

te<sup>98</sup>. Auf die Fälle der Werbung mit Prominenten gewendet: Hätte der Verbraucher gewusst, dass die genannte Person gar nicht für die Waren oder Dienstleistungen werben wollte, dann hätte er sich möglicherweise nicht dafür entschieden, diese Produkte zu erwerben.

In den BGH-Urteilen lag die Annahme einer Identifikation der erkennbar gemachten Person mit dem beworbenen Erzeugnis freilich fern. Denn nach den Umständen musste sich im Gegenteil für die Werbeadressaten der Eindruck aufdrängen, dass die genannten Personen in die Werbung nicht eingewilligt haben.

## V. Zusammenfassung

(1) Werbung wird häufig einen Bezug zu tagesaktuellem Geschehen aufweisen. Auch im Rahmen solcher Bezüge sind grundsätzlich die Persönlichkeitsrechte von Personen zu wahren, auf die Bezug genommen wird. Welchen Interessen im konkreten Fall der Vorrang gebührt, lässt sich nur durch eine Interessenabwägung bestimmen.

(2) Diese Interessenabwägung darf nicht bei normenhierarchischen Gegenüberstellungen von grundgesetzlich geschützten und einfachgesetzlich geschützten Interessen stehen bleiben. Vielmehr müssen die geschützten Interessen in einer sachbezogenen Abwägung einander gegenübergestellt und gewichtet werden.

(3) Zwar genießt Werbung, insbesondere wenn sie aktuelle Ereignisse aufgreift und kommentiert, den grundrechtlichen Schutz gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Dieser Schutz ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Meinungsfreiheit des Werbenden durch Bestimmungen i.S. des Art. 5 Abs. 2 GG zulässigerweise eingeschränkt wird. Dabei muss jedoch der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung getragen werden.

(4) Ob im konkreten Fall der Meinungsfreiheit oder dem Schutz der Persönlichkeit Vorrang einzuräumen ist, bestimmt sich anhand mehrerer Kriterien. Diese Kriterien greifen ineinander und können je nach Einzelfall unterschiedlich zu gewichten sein. In dem Zusammenspiel der abzuwägenden Interessen sind bestimmte Tendenzen erkennbar<sup>99</sup>.

(5) Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werbung lösen die allgemeinen persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche des Betroffenen aus. Dagegen ist die Verletzung fremder Persönlichkeitsrechte keine per se unlautere Handlung, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen als Unlauterkeit sanktionierbar.

98. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 RL 2005/29/EG.

99. Siehe dazu im Einzelnen die Thesen unter III. 4. d.

# Zum Verbot kontextneutraler Fotos<sup>1</sup>

Rechtsanwalt Dr. Roger Mann, Hamburg<sup>2</sup>

## I. Problemstellung

Wie weit geht der Unterlassungsanspruch bei rechtswidrigen Bildnisveröffentlichungen? Diese Frage stellt sich seit Anerkennung sog. kontextneutraler Fotos durch das Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> und mehrerer Entscheidungen des BGH<sup>4</sup> mit denen dieser ein in den Vorinstanzen ausgesprochenes generelles Verbot aufgehoben hatte. Danach soll, jedenfalls bei kontextneutralen Fotos, nur ein Anspruch auf ein Verbot im Zusammenhang mit der jeweils begleitenden Textberichterstattung gegeben sein. Dass die konkrete Veröffentlichung kein zeitgeschichtliches Ereignis zum Gegenstand hatte und deshalb die Verbreitung des Bildnisses rechtswidrig war, schließt nicht generell die Verbreitung des Fotos in einem anderen, dann zeitgeschichtlichen Zusammenhang aus. Mit dieser Auffassung hat sich der 7. Zivilsenat des Hanseatischen OLG in einer Entscheidung vom 22.07.2008<sup>5</sup> umfassend auseinandergesetzt. Sein Ergebnis: Der Abgebildete hat Anspruch auf ein generelles Verbot das beanstandete Bild zukünftig zu verbreiten – ohne Einschränkung auf den Textzusammenhang. Zu Recht?

## II. Kontextneutrale Fotos

Ende der 90er Jahre hatte das Hanseatische OLG seine sog. „Portraitfoto-Rechtsprechung“ entwickelt: In zeitgemäßer Interpretation des § 23 KUG erkannte der 7. Zivilsenat des Hanseatischen OLG an, dass „Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ i.S. des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG nicht nur Fotografien sein konnten, die das Ereignis der Zeitgeschichte selbst abbildeten, sondern in Erman-

gelung solcher Bilder auch Fotografien, die das Ereignis bebilderten. Namentlich war an Wortberichterstattung über zeitgeschichtliche Ereignisse gedacht, von denen es selbst keine Fotos gab, bei der das Gericht jedoch das Interesse der Öffentlichkeit anerkannte, die Mitwirkenden bildlich mit Archivmaterial vorgestellt zu bekommen.

Dabei hielt es der Pressesenat des Hanseatischen OLG jedoch für erforderlich, diese Berichterstattung insoweit einzugrenzen, als die bildliche Vorstellung der Personen nur in Form eines so genannten Portraitfotos, auf dem Kopf und Halsansatz abgebildet waren, erfolgen durfte. Andere Darstellungen beeinträchtigten nach Auffassung des Hanseatischen OLG die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen in unverhältnismäßiger Weise<sup>6</sup>.

Anlässlich einer derartigen textbegleitenden Fotoberichterstattung, die den dortigen Kläger in voller Körpergröße vor dunklem Hintergrund im Smoking zeigte, hatte sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 26.04.2001<sup>7</sup> mit dieser Rechtsprechung des Hanseatischen OLG auseinander zu setzen.

Das Bundesverfassungsgericht beanstandete, dass die Abgrenzung im Rahmen der so genannten Portraitfoto-Rechtsprechung zu „generalisierend und formal“ sei<sup>8</sup>. Damit hätten die ordentlichen Gerichte die Notwendigkeit einer auf den konkreten Fall bezogenen Abwägung verkannt. Im konkreten Fall hätten die ordentlichen Gerichte darlegen müssen, worin gegenüber einem Portraitfoto die Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt, wenn das streitgegenständliche Foto den Kläger – keineswegs unvorteilhaft – in einem Smoking zeigt. Im Anschluss daran legte das Bundesverfassungsgericht § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ausdrücklich insbesondere mit Blick auf die gestiegene Bedeutung der

1. Zugleich Besprechung von Hanseatisches OLG vom 22.07.08 – Az. 7 U 21/08 – in diesem Heft S. 623.

2. Der Autor ist Partner der Sozietät DAMM & MANN, Hamburg, und Lehrbeauftragter für Presserecht an der Universität Göttingen.

3. BVerfG, NJW 2001 S. 1921 ff. (1926).

4. BGH, AfP 2004 S. 267 – Begleitperson II; BGH, NJW 2004 S. 1795 (1796 ff.).

5. Hanseatisches OLG vom 22.07.08 – Az. 7 U 21/08 – in diesem Heft S. 623.

6. Vgl. etwa Hanseatisches OLG, Urteil vom 17.03.1998 (7 U 197/97), LG Hamburg, AfP 1999 S. 523 (524).

7. BVerfG, AfP 2001 S. 212 = NJW 2001 S. 1921.

8. Vgl. z.B. schon *Damm/Rehbock*, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz, 2. Aufl. 2001, Rdn. 165.

Bildberichterstattung verfassungskonform dahin aus, dass die Bebilderung eines zeitgleichen Ereignisses mit so genannten kontextneutralen Bildnissen der daran beteiligten Personen i.d.R. nicht zu beanstanden ist.

Entscheidend ist danach,

- dass das Foto den Betroffenen nicht in besonders unglücklichen Situationen oder besonders unvorteilhaft darstellt,
- dass durch den Wechsel des Kontextes der Sinngehalt der Bildausgabe nicht verändert wird, und
- dass das Bild insoweit kontextneutral ist, als die Verwendung in einem anderen Zusammenhang nicht zusätzliche Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts bewirkt<sup>9</sup>.

Derartige Fotos „schlummern“ millionenfach in den Archiven der Medien und sind Geschäftsgegenstand der Bildagenturen. Sie dienen dem vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Zweck, dem gestiegenen Interesse und der gestiegenen Bedeutung von Bildberichterstattung Rechnung zu tragen.

### III. Die Rechtsprechung des BGH zu kontextneutralen Fotos

Mit der Reichweite eines Verbotstenors hinsichtlich eines kontextneutralen Fotos musste sich der BGH in der Entscheidung „Begleitperson II“<sup>10</sup> auseinandersetzen.

Dieser Entscheidung lag die besondere Konstellation zugrunde, dass das zeitgeschichtliche Ereignis in einer Begleitsituation bestand, in der eine nach hergebrachter Terminologie „absolute“ Person der Zeitgeschichte in Begleitung einer anderen Person in der Öffentlichkeit auftrat. Konkret ging es um einen gemeinsamen öffentlichen Auftritt der Prinzessin Caroline von Hannover mit ihrer damals 15-jährigen Tochter auf einem Empfang in Pariser Rathaus.

Dieser gemeinsame Auftritt stellte ein zeitgeschichtliches Ereignis dar, über das gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG berichtet werden durfte. Die Tochter wurde bei diesem gemeinsamen öffentlichen Auftritt trotz besonderen Schutzes, den das Bundesverfassungsgericht den Kindern Prominenter einräumt<sup>11</sup>, als Begleitperson nach hergebrachter Terminologie insoweit zur „relativen Person der Zeitgeschichte“<sup>12</sup>.

Allerdings zeichnete sich die begleitende Textberichterstattung dadurch aus, dass weniger über die Begleitsituation und den öffentlichen Auftritt, als ausschließlich über die Begleitperson, nämlich die 15-jährige Tochter Carolines, berichtet wurde. Diese Berichterstattung verletzte nach Auffassung des BGH berechnete Interessen der klagenden Tochter i.S. des § 23 Abs. 2 KUG, wodurch nicht nur die Textberichterstattung, sondern im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch die Bildberichterstattung unzulässig wurde<sup>13</sup>.

Das generelle Verbot der Veröffentlichung des Fotos der Begleitsituation durch die Vorinstanz (KG Berlin) hob der BGH dagegen auf und führte dazu aus:

*„Die Revision macht jedoch mit Recht geltend, dass die Veröffentlichung des Bildes zukünftig, etwa im Rahmen einer Berichterstattung über einen entsprechenden Anlass, erlaubnisfrei zulässig sein könnte. Sollte die Klägerin nämlich ein anderes Mal in ähnlicher Weise wie hier gemeinsam mit ihrer Mutter in der Öffentlichkeit auftreten und müsste*

*sie unter den dann gegebenen Umständen als ‚relative Person der Zeitgeschichte‘ die Veröffentlichung eines Bildnisses von sich dulden, so würde sich die Verbreitungsbefugnis nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG weder auf ein Foto beschränken, das von dem entsprechenden Ereignis stammt, noch auf ein sog. „neutrales Portrait“ der Klägerin. Die Beklagte wäre vielmehr grundsätzlich nicht gehindert, zur Illustration dieser neuen Begleitsituation auf das hier beanstandete Foto zurückzugreifen, solange damit keine zusätzliche Persönlichkeitsbeeinträchtigungen verbunden wären (vgl. BVerfG AfP 2001, S. 212). Ob berechnete Interessen der Klägerin einer künftigen erneuten Veröffentlichung des Bildes entgegenstehen würden, ist eine Frage des Einzelfalls...*

*Eine ... generalisierende Betrachtungsweise verbietet sich, weil die im Rahmen von § 23 Abs. 2 KUG gebotene Abwägung des Rechts auf ungehinderte Entfaltung der Persönlichkeit einerseits und des Rechts auf Presse- und Informationsfreiheit andererseits, stets eine Prüfung des Einzelfalls verlangen. Die erneute Verbreitung des Bildnisses der Klägerin kann der Beklagten daher nicht generell verboten werden.“<sup>14</sup>*

Im konkreten Fall hielt der BGH es für angemessen, den Unterlassungsanspruch dahingehend einzuschränken,

*„dass eine Veröffentlichung im Rahmen einer Berichterstattung untersagt wird, die keine Berichterstattung über ein zeitgeschichtliches Ereignis darstellt, sondern nahezu ausschließlich persönliche Belange der Klägerin zum Inhalt hat, insbesondere wenn dies wörtlich oder sinngemäß, wie hier im Begleittext, zu dem beanstandeten Foto erfolgt.“*

Der BGH hat das Verbot also dahingehend konkretisiert, als die Verwendung der Fotos nicht generell untersagt wird, jedoch auch insoweit generalisiert, als sich das Verbot nicht nur auf die Veröffentlichung mit dem konkreten Textbeitrag beschränkt, sondern auf eine Textberichterstattung, die

*„ausschließlich persönliche Belange der Klägerin zum Inhalt hat, insbesondere wenn dies wörtlich oder sinngemäß, wie hier im Begleittext zu dem beanstandeten Foto, erfolgt.“*

Eine derartige Generalisierung kennt man eher aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts. Dort dient der „Insbesondere-Zusatz“ der beispielhaften Verdeutlichung dessen, was unter dem abstrakten Teil des Tenors zu verstehen ist<sup>15</sup>.

Nach dem vorausgegangenen Plädoyer des BGH für eine Entscheidung „des Einzelfalls“ setzt diese Art der Tenorierung allerdings voraus, dass bereits der abstrakte Teil des Tenors ausschließt, dass es auch hier zulässige Verbreitungsformen gibt. Im konkreten Fall trifft dies zu: Das Foto, das eine Begleitsituation zeigt, wird Rechte der Begleitperson immer dann in der dargestellten Art und Weise verletzen, wenn die Textberichterstattung ausschließlich persönliche Belange der Begleitperson zum Inhalt hat und nicht die Begleitsituation.

Diese Verbotsformel lässt sich jedoch auf zeitgeschichtliche Ereignisse außerhalb von Begleitsituationen nicht übertragen. Die Möglichkeiten der Verwendung kontextneutraler Fotos ist aus der Natur der Sache heraus viel weiter als bei Fotos, die Begleitsituationen zum Gegenstand haben. Kontextneutrale Fotos im Allgemeinen können bei jeder Textberichterstattung verwendet werden, in der die abgebildete Person eine zeitgeschichtliche Rolle spielt.

Denkbar ist in diesen Fällen daher folgende Tenorierung, die in der Praxis teilweise auch Verwendung findet:

*„Im Zusammenhang mit einer Berichterstattung über (es folgt die Konkretisierung der Textberichterstattung) das Foto (es folgt die Konkretisierung des Fotos) erneut zu veröffentlichen.“*

9. BVerfG a.a.O.

10. BGH, AfP 2004 S. 267 – Begleitperson II.

11. BVerfG, AfP 2000 S. 76 – Caroline von Monaco.

12. Vgl. Gerstenberg/Götting, in: Schricker, Urheberrecht, 2. Aufl. 1999, § 23 KUG, Rdn. 16; Damm/Rehbock, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 188; vgl. zur sog. Begleitterrechtsprechung: Hanseatisches OLG, AfP 1985 S. 209; ZUM 1990 S. 244 (245); AfP 1991 S. 437 – Roy Black; ZUM 1995 S. 494 (495) – Michael Degen; OLG Frankfurt a.M., AfP 1987 S. 526 = GRUR 1987 S. 195 – Foto der Freundin.

13. Vgl. BGH, AfP 2004 S. 267 (269) – Begleitperson II.

14. BGH a.a.O.

15. Vgl. BGH, GRUR 1990 S. 606 – Belegkrankenhaus; BGH, GRUR 1990 S. 1022 (1023) – Importeurwerbung; Jestaedt, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 5. Aufl. 2005, Kap. 22, Rdn. 21; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 51, Rdn. 36 ff.

Die Reichweite eines derartigen Verbotes beschränkt sich von vornherein auf die Verwendung des kontextneutralen Fotos in einem bestimmten, im Tenor näher beschriebenen Kontext.

#### IV. Die Entscheidung des HansOLG

Das Hanseatische OLG hält diese Praxis für unzulässig. Nach seiner Auffassung hat der Abgebildete einen uneingeschränkten Anspruch darauf, dass das betreffende Foto nicht wieder veröffentlicht wird.

Dies begründet der Senat zunächst formal: Liegt der beanstandeten Berichterstattung kein zeitgeschichtliches Ereignis zu Grunde, ergibt sich der Unterlassungsanspruch hinsichtlich eines veröffentlichten Fotos aus §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs.1 Satz 2 BGB i.V.m. §§ 22, 23 KUG. Aus § 22 KUG ergebe sich, dass Bildnisse von Personen ohne deren Einwilligung grundsätzlich nicht verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Werde in das Recht am eigenen Bild durch eine rechtswidrige Veröffentlichung eingegriffen, so sei der Verletzer daher dazu verurteilt, die erneute Verbreitung des Bildnisses „schlechthin“ zu unterlassen. Insoweit unterscheide sich der Unterlassungsanspruch gegen Bildnisveröffentlichungen nicht von der direkten Anwendung des Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB bei Verletzung des Eigentums.

Von diesem Grundsatz will der Senat auch nicht in Fällen kontextneutraler Bildnisse abrücken. Die Möglichkeit, das zu unterlassende Verhalten zukünftig in nicht rechtswidriger Weise vornehmen zu können, sei keine Besonderheit des Unterlassungsanspruchs gegen die Verbreitung von Bildnissen, sondern sei jedem Unterlassungsanspruch immanent. Auch bei der rechtswidrigen Verletzung des Eigentums sei der daraus folgende Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in seinem zukünftigen Bestand davon abhängig, welche Veränderungen eintreten werden.

Bereits an dieser Stelle ist die Entscheidung zu kritisieren: Die Betrachtung kann sich bei dem quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch wegen Bildnisveröffentlichungen in den Medien nicht auf die Parallele zum Unterlassungsanspruch bei Eigentumsverletzung beschränken. Das jeweils auf der Grundlage eines Unterlassungsanspruchs ausgesprochene gerichtliche Verbot unterliegt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der im Falle einer Eigentumsverletzung lediglich der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Verletzers aus Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen ist; das Verbot der Verbreitung eines Bildnisses in Presse, Fernsehen oder Internet greift jedoch zusätzlich in das Grundrecht aus Art 5 Abs. 1 Satz 2 BGB ein. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist zu prüfen, ob das mit dem Verbot verfolgte Ziel, die Unterbindung zukünftiger Beeinträchtigungen des geschützten Rechts (hier das Recht am eigenen Bild), nicht auch durch ein milderes Mittel erreicht werden kann.

Auch dies würde das Hanseatische OLG jedoch wohl verneinen. Es nimmt die Betrachtung der BGH-Entscheidungen vom 09.03.2004<sup>16</sup> und vom 28.09.2004<sup>17</sup> zum Anlass für folgende Differenzierung:

*„Danach scheint es einem stimmigen System zu entsprechen, die Verbreitung konkreter Bildnisse, die ein bestimmtes Ereignis erkennen lassen, über das nicht – oder nicht mehr – unter Bildnisbeigabe berichtet werden darf, uneingeschränkt zu untersagen, die Verbreitung von Bildnissen, deren künftige Verwendung zur Illustrierung von Berichterstattungen über andere Ereignisse zulässig sein kann, dagegen nur unter eingeschränkter Bezugnahme auf die dem Verbot zugrunde liegende konkrete Verwendung des Bildnisses.“*

Dieses „System“ verwirft der Senat aus folgenden Gründen: Die Differenzierung „in Bilder, die zukünftig zur Illustrierung von Berichterstattungen über andere Ereignisse zulässig sein können“ und Bilder

die dafür nicht in Betracht kommen, könne nicht vorgenommen werden. Für fast jedes Foto wären zukünftig Ereignisse denkbar, bei denen eben jenes Foto, das im jetzigen Zusammenhang rechtswidrig verwendet worden sei, kontextneutral bzw. kontextgerecht und damit rechtmäßig veröffentlicht werden könne.

Auch an vermeintlich kontextneutralen Fotos hegt der Senat Zweifel: Ein Foto, das den Betroffenen im Smoking zeige, lasse ebenfalls einen konkreten Zusammenhang, die Teilnahme an einem bestimmten gesellschaftlichen Ereignis, erkennen. Es seien daher Zweifel angebracht, ob es sich um eine „neutrale Portraitaufnahme“ handle.

Damit aber erwähnt der Senat ein Kriterium, das das BVerfG mit der Entscheidung vom 21.04.2001 bereits verworfen hat. Kontextneutral sind eben nicht nur „neutrale Portraitaufnahmen“ sondern solche, die die drei in dieser Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. Dabei ist nur das erste Kriterium objektiv feststellbar: Das Foto darf den Betroffenen nicht in besonders unglücklichen Situationen oder besonders unvorteilhaft darstellen.

Ob durch den Wechsel des Kontextes der Sinngehalt verändert wird oder die Verwendung in einem neuen Zusammenhang zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts führt, ist nur unter Einbeziehung eben jenes neuen Zusammenhangs zu beurteilen. So lange sich also aus dem Foto selbst keine eigenständige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ergibt, hat es die Eignung kontextneutral eingesetzt zu werden. Diese Eignung darf es durch das Verbot, es zukünftig überhaupt noch zu veröffentlichen nicht verlieren. Das würde zu der paradoxen Situation führen, dass Medien Archivfotos dadurch unbrauchbar machen, dass sie sie einmal in einem falschen Zusammenhang verwenden.

Das erkennt auch das Hanseatische OLG an. Der Senat möchte dieses Problem jedoch auf andere Art und Weise lösen, womit der Kern der Entscheidung gekennzeichnet wird:

Das generelle Verbot, das betreffende Foto zukünftig zu veröffentlichen oder zu verbreiten stehe „unter dem Vorbehalt, dass das Verbot nur gilt, solange die für seine Verhängung maßgeblichen Umstände bestehen bleiben („clausula rebus sic stantibus“). Komme es zu einer erheblichen Veränderung der Umstände, müsse „über seinen Umfang ggf. neu gestritten werden“, namentlich im Vollstreckungsverfahren gem. § 890 ZPO oder im Wege der Vollstreckungsgegenklage. Es erscheine „der Billigkeit mehr entsprechend, etwaige zukünftige Zweifel daran, ob ein Verhalten des Schuldners dem Unterlassungsanspruch unterfällt, zulasten des Unterlassungsschuldners gehen zu lassen“.

Die Anwendung der „clausula rebus sic stantibus“ auf Unterlassungstitel könnte bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines generellen Verbots in der Tat dessen weit reichende Wirkung relativieren. Das würde bedeuten, dass ein kontextneutrales Foto auch nach einem generellen Verbot zur Illustration einer zeitgeschichtlichen Berichterstattung verwendet werden könnte, da der neue, zulässige Zusammenhang „neue maßgebliche Umstände“ i.S. der Rechtsprechung des Hanseatischen OLG darstellen würde.

Allerdings findet die Anwendung der vertragsrechtlichen „clausula rebus“, die nunmehr in § 313 BGB normiert ist, in der ZPO keine Stütze. Die ZPO begrenzt i.S. der Rechtssicherheit Veränderungen in der Rechtswirkung eines rechtskräftigen Titels auf die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO, bei einstweiligen Verfügungen auf die Aufhebung gem. § 927 ZPO. Diese Rechtsbehelfe sind jedoch bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht anwendbar – so sieht es jedenfalls der BGH<sup>18</sup>. Damit handelt es sich um eine Rechtsschöpfung des Hanseatischen OLG i.S. einer ergänzenden

16. BGH, NJW 2004 S. 1795.

17. BGH, NJW 2005 S. 56.

18. BGH, NJW 2002 S. 2940 (2943) vgl. auch Zöller-Herget, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 767, 13; nunmehr a.A. ohne Begründung Zöller-Herget, ZPO, 27. Aufl. 2008, § 767, 12.

Gesetzesauslegung. Das würde jedoch voraussetzen, dass die ZPO an dieser Stelle eine planwidrige Lücke aufweist<sup>19</sup>. Dass dies der Fall ist, darf jedoch bezweifelt werden, da die ZPO mit §§ 767 und 927 ZPO ja gerade Instrumente für die nachträgliche Abänderung eines Titels enthält.

Damit wäre der Unterlassungsschuldner auf die Möglichkeit der Vollstreckungsgegenklage bzw. der Aufhebung gem. § 927 ZPO beschränkt, was die rechtmäßige Verwendung des einem generellen Verbot unterliegenden Fotos in einem neuen zeitgeschichtlichen Zusammenhang ausschließen würde. Das wäre angesichts der vom BVerfG anerkannten Möglichkeit der Verwendung kontextneutraler Fotos unverhältnismäßig<sup>20</sup>.

Auch die Billigkeitserwägungen des Senats in der Entscheidung sind angreifbar. Richtig ist zwar, dass der betreffende Medienanbieter durch seinen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen die Ursache für das Verbot gesetzt hat. Die Frage ist nur, ob man das Risiko einer Rechtsverletzung so eindeutig zulasten der Medien verteilen kann, wie dies das Hanseatische OLG in seiner Entscheidung vorgenommen hat. Sicherlich gibt es Fälle, in denen die Bildnisverwendung eindeutig rechtswidrig ist. In vielen Fällen ist die Rechtswidrigkeit jedoch das Ergebnis eines komplexen Abwägungsprozesses. Nach Auffassung des Hanseatischen OLG soll auch die leicht fahrlässige Fehleinschätzung etwa hinsichtlich der zeitgeschichtlichen Bedeutung einer Berichterstattung ein generelles Verbot zur Folge haben. Selbst bei Anwendung der „clausula rebus sic stantibus“ auf Unterlassungstitel sähen sich die Medien bei der weiteren Verwendung des untersagten Fotos der Gefahr der Bestrafung durch die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis hin zur Ordnungshaft ausgesetzt<sup>21</sup>.

Das Hanseatische OLG meint, dies sei den Medien eher zuzumuten, da der Betroffene sonst weitgehend schutzlos gestellt sei. Das auf einen konkreten Textzusammenhang beschränkte Verbot laufe in der Praxis leer, da eine Textberichterstattung sich wörtlich selten wiederhole.

Dem steht sowohl die Anwendung der Kerntheorie entgegen, als auch die vom BGH aufgezeigten Möglichkeiten zur Tenorierung eines eingeschränkten Verbots. Die dagegen vom Hanseatischen OLG vorgebrachten Bedenken richten sich gegen die Anwendung der Kerntheorie im Äußerungsrecht insgesamt.

Angesichts der Tatsache, dass im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht im Äußerungsrecht angesichts der Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 GG Generalisierungen nur sehr selten in ein Verbot aufgenommen werden, überrascht es wenig, dass schon der Begriff „Kerntheorie“ sich fast in keinem der Standardwerke zum Äußerungsrecht findet. Aber selbst dort, wo diese Frage angesprochen wird, bleiben die Ausführungen im Allgemeinen:

*„Bei nichtwörtlicher Wiederholung einer untersagten Äußerung kann zweifelhaft sein, ob sie dem Sinn dieser Äußerung entspricht und vom gerichtlichen Verbot erfasst ist. Dann sind die zur Kerntheorie entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Danach ergreift die Rechtskraftwirkung, solche Änderungen, die den Kern der Verletzungsform unberührt lassen.“*

*Ob das zutrifft, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln (BGHZ 5, 189, 193; BGH, GRUR 1977, 114, 115; GRUR 1982, 681, 683; GRUR 1984, 467, 469). Hierbei sind der Tatbestand und die Gründe des Urteils in die Betrachtung einzubeziehen (BGHZ 2, 164).“<sup>22</sup>*

Die Kerntheorie ist aufgrund der Unwägbarkeiten kritisiert worden, weil die Erweiterung des Titels über den Wortlaut den Tenors hinaus mit der Funktion als Grundlage einer Sanktion nicht vereinbar sei<sup>23</sup>. Gleichwohl hat der BGH daran festgehalten, weil es sich nach seiner

Ansicht nicht um eine Titelerweiterung durch Analogie, sondern um die Auslegung eines bestehenden Verbots handle, um dessen Kern festzustellen<sup>24</sup>.

Auch wenn diese Argumentation einem klassischen Zirkelschluss gleichkommt, gibt es zur Kerntheorie in der Praxis kaum eine Alternative, will man nicht für jede abweichende Formulierung einen neuen Verfügungsantrag provozieren. Will man sich also nicht den grundsätzlichen Bedenken gegen die Kerntheorie anschließen, besteht kein ersichtlicher Grund, sie nicht auf dem Gebiet des Äußerungsrechts anzuwenden.

Dementsprechend spricht die vom Hanseatischen OLG angesprochene Unschärfe eines Verbots durch die Anwendung der Kerntheorie nicht gegen dessen Anwendung. Darüber hinaus hat der BGH in der Entscheidung vom 09.03.2004 aufgezeigt, dass sich das beschränkte Verbot nicht auf den konkreten Text beschränken muss, sondern der Kern des Verbots auch allgemein in den Tenor aufgenommen werden kann, wenn er das Verbot z.B. hinsichtlich des Sachverhalts aus dieser Entscheidung auf solche Zusammenhänge beschränkt, die

*„ausschließlich persönliche Belange der Klägerin zum Inhalt haben, insbesondere, wenn dies wörtlich oder sinngemäß, wie in dem Begleittext zu dem beanstandeten Foto erfolgt.“*

Damit geht das Verbot ersichtlich über den Einzelfall hinaus und trägt dem Schutzbedarf des Betroffenen Rechnung. Darüber hinaus steht dem Betroffenen in jedem Fall der rechtswidrigen Verwendung außerhalb des so definierten Kerns die Möglichkeit offen, ein neues Verbot zu erwirken, mit der entsprechenden Kostenfolge für den Unterlassungsschuldner.

Der Unterlassungsanspruch ist das schärfste Schwert des Äußerungsrechts: Ein gerichtliches Verbot ist „stets ein erheblicher Eingriff“ in das Grundrecht auf Pressefreiheit i.S. des Art. 5 Abs.1, 2 GG<sup>25</sup>. Billigkeitserwägungen haben hier erst Platz, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft sind.

Das Hanseatische OLG hat die Revision zugelassen. Der BGH hat nun die Möglichkeit seine Rechtsprechung zum Verbot kontextneutraler Fotos klarzustellen.

19. BGHZ 65 S. 300; NJW 1981 S. 1726; NJW 1988 S. 2109.

20. So auch der Verf. in: Verbot kontextneutraler Fotos wegen begleitender Textberichterstattung, FS für Renate Damm, 2005, S. 78 ff. (79, 86); siehe auch BGH, AfP 2004 S. 267 (269) – Begleitperson II.

21. Zum Strafcharakter der Ordnungsmittel gem. § 890 ZPO vgl. Zöller-Stöber, a.a.O. (Fn. 17), § 890 ZPO, Rdn. 5.

22. Burkhardt, in: Wenzel, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Rdn. 158. BGH, GRUR 1977 S. 114 (115) = AfP 1976 S. 125;

23. Vgl. Darstellung bei Teplitzky, a.a.O. (Fn. 14), 57 Kap., Rdn. 13, m.w.N.

24. BGH, NJW 1989 S. 2327 – Bioäquivalenzwerbung.

25. Vgl. ausdrücklich BVerfG, NJW 2000 S. 1859 (1861) = AfP 2000 S. 160 – Lebach II.