, Schlüsselanhängern und ähnlichen Artikeln mit dem Bild der bekannten Sängerin untersagt wurde, befand der BGH in der Entscheidung *Abschiedsmedaille*¹⁶³, dass der unautorisierte Vertrieb einer Medaille mit dem Abbild des verstorbenen Politikers Willy Brandt durch das Informationsinteresse der Allgemeinheit gerechtfertigt werden könne. Während bei den unautorisierten Abbildungen von Günther Jauch und Boris Becker in den Entscheidungen *Wer wird Millionär?*¹⁶⁴ und *Der strauchelnde Liebling*¹⁶⁵ eine Persönlichkeitsrechtsverletzung angenommen wurde, da kein Bezug zwischen den Bildern und dem Inhalt des Presseerzeugnisses bestand, genügte in den Entscheidungen *Chris Revue*¹⁶⁶ und *Boris Becker*¹⁶⁷ bereits ein inhaltsarmer Beitrag in einer Kundenzeitschrift und die Vorstellung einer «individuelle[n] Lernmethode des Tennisspiels (...), die sich an den unterschiedlichen Schlagtechniken bekannter Tennisspieler orientiert», um die Abbildungen von Uschi Glas und Elmar Wepper bzw. Boris Becker auf den jeweiligen Titelseiten zu rechtfertigen. Schließlich räumte in

¹⁵⁹ Siehe *Schertz* AfP 2000, 495 (498); Beispiele aus der Rechtsprechung finden sich auch bei *Wanckel*, Foto- und Bildrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 286.

¹⁶⁰ BGH GRUR 1968, 652 (652 ff.) – *Ligaspieler*.

¹⁶¹ BGH GRUR 1979, 425 (425 ff.) – *Fußballspieler*.

¹⁶² BGH GRUR 1987, 128 (128 f.) – *Nena*.

¹⁶³ BGH GRUR 1996, 195 (195 ff.) – *Abschiedsmedaille*.

¹⁶⁴ BGH GRUR 2009, 1085 (1085 ff.) – *Wer wird Millionär?*

¹⁶⁵ BGH GRUR 2010, 546 (546 ff.) – *Der strauchelnde Liebling*.

¹⁶⁶ BGH NJW-RR 1995, 789 (789 f.) – *Chris Revue*.

¹⁶⁷ OLG Frankfurt a.M. NJW 1989, 402 (402 f.) – *Boris Becker*.

den Entscheidungen *Rücktritt des Finanzministers*¹⁶⁸ und *Zerknitterte Zigarettenschachtel*¹⁶⁹ erst der BGH der Meinungsfreiheit den Vorrang ein, nachdem das OLG Hamburg zuvor noch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Oskar Lafontaine und Prinz Ernst August von Hannover, deren Bild bzw. Name in der Werbung satirisch verarbeitet worden war, angenommen hatte. Eindeutig scheinen nur die Fälle zu sein, in denen offensichtlich der Eindruck entsteht, die betreffende Person empfehle das beworbene Produkt – etwa wenn Joachim Fuchsberger auf einem Foto ein bestimmtes Brillenmodell trägt¹⁷⁰ oder Gunter Sachs die Bild am Sonntag liest¹⁷¹ – wobei auch diese Feststellung nicht immer einfach zu treffen ist, da die Werbung in den Kontext der Berichterstattung eingebunden sein kann. Von einer einheitlichen, die Rechtssicherheit fördernden Rechtsprechung kann demnach keine Rede sein.

Es soll vorliegend nicht die schwierige Frage beantwortet werden, wann in derartigen Fällen eine Persönlichkeitsrechtsverletzung anzunehmen ist, wobei die konsequente Bildung von Fallgruppen durch die Rechtsprechung wünschenswert wäre.¹⁷² Vielmehr soll darauf hingewiesen werden, dass die bestehende Unsicherheit in Verbindung mit einem auf starke Prävention ausgerichteten Schadensersatzanspruch dazu führen könnte, dass Werbetreibende und Medienakteure das hohe Risiko von vornherein meiden und ihre Inhalte entsprechend anpassen. Eine solche Abschreckungswirkung wäre zu bedauern, wenn man bedenkt, dass gerade die unautorisierte Werbung mit Prominenten, in der nicht der Eindruck entsteht, die betreffende Person werbe für das Produkt, zu den kreativsten Formen des Kommentars und der Kritik gehört.¹⁷³ Die Entwicklung derarti-

¹⁶⁸ BGH GRUR 2007, 139 (139 ff.) – *Rücktritt des Finanzministers*.

¹⁶⁹ BGH GRUR 2008, 1124 (1124 ff.) – *Zerknitterte Zigarettenschachtel*.

¹⁷⁰ BGH GRUR 1992, 557 (557 ff.) – *Joachim Fuchsberger*.

¹⁷¹ BGH GRUR 2013, 196 (196 ff.) – *Playboy am Sonntag*.

¹⁷² Siehe etwa die Fallgruppenbildung durch *Schertz* AfP 2000, 495 (502 ff.).

¹⁷³ So *Seemann*, Prominenz als Eigentum. Parallele Rechtsentwicklungen einer Vermarktung der Persönlichkeit im amerikanischen, deutschen und schweizerischen Persönlichkeitsschutz, 1996, S. 260; vgl. auch *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 851.

ger Werbeformen «in Richtung einer geistreichen, meinungsbildenden Satire und weg von einer platten Wirtschaftswerbung»¹⁷⁴ würde zurückgedrängt. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass gerade in den USA oder in England, wo im Bereich der Pressebeichterstattung dem öffentlichen Interesse ein noch größerer Stellenwert in der Abwägung eingeräumt wird,¹⁷⁵ umgekehrt hohe Schadenssummen bei der Verletzung kommerzieller Persönlichkeitsrechte zugesprochen werden, was in sich widersprüchlich erscheint.

Schließlich findet sich auch kein überzeugender Begründungsansatz dafür, warum die fiktive Lizenzgebühr pauschal doppelt und nicht nur anderthalbmal oder gar dreimal so hoch sein sollte wie die übliche Lizenzgebühr. Das Argument, dass die Grenze für die noch redlicherweise zugelassene geforderte Gegenleistung gem. § 138 BGB beim Doppelten des Üblichen liege,¹⁷⁶ vermag allenfalls als Begründung dafür zu dienen, dass die angemessene Lizenzgebühr die doppelte übliche Lizenzgebühr nicht übersteigen darf. Dass sie aber in jedem Fall diese Höchstgrenze erreichen muss, ist damit nicht gesagt. Der Tatrichter könnte sich bei der gem. § 287 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden Schätzung an der einfachen und der doppelten üblichen Lizenzgebühr als Unter- und Obergrenze für die angemessene Lizenzgebühr orientieren und eine Anspruchshöhe bestimmen, die sich in diesem Rahmen wiederfindet. Damit wäre auch den im Kontext des Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigenden Interessen ausreichend Rechnung getragen.

E. Zusammenfassung

Nach alledem kann zu den in der Einleitung aufgeworfenen Fragen zusammenfassend Stellung bezogen werden.

Das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht, das mit dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1

¹⁷⁴ *Boksanyi/Koehler*, in: Wandtke/Ohst (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht. Band 4, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 149.

¹⁷⁵ Siehe v. *Gerlach* AfP 2001, 1 (6 f.); *Gounalakis* AfP 2001, 271 (272).

¹⁷⁶ *Bodewig/Wandtke* GRUR 2008, 220 (225).

Abs. 1 GG auf den Weg gebracht wurde, dient auch dem Schutz kommerzieller Interessen. Eine rechtliche Einordnung als Ausschließlichkeitsrecht ist hierfür nicht erforderlich. Die Faktizität zunehmender Vermarktung von kennzeichnenden Persönlichkeitsmerkmalen verlangt zwar nach einem rechtlichen Rahmen. Dieser kann jedoch auch ohne die Anerkennung vermögenswerter Ausschließlichkeitsrechte und die Möglichkeit einer zumindest gebundenen Übertragbarkeit konstruiert werden. Derartige Ausschließlichkeitsrechte werden von der Rechtsprechung und der Mehrheit in der Literatur angenommen, können sich jedoch de lege lata auf keinen überzeugenden Begründungsansatz stützen. Es liegt daher am Gesetzgeber, in dieser Frage Klarheit zu schaffen. Den beteiligten Parteien – insbesondere auf Lizenznehmerseite – ist zu raten, sich durch Regelungen in einem Lizenzvertrag abzusichern, etwa indem sie sich zur Verfolgung von Verletzungen ermächtigen lassen und entsprechende Mitwirkungspflichten vereinbaren.

Als deliktsrechtliche Rechtsposition schützt das Persönlichkeitsrecht negativ abwehrend vor ungerechtfertigten Eingriffen in den Schutzbereich. Die drei aus dem Immaterialgüterrecht bekannten Methoden der Schadensbemessung werden zu Recht für das Persönlichkeitsrecht anerkannt. Auch hierzu ist es nicht erforderlich, das Persönlichkeitsrecht als Ausschließlichkeitsrecht zu qualifizieren. Vielmehr ist die dreifache Schadensbemessung damit zu begründen, dass Persönlichkeitsrechte wie Immaterialgüterrechte leicht verletzlich sind und ein konkreter Schaden im Verletzungsfall kaum beziffert werden kann.

Die fiktive Lizenzgebühr als praktisch bedeutsamste Methode der Schadensbemessung kann unabhängig von der Vermarktungsbereitschaft des Betroffenen gewährt werden, da bereits durch die Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts ein ersatzfähiger Schaden entsteht. Der Schadensersatz sollte neben der Kompensation auch der Prävention dienen. Ein pauschaler Verletzungszuschlag ist jedoch abzulehnen, da ein pönaler Schadensersatz dem deutschen Recht fremd ist und im Kontext des Persönlichkeitsrechts auch gegenüberstehende Interessen, die ebenfalls grundrechtlichen

Schutz genießen, berücksichtigt werden müssen. Gleichwohl ist die zu fordernde angemessene Lizenzgebühr in aller Regel höher als die übliche Lizenzgebühr, da bei der Ermittlung die Vorteile des Verletzers gegenüber einem redlichen Lizenznehmer zu berücksichtigen sind. Auf diese Weise dient der Schadensersatzanspruch auch der Prävention und Verhaltenssteuerung, was rechtspolitisch zu begrüßen ist.

Mit Spannung darf die weitere Entwicklung des Persönlichkeitsrechts als einem durch Rechtsfortbildung und kontroverse wissenschaftliche Auseinandersetzung geprägten Bereich des Rechts erwartet werden. Auf manche Fragen wurden nur scheinbar überzeugende Antworten gefunden, andere dagegen sind offensichtlich unbeantwortet. Aus dieser Warte betrachtet haben die Worte *Hubmanns*, der als «einer der Hauptarchitekten des Persönlichkeitsrechts»¹⁷⁷ gilt, auch heute, über 60 Jahre nachdem er sie in einem grundlegend verschiedenen gesellschaftlichen und technischen Umfeld niederschrieb, nicht an Aktualität verloren:

«Die Persönlichkeit ist ständig im Werden, ständig im Fluß. Sie entzieht sich jeder typischen und schematischen Behandlung. Ihre Dynamik und ihr Unendlichkeitscharakter lassen höchstens in einem logischen Moment eine Bestandsaufnahme über ihren Gehalt und über ihre Werte zu. Das Recht dagegen ist eine abstrakte Ordnung, die an typische Fälle anknüpft, es muß formalisieren, schematisieren und generalisieren, um die Fülle des Lebens überhaupt in Regeln erfassen zu können.»¹⁷⁸

¹⁷⁷ *Götting*, in: *Götting/Lauber-Rönsberg* (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen im Persönlichkeitsrecht*, 2010, S. 12.

¹⁷⁸ *Hubmann*, *Das Persönlichkeitsrecht*, 1. Aufl. 1953, S. 70 f.