



Berliner Juristische
Universitätsschriften
Zivilrecht

79

Ioannis-Alexandros Farhount

Gewinnherausgabe im Persönlichkeitsrecht

Persönlichkeitsschutz im Spannungsverhältnis
zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht



Berliner
Wissenschafts-Verlag

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2019 als Dissertation – mit der Gesamtnote *summa cum laude* – angenommen. Für die Veröffentlichung ist das bis zum Winter 2019 erschienene Schrifttum eingearbeitet.

Mein verehrter Lehrer, Herr Prof. Dr. *Christoph Paulus*, hat die Arbeit betreut. Ihm möchte ich zuallererst meinen herzlichsten Dank aussprechen für die großzügige Unterstützung, die er mir hat zuteilwerden lassen. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Prof. Dr. *Reinhard Singer* für die wohlwollende Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. *Jan Thiessen*, auf dessen Vorschlag hin die vorliegende Arbeit in die Schriftenreihe „Berliner Juristische Universitätschriften“ aufgenommen wurde.

Mein besonderer Dank gilt ferner Herrn Prof. Dr. *Aristides Chiotellis*, der meine Entscheidung zur Promotion maßgeblich beeinflusst hat. Sein stetes Interesse an meinem Fortschritt sowie seine zahlreichen Anregungen haben mich immer wieder neu motiviert.

Dem Berliner Wissenschafts-Verlag und den Herausgebern der Reihe „Berliner Juristische Universitätschriften“ danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Zu guter Letzt gebührt mein größter Dank meiner Familie und insbesondere meinen Eltern. Ihre bedingungslose Unterstützung und Liebe haben mir die Arbeit an der vorliegenden Dissertation ermöglicht. Ihnen möchte ich diese Arbeit widmen.

Athen, im September 2020

Ioannis-Alexandros Farhount

Inhaltsverzeichnis

Vorwort..... 7

I. Einführung in die Problematik

- 1. Einleitung und Eingrenzung der Thematik 13
- 2. Gang der Darstellung und methodologische Zielsetzung 20
- 3. Gewinnzuweisung als lineare Folge der Rechtszuweisung:
Darstellung der widerstreitenden Interessen anhand einiger Beispiele 23

**II. Der geltende Persönlichkeitsschutz:
Zwischen „Rechtsfortbildung“ und „Gewohnheitsrecht“ –
die lange und stolze Tradition rechtswissenschaftlicher
Selbstreferenzialität**

- 1. Das (immer noch) wacklige positive Fundament von vorteilsorientierten
Ansprüchen besonders im Bereich der Persönlichkeitsverletzungen. 37
- 2. Gewohnheitsrecht als „niedrigere“ Form der Rechtssetzung. 47
- 3. Das Phänomen der „Positivierung“ gerichtlicher Rechtsfortbildungen:
Die „einfachgesetzliche Klarstellung“ von richterlich präformierten
Ergebnissen am Beispiel des G. 4356/2015 56
- 4. Die Rolle der Judikative bei der Ausformung und Verfestigung von
Rechts(üb)erzeugung(en): Richterliche Praxis als der primäre Erzeuger
von Gewohnheitsrechten 62
- 5. Das Beispiel der richterlichen „Wiederentdeckung“ und „Weiterentwicklung“
des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im deutschen Privatrecht. 73
- 6. Das Gewohnheitsrecht als Illusion kollektiven „Vorverständnisses“
und sein Verhältnis zu der Argumentation aus der „Natur der Sache“, d
en „Bedürfnissen des Rechtsverkehrs“ und dem „rechtsethischen Prinzip“... 97
- 7. Versteckte Rechtsfortbildungen als Unterformen eines „Gewohnheitsrechts“
und die „Neubesinnung“ des Persönlichkeitsrechts sowie des allgemeinen
Haftungsregimes des BGB als Ausfluss einer gesichtslosen und
politisch-neutralen Rechtsanwendung und Methodenlehre 104

III. Die „Normsituation“ im Vorfeld des BGB: Hintergrund und Ursachen des Paradigmenwechsels im Persönlichkeitsrecht

- 1. Die Geburt des modernen „Rechts auf Privatheit“:
Zwei Bostoner Rechtsanwälte beklagen die Aufdringlichkeiten
der Boulevardpresse..... 123
- 2. Wert der Ehre und Unwert der Beleidigung je nach sozialer Zugehörigkeit
von Opfer und Täter im Vorfeld des BGB. Die Standesbezogenheit
des straf- und privatrechtlichen Ehrenschutzes am Beispiel
der preußischen Gesetzgebung (ALR)..... 130
- 3. Die geduldete Duellpraxis als „Seismograph“ gesellschaftlicher Hierarchien
und die Nachahmung von Ehrvorstellungen „besserer Volkskreise“ 137
- 4. Die rechtliche Behandlung vertragswidrig und ungenehmigt verbreiteter
Abbildungen im ausgehenden 19. Jahrhundert: Der verehrte
Otto von Bismarck auf dem Sterbebett. 165
- 5. Die Statuierung des Rechts am eigenen Bild und die Entstehung
des angelsächsischen Rechts auf Privatsphäre (right to privacy)
als Reaktion auf die Boulevardpresse und die Fortschritte
in der Kamertechnologie 173

IV. Der „Wandel der Normsituation“ in der nachkriegszeitlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung

- 1. Freiheit als Eigentum und Eigentum als Freiheit in der Argumentations-
weise der höchstrichterlichen Rechtsprechung 187
- 2. Das Recht „am“ eigenen Bild als „relatives“ Ausschließlichkeitsrecht 201
- 3. Der Verdacht einer uneinheitlichen Anwendung des Kriteriums
der „andernfalls drohenden Schutzlosigkeit“ bei Verletzung
von Prominenten und „Normalbürgern“ durch die Presse 210
- 4. Geltender Persönlichkeitsschutz: Zwischen Klassenjustiz und
der Notwendigkeit einer Klassenjustiz..... 219

V. Die Möglichkeiten und Grenzen der Gewinnabschöpfung im geltenden System der außervertraglichen Haftung

- 1. Die Abschreckungswirkung der Schadensersatzhaftung 233
- 2. Die konzeptuelle Eigenständigkeit der Gewinnabschöpfung
als Haftungsgrundlage im Vorfeld des BGB 244

| | |
|--|-----|
| 3. Die interpretatorische Funktionsumdeutung der im Wortlaut unveränderten Vorschriften der §§ 812 ff. BGB | 249 |
| 4. Die Zuweisungsgehaltslehre als Fortsetzung des „Eigentums“ mit anderen Mitteln | 262 |
| 5. Der Zuweisungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und die Verwertung persönlicher Merkmale Dritter als Führung fremden Geschäfts | 270 |
| 6. Der teleologische Aussagegehalt von Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschriften der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag | 283 |
| 7. Die Aufteilung des aus der Führung fremder Persönlichkeitsrechte Erlangten | 302 |

VI. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

| | |
|------------------------------|-----|
| 1. Zusammenfassung | 327 |
| 2. Kritische Würdigung | 330 |

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 333 |
|-----------------------------------|-----|

I. Einführung in die Problematik

1. Einleitung und Eingrenzung der Thematik

Aus dem Titel der vorliegenden Untersuchung könnte der Eindruck entstehen, der erwirtschaftete Erlös durch unbefugte oder im Allgemeinen rechtswidrige Verwertung fremder Persönlichkeitsrechte sei gänzlich dem Eingreifenden zu entziehen und dem Rechtsinhaber herauszugeben; ob – und inwieweit – diese These auf der Grundlage des geltenden Rechts gerechtfertigt oder vielleicht sogar geboten erscheint, bildet den sachlichen Kern und methodologischen Schwerpunkt dieser Abhandlung. Aus dieser einleitenden Feststellung folgt weiterhin, dass der Schwerpunkt dieser Problematik die vorausliegende Frage der Rechtswidrigkeitsfeststellung nicht umfasst. Einbezogen sind vor diesem Hintergrund nur die durch Rechtswidrigkeit ausgelösten Rechtsfolgen und nicht die Kriterien und Maßstäbe der Interessenabwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung als solchen. Anders ausgedrückt fängt der Rahmen dieser Untersuchung ab dem Moment an, in dem die Handlungen des Eingreifenden die Missbilligung der Rechtsordnung nach sich ziehen. Dass immer, wenn von „Haftung“ die Rede sein wird, das Vorliegen des Rechtswidrigkeitserfordernisses im weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit unterstellt wird, lässt sich hoffentlich bereits an ihrem Titel erkennen, in welchem das attributive Adjektiv „vorteilsorientiert“ deren Prämisse und zugleich deren Grenzen ausdrückt. In Betracht kommt somit die Rechtmäßigkeit – oder Rechtswidrigkeit – des Erwerbsvorgangs nur insofern, als diese grundsätzlich vorgelagerte Frage ausnahmsweise für die Rechtsfolgenbestimmung von Relevanz sein kann.¹

In Anbetracht dessen kann die besondere Thematik vom nicht-monetären Schutzinstrumentarium², nämlich die der negatorischen Rechtsbehelfe³, sowie die vom Ge-

1 Auf diese methodologische Notwendigkeit weist zutreffend *Peukert, A.*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 482, in Bezug auf die Haftung aus § 687 Abs. 2 BGB hin: „Wer nur auf die Rechtsfolgen einer Norm abstellt, ignoriert den teleologischen Aussagegehalt der Tatbestandsvoraussetzungen und ist gezwungen, insoweit mit gesetzesfernen Kriterien zu agieren, deren Herleitung dunkel bleibt.“

2 Übersicht zu den „Schutzdefiziten“ und „Unzulänglichkeiten“ solcher Ansprüche, die keine fühlbaren monetären Rechtsfolgen für den Verletzer mit sich bringen, besonders im Bereich der Medienberichterstattung und Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeitsmerkmale, findet man bei: *Klüber, R.*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 111 ff. Vgl. auch die Vorschläge zur Weiterentwicklung des nicht-monetären und pressespezifischen Rechtsfolgeninstrumentariums in: *Gounalakis, G.*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10, 19 ff. Die Auseinandersetzung mit der Frage datenschutzrechtlicher Verstöße, gerichtet auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten gemäß §§ 20, 35 BDSG, würde leider die beschränkte Fragestellung dieser Arbeit überschreiten.

3 Zum Gegendarstellungsanspruch siehe statt aller die ausführliche Analyse bei *v. Burkhardt, E.*, in: *Wenzel, K.*, Wort- und Bildberichterstattung, 665 ff. Zum Unterlassungsanspruch siehe *dens.* in: *Wen-*

I. Einführung in die Problematik

gendarstellungsanspruch⁴, ausgeblendet werden. Diese Beschränkung des Untersuchungsgegenstands erscheint aus zwei Gründen sinnvoll: Zum einen ist das betreffende rechtliche Instrumentarium bereits so umfassend, vielfach diskutiert und sorgfältig dargestellt worden – sowohl eigenständig als auch in seinem Verhältnis zur Geldentschädigung⁵ –, dass man hier auf eine Wiederholung verzichten kann, ohne die innere Stimmigkeit der methodischen Vorgehensweise der übrigen Analyse in Gefahr zu bringen. Zum anderen erscheint die Erkenntnis durchaus zutreffend⁶, dass Rechtsfolgen, die keine fühlbaren monetären Wirkungen auf Seiten des Eingreifenden nach sich ziehen, zumindest in ihrer jetzigen Form, kaum geeignet seien, von Gewinnstreben geprägten Verletzungen „effektiv“⁷ zu begegnen.⁸ In diesem Sinne stellt die vorliegende Analyse keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Nicht-monetäre Ansprüche werden im Rahmen dieser Untersuchung nur insoweit besprochen, als sie für die Entstehung und Bemessung der immateriellen Geldentschädigung von Relevanz sind. Die gegenteilige Herangehensweise birgt nicht nur die Gefahr einer Fragmentierung des Untersuchungsgegenstands aus Gründen der „Vollständigkeit“, sondern würde auch die Wiederholung bereits gefestigter Erkenntnisse zwingend erforderlich machen. Vor diesem Hintergrund erscheint es daher stimmig und sinnvoll, die hier gewählte Thematik hauptsächlich auf monetäre Haftungskonstellationen zu beschränken.

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind insofern jene Ansprüche, denen das Potential innewohnt, die Herausgabe einer Vermögensvermehrung zu be-

zel, K., Wort- und Bildberichterstattung, 824 ff. Zum Berichtigungsanspruch siehe *Gamer, W.*, in: Wenzel, Wort- und Bildberichterstattung, 882 ff. Ferner dazu siehe *Alexy, L.*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien, 184 ff.; *Damm/Rehbock*, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 299 ff. Aus der Rechtsprechung siehe etwa BGHZ 30, 7, 14 (1959); BGHZ 128, 1, 6 (1994).

4 Zu den in Landespressgesetzen der Bundesländer vorgesehenen Gendarstellungsansprüchen siehe *Klüber, R.*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 119–121 und die dort zitierte Literatur.

5 Allgemein hierzu siehe statt aller den gesamten Aufsatz von *Gounalakis, G.*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10, 10 ff.

6 Vgl. *Klüber, R.*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, 111 ff., 260 f., *Funkel, Th.*, Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld, 42 ff.; *Prinz, M.*, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzung durch die Medien, NJW 1995, 817, 817 ff.

7 Das Setzen von Anführungszeichen deutet hier auf die Ungeschichtlichkeit eines ausschließlich oder primär ergebnisorientierten Abstellens auf die Belange des in seinem Persönlichkeitsrecht Verletzten. Die Wahl zwischen „effektiven“ oder „gleichem“ Rechtsschutz hat hier tiefe historische Wurzeln; ein häufig ausgeblendeter Aspekt bildet insbesondere im Bereich von Persönlichkeitsverletzungen die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen des „effektiven“ Rechtsschutzes unter Berücksichtigung des in ganz eigenartiger Weise historisch geladenen Problems von gesetzlich fixierten Standesprivilegien. Ausführlich hierzu siehe unten, Kap. III.2.

8 Siehe aber die Vorschläge zur Weiterentwicklung des pressenspezifischen Rechtsfolgeninstrumentariums bei *Gounalakis, G.*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 10, 19 ff.

wirken, die der Eingreifende ohne die unbefugte Verwertung fremder Persönlichkeitsrechtsmerkmale nicht erlangt hätte, gleichzeitig aber einem entsprechenden Nachteil des Rechtsinhabers nicht entspricht.⁹ In dem Maße, wie dieser Vermögenszuwachs mit einer Vermögensminderung in gleicher Höhe auf Seiten des Verletzten korrespondiert, stellt es keine besondere methodologische Schwierigkeit dar, die benachteiligenden Auswirkungen auf die Interessen des Betroffenen als „Schaden“ aufzufassen und so seinen materiellen Nachteilen durch das herkömmliche Instrument der deliktischen Haftung als ersatzfähig anzusehen. Dies stellt kein Novum dar und deswegen bedarf es an sich¹⁰ keiner weiteren Erklärung.

Verhält es sich aber anders, wenn der Betroffene nicht willig oder bereit gewesen wäre, seine Rechtsgüter kommerziell zu verwerten, und ihm demzufolge kein entgangener Gewinn i. S. v. § 252 Abs. 2 Satz 2 BGB entgangen ist? Kennt nämlich die deutsche Rechtsordnung eine allgemeine Haftungsgrundlage, deren Anspruchsgegenstand sich ausschließlich/primär/auch an den erlangten Vorteilen des Schuldners, nicht aber am Ausmaß der eingetretenen Nachteile beim Gläubiger bemisst? In der Umkehrung vom Schadensersatzprinzip soll insbesondere untersucht werden, ob die Abschöpfung dieser Vorteile als bloße Herstellung des Zustands, der im Vermögen des Verletzten ohne den widerrechtlichen Eingriff bestehen würde, angesehen werden kann – oder als „lediglich“ spiegelbildliche Anwendung tief verfestigter schadensersatzrechtlicher Grundsätze aufgrund derselben Wertungen, die dem Schadensersatzrecht zugrunde liegen und Normativität besitzen bzw. erlangen können. Die weitere Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf Konstellationen, die sich nur auf die unbefugte Verwertung von fremden Persönlichkeitspositionen beziehen, scheint aus zwei Gründen sinnvoll: Zum einen wohnt solchen Gütern typischerweise ein unterschiedliches Gewinnerzielungspotential inne. Die Vorstellung, ein Persönlichkeitsmerkmal bringe „bestimmungsgemäß

9 Zu diesem Zweck ist die Wortwahl der „neutralen“, aber juristisch wohl unpräzisen Termini „Eingreifer“, „Verletzer“, „Rechtsinhaber“, „Vermögensnachteil“ bzw. „Vorteil“ und die daraus resultierenden terminologischen Unsicherheiten eine bewusste Entscheidung. Angestrebt wird dadurch, die überkommene Terminologie den Gegenstand der Erörterung nicht bestimmen zu lassen, bevor die positivrechtlichen Bestimmungen in Betracht gezogen wurden. Eine angebrachtere Terminologie wird dann eingesetzt werden, wenn im Folgenden die relevanten Rechtsmaterien herausgehoben werden und Berücksichtigung finden. Dasselbe gilt für die Beschreibung der Gewinnerzielungsaktivitäten als „unbefugte Eingriffe“, nicht etwa als „Aneignung“ oder „Anmaßung“ fremder Persönlichkeitspositionen. Damit wird versucht, jene Begriffe zu vermeiden, welche häufig und vielleicht unbewusst eine negative Konnotation mit sich bringen. Zur Notwendigkeit einer von präformierten Inhalten emanzipierten Begriffsauswahl siehe sogleich im Text.

10 Siehe aber unten, Kap. II.5 zur juristischen Konstruktion der dreifachen Schadensberechnungsmethode, deren grundsätzliches Bestehen, Verträglichkeit und Einordnung ins System der deliktischen Haftung, wie zu zeigen ist, von großer Bedeutung im Rahmen dieser Untersuchung sind.

I. Einführung in die Problematik

*Gewinne (oder Verluste) hervor [...], nichts anders als der Apfelbaum Äpfel trägt [...]*¹¹, geht vom Ansatzpunkt her fehl. Wenngleich bei typischem Geschehensablauf, etwa bei „klassischen“ Eingriffen in körperliche Gegenstände, vielleicht mit einiger interpretativer Großzügigkeit ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit für die Gleichsetzung von Vermögensvermehrung auf Schädigerseite und Einbußen auf Geschädigtenseite sprechen könnte¹², würde eine solche Annahme bei der hier zu untersuchenden Thematik reine Fiktion¹³ darstellen; nicht nur weil die „Grundsatztäter“ (Medienunternehmen und Werbeagenturen) und „Opfer“ (Prominente, Personen der Zeitgeschichte und seltener „Normalsterbliche“) in der Regel auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind, sondern auch, weil die Ertragsziehung keinen „gewöhnlichen“ Ausfluss der Rechtsinhaberschaft ausmacht – zumindest nicht in dem gleichen Maße, wie das beim Eigentum an Grundstücken, Mieträumen usw. vertretbarer wäre.

Deshalb wird treffend angemerkt, es sei *„bei einem schönen Gesicht oder einem klangvollen Namen nahezu ausgeschlossen, aus eigenem Entschluss eine gewinnbringende Eigenvermarktung zu realisieren. Der Markt wird hier vielmehr von Modell- und Künstleragenturen sowie Medienunternehmen und Produktionsgesellschaften beherrscht, welche darüber entscheiden, ob ein „Normalsterblicher“ den Status einer Berühmtheit erlangt oder nicht“*.¹⁴ Eine deliktsrechtliche Abschöpfung rechtswidrig erzielter Vorteile kommt daher nur schwer in Betracht, denn die Entstehung eines Schadens auf Seiten des Persönlichkeitsträgers nach „klassischem“ Schadensverständnis setzt definitionsgemäß voraus, dass er einerseits die dazu erforderlichen Vorkehrungen zur Erzielung solcher Gewinne treffen könnte und andererseits den entsprechenden Willen besitzt, sich der Öffentlichkeit zu präsentieren (Kommerzialisierungswille). Da – mit der wichtigen Ausnahme von weltbekannten Prominenten¹⁵ – den „durchschnittlichen“ Persönlichkeitsträgern der eigenständige Zugang zu solcher Märkten versperrt ist, zeichnen sich die hier zu erörternden Fälle dadurch aus, dass der Verletzer den abzuschöpfenden Gewinn *„auf einem Markt realisiert, welcher dem Rechtsgutsinhaber selbst nicht zugänglich wäre“*.¹⁶

11 Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 562 unter Bezugnahme auf die ähnliche Problematik von Unternehmensgewinnen.

12 So in Bezug auf Patentverletzungen von Caemmerer, Bereicherung und Unerlaubte Handlung, 360.

13 In diese Richtung vgl. Helms, T., Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 285 und Pietzko J., Die Werbung mit dem Doppelgänger eines Prominenten, AfP 1988, 209, 221. Fn. 172.

14 Helms, T., Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 285.

15 Vgl. OLG München, Urteil vom 6.3.2007, ZUM-RD 2007, 360 (360 ff.) – Boris Becker, das den Beklagten zur Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr in Rekordhöhe von 1,2 Millionen Euro für die unbefugte Benutzung der Abbildung des Klägers, Boris Beckers, verurteilt hat.

16 Helms, T., Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 85.