

# Verwendungsanspruch bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten

## Effektiver Rechtsschutz durch Bereicherungsrecht

### Der Beitrag schnell gelesen

Dieser Beitrag betrachtet aus Anlass von OGH 6 Ob 205/22y Persönlichkeitsrechte aus einer bereicherungsrechtlichen Perspektive. Es wird aufgezeigt, dass jeder rechtswidrige Eingriff einen Verwendungsanspruch iSd § 1041 ABGB zur Folge hat, wenn beim Verwender ein in Geld messbarer Nutzen in Form von ersparten Aufwendungen oder erzielten Gewinnen entsteht. Diese allgemeine Anwendbarkeit des § 1041 ABGB auf Persönlichkeitsrechte erhöht die Effektivität des Schutzes im Vergleich zur bisher hA beträchtlich. Nach der Erörterung all-

gemeiner bereicherungsrechtlicher Fragen von Persönlichkeitsrechten werden diese als Vermögensrechte eingeordnet, deren Zuweisungsgehalt analysiert und sodann der bereicherungsrechtliche Ausgleich skizziert.

### Persönlichkeitsrecht; Bereicherungsrecht

§§ 16, 17a, 1041 ABGB

OGH 23. 10. 2023, 6 Ob 205/22y

ÖJZ 2024/69



Dr. JOACHIM PIERER, LL.M. (Yale), ist Universitätsassistent (post doc) am Institut für Zivilrecht der Universität Wien.

### Inhaltsübersicht:

- A. Problemstellung
  - 1. „Ibiza“ als Anlassfall
  - 2. Bereicherungsrechtliche Fragen des Persönlichkeitsrechts
    - a) Anwendungsfelder
    - b) Bereicherungs- statt Schadenersatzrecht
    - c) Effektiver Rechtsschutz im Persönlichkeitsrecht
- B. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte
  - 1. Die neue (wirtschaftliche) Realität
  - 2. Der „geldwerte Bekanntheitsgrad“
    - a) Einseitige Abhängigkeit
    - b) Sonderverwertungsrecht für Prominente
  - 3. Klarstellung durch den OGH in 6 Ob 205/22y
  - 4. Die Regelung des § 17a ABGB
- C. Zuweisungsgehalt und wirtschaftliche Verwertbarkeit
  - 1. Verwendung als Eingriff in den Zuweisungsgehalt
  - 2. Rechtswidriger Eingriff als einzige Voraussetzung
  - 3. Wirtschaftliche Verwertbarkeit ist keine Voraussetzung
    - a) Einschränkung der Ersatzfähigkeit
    - b) Der Markt für Persönlichkeitsrechte
    - c) Zwangskommerzialisierung
  - 4. Lizenzbereitschaft ist keine Voraussetzung
- D. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich
  - 1. Nutzen durch Ersparnis von Aufwendungen
    - a) Ausgleich des Gebrauchsvorteils
    - b) Höhe
  - 2. Nutzen durch erzielten Gewinn
    - a) Umfang
    - b) Unredlichkeit erst bei Wissen oder indiziertem Wissen
    - c) Rechnungslegung
    - d) Höhe
    - e) Eigenleistung und Kausalitätsabschlag
- E. Zusammenfassung

### A. Problemstellung

#### 1. „Ibiza“ als Anlassfall

Das auf der Mittelmeerinsel Ibiza heimlich aufgenommene Video österr Politiker im Gespräch mit einer vermeintlichen Oligarchen-Nichte als Lockvogel hat 2019 die Innenpolitik erschüttert. Einen bereicherungsrechtlichen Aspekt des weit verzweigten Komplexes hat der OGH in 6 Ob 205/22y<sup>1</sup> zum Abschluss gebracht. Einer der unfreiwilligen Protagonisten des „Ibiza-Videos“ klagte den dafür Verantwortlichen ua auf Rechnungslegung für einen allfälligen Verwendungsanspruch, nachdem die Vorinstanzen es im zuvor abgeschlossenen Provisorialverfahren<sup>2</sup> als bescheinigt ansahen, dass der Beklagte das Video habe herstellen lassen, um es gewinnbringend zu verkaufen.

Der Kläger argumentierte, dass sein bereicherungsrechtlich geschützter „geldwerter Bekanntheitsgrad“ ausgenutzt werden sollte.

#### Der OGH klärt in 6 Ob 205/22y grundlegende Fragen des bereicherungsrechtlichen Schutzes von Persönlichkeitsrechten.

Damit war er zwar nicht erfolgreich,<sup>3</sup> der OGH hat dennoch den bereicherungsrechtlichen Schutz von Persönlichkeitsrechten dem Grunde nach anerkannt. Dieser Beitrag widmet sich daher zentralen Aspekten der Verschränkung von zwei Rechtsgebieten, die bislang nur selten miteinander in Verbindung gebracht wurden, obwohl es gerade deren Kombination ist, die effektiven Rechtsschutz verspricht. Eine 2023 publizierte Monographie,<sup>4</sup> auf die sich der OGH mehrfach gestützt hat, hat sich dieser Thematik für das österr Recht angenommen. Deren Kernthesen wer-

<sup>1</sup> Siehe OGH 23. 10. 2023, 6 Ob 205/22y EvBl 2024/145 (in diesem Heft auf Seite 488).

<sup>2</sup> OGH 6 Ob 236/19b MR 2020, 72 (Frauenberger).

<sup>3</sup> Zu den Gründen s C.2. Die Vorinstanzen im Hauptverfahren trafen zur Absicht der Gewinnerzielung mangels Relevanz keine Feststellungen.

<sup>4</sup> Pierer, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zu § 1041 ABGB (2023). Manche Passagen dieses Beitrags sind wortgetreu der Monographie entnommen.

den mit Blick auf diese Entscheidung nachfolgend kompakt aufbereitet.

## 2. Bereicherungsrechtliche Fragen des Persönlichkeitsrechts

### a) Anwendungsfelder

Die Palette möglicher Anwendungsfelder eines persönlichkeitsrechtlichen Verwendungsanspruchs ist ungleich breiter als das Ausnutzen der Bekanntheit einer Person zum eigenen finanziellen Vorteil. Medien können durch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten Aufmerksamkeit und damit Reichweite generieren und so finanziell direkt durch mehr Absatz und indirekt durch höhere Werbeeinnahmen infolge höherer Reichweite profitieren. Durch allgegenwärtige Smartphones (oder auf Ibiza versteckte Kameras) ist es jedermann möglich, heimlich Bild- und Tonaufnahmen anzufertigen, die an den Höchstbietenden verkauft werden können. Auch mit Verstößen gegen die DSGVO lassen sich gute Gewinne machen. Mit Blick auf die jüngsten Entwicklungen auf dem Gebiet der künstlichen Intelligenz lassen sich Verletzungen von Persönlichkeitsrechten in Form von „Deepfakes“ (künstlich generierte Fotos oder Videos) mittlerweile auf Knopfdruck herstellen.<sup>5</sup> So wurden bspw künstlich generierte Nacktfotos der Sängerin Taylor Swift Anfang 2024 binnen weniger Tage millionenfach auf Internetplattformen aufgerufen und geteilt. Die digitale Transformation hat das Persönlichkeitsrecht verwundbar gemacht wie nie zuvor, sodass angesichts der rasant voranschreitenden Entwicklung ein persönlichkeitsrechtlicher Super-GAU droht.

### b) Bereicherungs- statt Schadenersatzrecht

Dass die Erzielung von Gewinnen mit der Verletzung von Persönlichkeitsrechten verpönt ist, brachte auch der Gesetzgeber im Zuge des 2021 in Kraft getretenen Hass-im-Netz-Bekämpfungsgesetzes zum Ausdruck. Er verdoppelte die Maximalbeträge für immateriellen Schadenersatz gem §§ 6 ff MedienG und begründete sein Vorgehen damit, dass die Gewinne großer und wirtschaftlich potenter Medienunternehmen in keinem Verhältnis zu den von ihnen zu erwartenden und von einzelnen Medien offenbar bewusst in Kauf genommenen Entschädigungszahlungen stehen würden.<sup>6</sup> Dass der vom Schädiger erzielte Gewinn Einfluss auf die Höhe des Schadenersatzes haben kann, wurde schon im Zuge der Diskussion um die *Caroline*-Rsp des BGH kritisiert.<sup>7</sup> Damals entschied der BGH, dass der von der sog „Regenbogenpresse“ erzielte Gewinn mit nie stattgefundenen frei erfundenen Interviews bei der Bemessung des immateriellen Schadenersatzes für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte von *Caroline von Monaco* zu berücksichtigen sei.<sup>8</sup> Für das österr Recht haben schon *Karner/Koziol* darauf hingewiesen, dass diese Frage ihren Sitz nicht im Schadenersatz-, sondern im Bereicherungsrecht hat.<sup>9</sup>

### c) Effektiver Rechtsschutz im Persönlichkeitsrecht

Durch das Aufzeigen einer bereicherungsrechtlichen Perspektive ist es möglich, der größten Schwäche des Persönlichkeitsschutzes zu entgegnen, die in jener Linie der stRsp liegt, wonach immaterieller Schadenersatz nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – wie bspw im gerade erwähnten MedienG – zustehe.<sup>10</sup> Damit bleiben selbst gravierendste Eingriffe regelmäßig ohne nennenswerte Sanktion, weil ein Unterlassungsurteil mehrere Jahre später beim Verletzer weder folgen- noch kostenseitig ins Gewicht fällt.

§ 1041 ABGB erlaubt es hingegen, auf den durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen erzielten Nutzen zu greifen und erzielte

Gewinne zugunsten des Verletzten abzuschöpfen. Dadurch lohnt sich rechtswidriges Verhalten nicht mehr – oder wie es bereits *Ehrenzweig* formuliert hat: „Es genügt nicht, daß die Schadenersatzpflicht vom Unrechte abzuhalten sucht, während ihr die Aussicht auf Gewinn entgegenwirkt. Sonst wird das Unrecht zum Rechenexempel.“<sup>11</sup> Dieser Beitrag will wie schon die ihm zugrundeliegende Monographie<sup>12</sup> mit einem bereicherungsrechtlichen Zugang über § 1041 ABGB eine neue Perspektive des Schutzes von Persönlichkeitsrechten aufzeigen.

## B. Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte

### 1. Die neue (wirtschaftliche) Realität

Lange Zeit galt die Kommerzialisierung der Persönlichkeit als anstößig, ideelle Aspekte standen im Zentrum des Schutzes. Die Überlegung war einfach – was so hehren Zielen wie der freien Entfaltung der Persönlichkeit und dem Schutz der Menschenwürde dient,<sup>13</sup> verträgt sich nicht mit gewöhnlicher Kommerzialisierung.<sup>14</sup>

Exemplarisch für die rasante Entwicklung der vermögensrechtlichen Seite von Persönlichkeitsrechten steht das Recht am eigenen Bild. Die Verwendung des Bildnisses einer Person ohne deren Einwilligung zu Werbezwecken und der damit einhergehende Verdacht, sich dafür entgeltlich zur Verfügung gestellt zu haben, ist für die Rsp auch heute noch das Musterbeispiel einer herabsetzenden Bildnisveröffentlichung.<sup>15</sup> Bald kam jedoch die Dispositionsbefugnis des Abgebildeten als weiterer Aspekt hinzu – Kommerzialisierung wurde üblich und in der Folge auch akzeptiert. So wurde der Skilegende *Toni Sailer* Anfang der 1970er-Jahre vom OGH zugestanden, „nicht nur seine Rechte ideeller Natur, sondern auch seine wirtschaftlichen Interessen wahrzunehmen“, als er gegen einen Fernsehspot voring, in der er unfreiwillig Werbung für einen Schokoriegel machte.<sup>16</sup> Dem lässt sich zudem eine grundrechtliche Perspektive abgewinnen, weil Werbung ohne Zustimmung den Abgebildeten zwangsweise zum Beförderer einer selbst nicht vertretenen Meinung macht.<sup>17</sup>

Begibt man sich auf die Suche, mit welcher Begründung die Rsp die Existenz einer vermögensrechtlichen Seite der Persönlichkeit angenommen hat, stößt man bloß auf die Feststellung des OGH, dass die Kommerzialisierung des Bekanntheitsgrades von Persönlichkeiten aus Sport, Film, Showgeschäft etc üblich

<sup>5</sup> Zu dieser Problematik *Pierer*, Künstliche Intelligenz und Persönlichkeitsrecht, *ecolex* 2023, 752.

<sup>6</sup> ErläutRV 481 BgNR 27. GP 17.

<sup>7</sup> *Seitz*, Prinz und die Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, *NJW* 1996, 2848 (2849).

<sup>8</sup> BGH VI ZR 56/94 *NJW* 1995, 861; VI ZR 332/94 *NJW* 1996, 984.

<sup>9</sup> *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform. 15. ÖJT II/1 (2003) 31.

<sup>10</sup> Beginnend mit OGH I Rv 91/8 *GIUNF* 4185; aus der jüngeren Rsp etwa 4 Ob 154/13w MR 2014, 66; zu § 1330 ABGB OGH 21. 12. 2022, 6 Ob 191/22i.

<sup>11</sup> *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1<sup>2</sup> (1928) 732.

<sup>12</sup> *Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zu § 1041 ABGB (2023). Manche Passagen dieses Beitrags sind wortgetreu der Monographie entnommen.

<sup>13</sup> OGH 1 Ob 550/84 *SZ* 57/98; 10 ObS 40/90 *SZ* 63/32.

<sup>14</sup> *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (1995) 4 ff.

<sup>15</sup> OGH 4 Ob 330/71 *SZ* 44/104; 4 Ob 38/76 *ÖBl* 1977, 22; 4 Ob 327/80 *ÖBl* 1980, 166; 4 Ob 16/90 MR 1990, 141 (*Polak*); 4 Ob 146/09 p MR 2009, 358; 4 Ob 119/10 v MR 2011, 18 (*Korn*).

<sup>16</sup> OGH 4 Ob 338/73 *ÖBl* 1974, 97. Die genaue Anspruchsgrundlage für *Sailers* Forderung von S 25.000,- lässt sich der E allerdings nicht entnehmen.

<sup>17</sup> *Buchner*, Das Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten, in *FS 50 Jahre UrhG* (1986) 21 (31).

geworden sei.<sup>18</sup> Dementsprechend waren ein Fußballspieler des SK Rapid Wien, dessen Foto ohne seine Zustimmung in einem Werbekatalog für Fußballsportartikel verwendet wurde, und der Opernsänger *José Carreras*, dessen Bildnis so ungeschickt in einer Zeitschrift positioniert wurde, dass bei den Lesern der Eindruck entstand, er würde Werbung für Vorsorgeprodukte einer Bank machen,<sup>19</sup> vor Gericht erfolgreich.

Durch diese Rsp wurde eine vermögensrechtliche Zuweisung von Persönlichkeitsrechten implizit bejaht, wie auch der OGH rückblickend feststellte.<sup>20</sup> Sowohl in Österreich als auch in Deutschland war es also die wirtschaftliche Realität, die die Rsp zu einem Umdenken bewog. Der BGH gab etwa 1999 zu bedenken, dass die Rechtsordnung kein starres System sei, das seine Augen vor der Wirklichkeit verschließe, sondern vielmehr Ordnungsrahmen auch für neue Formen der Vermarktung bieten müsse.<sup>21</sup>

## 2. Der „geldwerte Bekanntheitsgrad“

### a) Einseitige Abhängigkeit

*Toni Sailer*, der Rapid-Fußballer und *José Carreras* konnten ihre Ansprüche durchsetzen, weil die Rsp ihrem „geldwerten Bekanntheitsgrad“ als Sache iSd § 1041 ABGB bereicherungsrechtlichen Schutz zugestand. Diese Bekanntheit beruht idR darauf, dass eine Persönlichkeit in der Öffentlichkeit hervortritt und auf diese Weise Bekanntheit und Ansehen gewonnen hat. Popularität und „Image“ können dann bspw im Rahmen von Werbung kommerziell verwertet werden.<sup>22</sup>

Anhand dieser Umschreibung zeigt sich, dass es eine einseitige Abhängigkeit gibt: der geldwerte Bekanntheitsgrad kann nur in Verbindung mit persönlichkeitsrechtlich geschützten Merkmalen wie Bildnis, Name, Stimme udgl verwertet werden, weil ansonsten die beabsichtigte Verbindung zur Person ihres Trägers nicht hergestellt werden kann.<sup>23</sup> Der „geldwerte Bekanntheitsgrad“ als solcher ist kein Persönlichkeitsrecht.

### b) Sonderverwertungsrecht für Prominente

Die Figur des „geldwerten Bekanntheitsgrades“ wurde aus einer Notsituation heraus geboren. Die Rsp zu § 78 UrhG ist seit jeher der Ansicht, dass kein Verstoß gegen das Recht am eigenen Bild vorliege, wenn durch die Verbreitung eines Bildnisses nur die wirtschaftlichen Interessen des Abgebildeten beeinträchtigt würden und das UrhG daher keinen vermögensrechtlichen Ausgleich erlaubt.<sup>24</sup> Um den bekannten Fußballer nicht leer ausgehen zu lassen, nachdem dessen Bildnis unerlaubt in einem Werbekatalog verwendet wurde, sah der OGH den Ausweg in der Anwendung des § 1041 ABGB, sofern ein Eingriff in den geldwerten Bekanntheitsgrad vorliege.<sup>25</sup>

Stellt man aber auf das Vorhandensein eines „geldwerten Bekanntheitsgrades“ ab, kommen nur jene Personen in den Genuss des § 1041 ABGB, die im Zeitpunkt des rechtswidrigen Eingriffs bereits einen solchen aufweisen. Ein derartiges Sonderverwertungsrecht ausschließlich für Prominente kann sachlich aber nicht begründet werden.<sup>26</sup> Dennoch hat der OGH 1987 einem „unbekannten“ Kläger einen Anspruch gem § 1041 ABGB verwehrt.<sup>27</sup> Dessen Argument, dass schon allein die Tatsache, dass ein Nichtberechtigter Interesse habe, sein Bildnis zu verwenden, im wirtschaftlichen Sinn eine Nachfrage bedeute, die einen Vermögenswert indiziere, ließ der OGH nicht gelten;<sup>28</sup> mE zu Unrecht, wie sogleich (Pkt 3) zu zeigen sein wird.

## 3. Klarstellung durch den OGH in 6 Ob 205/22y

Rückblickend Kritik üben ist jedoch (zu) leicht. Bedenkt man, dass damals das Konstrukt „Persönlichkeitsrecht“ noch in den

Kinderschuhen steckte, musste das umso mehr für die damit zusammenhängenden vermögenswerten Aspekte gelten. Insofern war der Ausweg kreativ, aber heute nicht mehr notwendig. Der OGH hat in 6 Ob 205/22y (Rz 61) nunmehr ausgesprochen, dass Verwendung iSd § 1041 ABGB jede dem Zuweisungsgehalt des Rechts – in casu des vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts – widersprechende Nutzung ist.

## Verwendung iSd § 1041 ABGB ist jede dem Zuweisungsgehalt des vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts widersprechende Nutzung.

Neben der generellen Anerkennung des bereicherungsrechtlichen Schutzes von Persönlichkeitsrechten durch den OGH sind damit auch die Figur des „geldwerten Bekanntheitsgrades“ und die – ohnehin nicht zutreffende – Ansicht, dass die Verletzung wirtschaftlicher Interessen beim Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG) folgenlos bleibt,<sup>29</sup> nunmehr Rechtsgeschichte. Das ergibt sich auch aus dem Verweis des OGH auf die entsprechenden Ausführungen von *Pierer*,<sup>30</sup> wonach die Begründung für den Verwendungsanspruch im Eingriff in die dem Träger der Persönlichkeitsrechte allein zukommende Dispositionsbefugnis und damit im Zuweisungsgehalt zu suchen ist und nicht im „geldwerten Bekanntheitsgrad“.

## 4. Die Regelung des § 17 a ABGB

Mit § 17 a ABGB gibt es für die Anerkennung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts seit 2021<sup>31</sup> auch eine Grundlage im positiven Recht, nachdem Lehre und Rsp diese Charakteristika als solche schon länger anerkannt haben.<sup>32</sup> § 17 a Abs 1 ABGB bestimmt, dass Persönlichkeitsrechte „im Kern“ nicht übertragbar sind. Damit bleiben vom Grundsatz der Unübertragbarkeit (vgl § 1393 ABGB) höchstpersönlicher<sup>33</sup> Persönlichkeitsrechte jene Aspekte unberührt, die sich ausschließlich auf den vermögensrechtlichen Teil der Persönlichkeitsrechte außerhalb dieses Kerns beziehen und als Sache iSd § 1041 ABGB zu betrachten sind.<sup>34</sup> § 17 a Abs 1 und Abs 2 ABGB geben somit persönlichkeitsrechtlichen Gestattungs- und Aus-

<sup>18</sup> OGH 4 Ob 406/81 SZ 55/12; ähnlich bereits 4 Ob 330/71 SZ 44/104; 4 Ob 338/73 ÖBl 1974, 97.

<sup>19</sup> OGH 4 Ob 147/90 MR 1991, 68.

<sup>20</sup> OGH 6 Ob 57/06 k SZ 2007/171.

<sup>21</sup> BGH I ZR 49/97 BGHZ 143, 214.

<sup>22</sup> OGH 4 Ob 406/81 SZ 55/12; 6 Ob 57/06 k SZ 2007/171; 4 Ob 124/10 d ÖBl 2011/27.

<sup>23</sup> *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 51 ff, 63.

<sup>24</sup> OGH 6 Ob 57/06 k SZ 2007/171; s auch 4 Ob 141/94 SZ 67/224; und schon 4 Ob 406/81 SZ 55/12.

<sup>25</sup> OGH 4 Ob 406/81 SZ 55/12.

<sup>26</sup> Vgl *Nowakowski*, Kein Verwendungsanspruch bei Eingriff in das Recht am eigenen Bild? ÖBl 1983, 97 (97).

<sup>27</sup> OGH 4 Ob 26/89 JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

<sup>28</sup> Vor dem BGH wäre er aber 2006 erfolgreich gewesen, BGH I ZR 182/04 BGHZ 169, 340 („*Wer das Bildnis eines Dritten unberechtigt für kommerzielle Zwecke ausnutzt, zeigt damit, dass er ihm einen wirtschaftlichen Wert beimisst*“); vgl schon damals im bestandsrechtlichen Kontext *Kerschner*, Zur Höhe des Benützungsentgelts bei Nichtrückstellung der Bestandsache nach Vertragsende, JBl 1978, 411 (417); ebenso bereits *Kleinheyer*, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471 (475).

<sup>29</sup> Dazu ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 68 ff.

<sup>30</sup> Verwendungsanspruch Rz 84.

<sup>31</sup> BGBl I 2020/148.

<sup>32</sup> *Meissel* in *Klang*<sup>3</sup> § 16 Rz 169; *ders* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 2; *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 16 Rz 30, 61; *Koziol/Spitzer* in *KBB*<sup>7</sup> § 1041 Rz 6; *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 39; OGH 6 Ob 57/06 k SZ 2007/171; 17 Ob 2/10 h SZ 2010/70; 4 Ob 124/10 d ÖBl 2011/27; 4 Ob 203/13 a SZ 2014/10.

<sup>33</sup> Vgl nur OGH 17 Ob 2/10 h SZ 2010/70.

<sup>34</sup> ErläutRV 481 BlgNR 27. GP 6.

übungsverträgen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Als Zwischenergebnis bleibt, dass vermögenswerte Teile des Persönlichkeitsrechts weder höchstpersönlich noch unübertragbar, sondern vielmehr ein verkehrs- bzw lizenzfähiges Gut sind, über das rechtsgeschäftlich im Rahmen der Privatautonomie disponiert werden kann.

Wenn von der vermögensrechtlichen Seite des Persönlichkeitsrechts die Rede ist, beschränken sich Ausführungen dazu idR auf den geldwerten Bekanntheitsgrad (s Pkt B.2.) oder wie in den Materialien zu § 17a ABGB ganz allgemein auf die Vermarktung.<sup>35</sup> Damit werden die häufigsten Fälle genannt, ohne aber gleichzeitig andere Aspekte auszuschließen, wie sich schon aus der allgemeinen Formulierung des § 17a Abs 1 ABGB ergibt. Folglich weist jedes (allenfalls erst durch Dritte)<sup>36</sup> verwend- und verwertbare Persönlichkeitsrecht jeder Person jederzeit potentiell vermögenswerten Charakter auf. Bekanntheit ist nur ein Ausfluss bisheriger faktischer Tätigkeiten oder Verhältnisse und bewirkt idR ein höheres Entgelt für die Verwendung und Verwertung der nicht-ideellen Seite des Persönlichkeitsrechts (s Pkt D.1.b). Eine solche Bekanntheit wird idR bei erstmaliger „Aktivierung“ vermögenswerter Aspekte oder der „Umwandlung“ bloß ideeller in vermögenswerte Aspekte oft noch nicht vorhanden sein. Eine abstrakte kommerzielle Verwertungsfähigkeit von Persönlichkeitsrechten existiert aber unabhängig von einem bereits erworbenen Bekanntheitsgrad.

### **Jede Person ist Träger von Persönlichkeitsrechten, die von vornherein sowohl ideeller als auch materieller (vermögenswerter) Natur iSd §§ 16, 17a ABGB sind.**

Jede Person ist somit Träger von Persönlichkeitsrechten, die von vornherein sowohl ideeller als auch materieller (vermögenswerter) Natur iSd §§ 16, 17a ABGB sind. Dass nur eine Minderheit aktiv auf die vermögenswerten Teile zurückgreift und sie tatsächlich rechtsgeschäftlich verwertet, ändert nichts an deren grundsätzlicher Existenz.

## **C. Zuweisungsgehalt und wirtschaftliche Verwertbarkeit**

### **1. Verwendung als Eingriff in den Zuweisungsgehalt**

Dass sich niemand auf fremde Kosten oder aus fremdem Vermögen ungerechtfertigt bereichern darf, ist ein zentrales Prinzip des Privatrechts.<sup>37</sup> § 1041 ABGB bietet die bereicherungsrechtliche Grundlage iS eines Generaltatbestandes dafür, ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, die ihre Ursache in der unerlaubten Verwendung einer fremden Sache haben, wieder auszugleichen.<sup>38</sup> § 1041 ABGB spricht zwar vom Eigentümer einer Sache, meint aber mit Blick auf den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB jede ausschließliche und subjektive Zuweisung von Rechten.<sup>39</sup> Daher werden auch Persönlichkeitsrechte als „Sache“ iS dieser Gesetzesbestimmung verstanden.<sup>40</sup>

§ 1041 ABGB fußt auf dem Gedanken, dass nur derjenige, dem Rechtsgüter ausschließlich zugewiesen sind, diese benutzen und alle Vorteile aus ihnen ziehen kann.<sup>41</sup> Man spricht daher auch von der „Rechtsfortwirkung“ oder der Fortwirkung der „Zuweisung“ des Rechts, weil insb auch die Nutzungen und Früchte aus dem zugewiesenen Rechtsgut erfasst werden.<sup>42</sup> Verwendung iSd § 1041 ABGB ist daher jede dem jeweiligen Zuweisungsgehalt widersprechende Nutzung.<sup>43</sup> Damit wird auch die

Gewinnhaftung aus bereicherungsrechtlicher Perspektive plausibel – der mit der Sache erzielte Gewinn ist ebenso wie die Sache selbst dem Eigentümer zugewiesen.<sup>44</sup> Seit 6 Ob 205/22y kann es nunmehr auch in der höchstgerichtlichen Rsp als gesichert gelten, dass die zuweisungswidrige Nutzung von Persönlichkeitsrechten – und nicht nur des geldwerten Bekanntheitsgrades – einen Verwendungsanspruch begründen kann.

### **2. Rechtswidriger Eingriff als einzige Voraussetzung**

Voraussetzung für einen Anspruch gem § 1041 ABGB ist das Fehlen eines die Verwendung erlaubenden Rechtsgrundes.<sup>45</sup> Anspruchsbegründend kann somit ein rechtswidriger Eingriff in Persönlichkeitsrechte ohne Einwilligung von deren Träger, aber auch bereits das Überschreiten der Grenzen einer erteilten Einwilligung sein. Wenn der rechtswidrige Eingriff in das Persönlichkeitsrecht feststeht, folgt daraus, dass auch in dessen Zuweisungsgehalt iSd § 1041 ABGB eingegriffen wurde, weil die Handlung dann weder durch die Zustimmung des Berechtigten noch im Rahmen der Interessenabwägung erlaubt war.

### **Aus einem rechtswidrigen Eingriff in Persönlichkeitsrechte folgt ein anspruchsbegründender Eingriff in den Zuweisungsgehalt iSd § 1041 ABGB.**

Ohne rechtswidrige Verletzung von Persönlichkeitsrechten sind mangels Eingriffs in den Zuweisungsgehalt keine Ansprüche gem § 1041 ABGB denkbar. Das war auch der Grund, warum der klagende Politiker in 6 Ob 205/22y erfolglos war. Die Vorinstanzen sahen den Vertriebs des Videos mit Blick auf Art 10 EMRK als gerechtfertigt an. Der OGH ging davon aus, dass die Teilnahme eines Politikers an einem Gespräch nicht unter den Sachbegriff des § 1041 ABGB fällt. Der bloße Umstand, dass eine Person bei ihren Handlungen und Äußerungen durch ihre Persönlichkeitsmerkmale wie Aussehen und Stimme identifizierbar ist, macht ihre Handlungen und Äußerungen nicht zum Bestandteil ihres Persönlichkeitsrechts iSd § 16 ABGB.

### **3. Wirtschaftliche Verwertbarkeit ist keine Voraussetzung**

#### **a) Einschränkung der Ersatzfähigkeit**

Die Frage, welche Persönlichkeitsrechte aufgrund ihres Zuweisungsgehalts iSd § 1041 ABGB verwendet werden können, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Anhand von beispielhaften Fällen der Vermarktung der Persönlichkeit und der Rsp zum Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG) sowie zum Namensrecht (§ 43 ABGB) wird darauf hingewiesen, dass ein Verwendungsanspruch nur dann in Frage komme, wenn in ein kommerziell bzw wirtschaftlich verwertbares Persönlichkeitsrecht einge-

<sup>35</sup> ErläutRV 481 BlgNR 27. GP 6.

<sup>36</sup> Dazu C.3.c).

<sup>37</sup> F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 235; Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rz 1.

<sup>38</sup> Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rz 1.

<sup>39</sup> Meissel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1041 Rz 6; OGH 7 Ob 105/71 SZ 44/92; 6 Ob 57/06k SZ 2007/171.

<sup>40</sup> ErläutRV 481 BlgNR 27. GP 6; Meissel in Klang<sup>3</sup> § 16 Rz 169; Koch in KBB<sup>7</sup> § 16 Rz 9; OGH 6 Ob 57/06k SZ 2007/171; 17 Ob 2/10h SZ 2010/70; 4 Ob 124/10d ÖBl 2011/27; 4 Ob 203/13a SZ 2014/10; 6 Ob 205/22y.

<sup>41</sup> Apathy, Der Verwendungsanspruch (1988) 46; OGH 4 Ob 62/07g SZ 2007/138.

<sup>42</sup> Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1934) 27ff, 69ff; Meissel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1041 Rz 1; OGH 4 Ob 62/07g SZ 2007/138.

<sup>43</sup> OGH 6 Ob 57/06k SZ 2007/171; 6 Ob 138/14h JBl 2015, 310 (Kerschner); Koziol/Spitzer in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rz 11; s oben C.1.

<sup>44</sup> Jansen, Gesetzliche Schuldverhältnisse, AcP 2016, 112 (193).

<sup>45</sup> Meissel in Rummel/Lukas<sup>4</sup> § 1041 Rz 4 mwN.

griffen werde.<sup>46</sup> F. Bydliński weist im Anschluss an Reuter/Martinek<sup>47</sup> darauf hin, dass die Prüfung, ob das fragliche Rechtsgut „im Rechtsverkehr üblicher- und zulässigerweise entgeltlich verwertet werden kann“, bei Zweifelsfällen zur Anwendung gelangen sollte.<sup>48</sup>

Was in diesem Zusammenhang allerdings fehlt, ist eine Begründung, warum gerade nur das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht „entgeltfähig“ oder wirtschaftlich verwertbar sein sollen; also warum man es bei Persönlichkeitsrechten überhaupt mit Zweifelsfällen ob ihrer Verwertbarkeit zu tun hat. *Larenz/Canaris* sehen in diesem Kriterium der „Marktgängigkeit“ in Wahrheit eine gesetzlich nicht gebotene Einschränkung der Ersatzfähigkeit,<sup>49</sup> die sie zu Recht ablehnen. Eine solche Einschränkung ist mE auch nicht zulässig, wie nachfolgend gezeigt wird.

### b) Der Markt für Persönlichkeitsrechte

Das Kriterium der wirtschaftlichen Verwertbarkeit von Persönlichkeitsrechten muss zur kritischen Folgefrage führen, wie ein Markt für Persönlichkeitsrechte aussehen könnte. Persönlichkeitsrechte existieren nur mitsamt ihren Trägern und sind daher so individuell wie sonst nichts und niemand. Jedes Persönlichkeitsrecht jeder Person schafft für sich seinen eigenen (Monopol-)Markt, was die Nachfrage betrifft, in vielen Fällen aber, ohne zugleich Angebot sein zu wollen, weil die relevanten Güter – Persönlichkeitsrechte – von der überwiegenden Mehrheit gar nicht gehandelt werden möchten. Es sind beim rechtswidrigen Eingriff somit die Verletzer, die ein Rechtsgut ungefragt zum marktfähigen Gut wandeln.<sup>50</sup>

### c) Zwangskommerzialisierung

Durch den rechtswidrigen Eingriff folgt die „Zwangskommerzialisierung“ – ein vermögenswerter Teil eines Persönlichkeitsrechts wird „aktiviert“ bzw. „abgerufen“, obwohl der Träger dies nicht wollte. Generell impliziert die Verwendung eines Rechtsgutes die Existenz eines Marktes – wer ein einem anderen zugewiesenes Rechtsgut mit oder ohne dessen Einwilligung verwendet, wird dies tun, weil er der Verwendung einen wirtschaftlichen Nutzen zuschreibt.<sup>51</sup>

Spätestens aus § 17 a ABGB folgt, dass alle Persönlichkeitsrechte potentiell vermögenswerten Charakter aufweisen und ein Verwendungsanspruch gem § 1041 ABGB daher nicht auf bestimmte Persönlichkeitsrechte beschränkt ist (s schon Pkt B.4). Ein Verwendungsanspruch ist schon dann möglich, wenn die zuweisungswidrige Nutzung welchen Rechtsguts auch immer zu einem Gewinn beim Verwender geführt hat – was der OGH in 6 Ob 205/22y (Rz 61f) idS zu vermögenswerten Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts ausgesprochen hat. Schließlich besitzt kein Rechtsgut „aus sich selbst heraus“ einen Vermögenswert.<sup>52</sup> Der Argumentationslast, warum der Vorteil aus einer rechtswidrigen Handlung dem in seinen absolut geschützten Rechtsgütern Verletzten zukommen soll, wird schon durch die Tatsache des rechtswidrigen Eingriffs Genüge getan. Sie liegt darüber hinaus beim Verletzer, der begründen muss, warum der Vorteil aus seiner rechtswidrigen Handlung zulasten eines anderen gerade ihm und nicht dem Inhaber des verletzten Rechtsguts zukommen soll.<sup>53</sup> Der Verletzer ist es schließlich auch, der durch die Verwendung selbst dargetan hat, dass jedenfalls er diesem Rechtsgut einen Wert beimisst, der ihm so wichtig war, dass er sich des Rechtsguts sogar ohne Erlaubnis des Berechtigten bemächtigt hat.

### 4. Lizenzbereitschaft ist keine Voraussetzung

Neben der wirtschaftlichen Verwertbarkeit wird im Anschluss an den BGH auch noch die „Lizenzbereitschaft“ des Betroffenen als

Voraussetzung für dessen Bereicherungsanspruch genannt. Der BGH<sup>54</sup> lehnte die Bemessung eines Schadenersatzanspruchs anhand einer fiktiven Lizenzgebühr lange Zeit ab, weil man dadurch unterstelle, dass sich die Betroffenen „für viel Geld doch freiwillig in die unwürdige Lage“ gebracht hätten, gegen die sie sich nun wehren. In der Folge könne es mangels vermögensrechtlicher Benachteiligung und Vermögensverschiebung auch keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch gem § 812 BGB, der in diesem Kontext § 1041 ABGB entspricht, geben.

Diese Ansicht stieß zu Recht auf immer breitere Ablehnung.<sup>55</sup> Insb der Vergleich mit dem Schadenersatzrecht ist ein tragendes Argument. Wäre die Bereitschaft zur Verwertung Voraussetzung für die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs, käme das dem Nachweis eines entgangenen Gewinns und somit einer unzulässigen Gleichsetzung von Bereicherungs- und Schadenersatzrecht gleich, obwohl der wesentliche Unterschied darin liegt, dass bei Ersterem die Bereicherung des Verwenders und bei Letzterem der Schaden des Geschädigten maßgeblich ist.<sup>56</sup>

### Wirtschaftliche Verwertbarkeit und Lizenzbereitschaft sind keine Voraussetzungen für den Verwendungsanspruch.

Warum der Wille des Berechtigten zur Verwertung überhaupt relevant sein sollte, ist fraglich. Im nicht-persönlichkeitsrechtlichen Spektrum würde zB niemand darauf abstellen, ob der Eigentümer bereit gewesen wäre, seine Sache zu verkaufen, wenn sie ihm listig herausgelockt und an gutgläubige Dritte verkauft wird. Andernfalls wären paradoxerweise Personen, die der Kommerzialisierung ihrer Persönlichkeit strikt ablehnend gegenüberstehen, schlechter geschützt als jene, die ihre Persönlichkeit kommerzialisieren. IdS hält *Wendehorst* treffend fest, dass immer noch der Betroffene allein zu entscheiden habe, inwieweit die Kommerzialisierung dessen Persönlichkeitsrecht verletze, und es keinesfalls einsichtig sei, jenen Personen mehr Rechte einzuräumen, die ihr Einkommen mit der Vermarktung intimer Details bestreiten, als jenen, die so etwas nie tun würden.<sup>57</sup>

Schließlich rückte auch der BGH nach einem knappen halben Jahrhundert in einem obiter dictum von seiner sog „Herrenrei-

<sup>46</sup> *Apathy*, Verwendungsanspruch 67; *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 22, 39f; *Apathy/Perner* in *Schwimmann/Kodek* VI<sup>5</sup> § 1041 Rz 19; *Schurr* in *Schwimmann/Neumayr*, TK<sup>5</sup> § 1041 ABGB Rz 12; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 16 Rz 31 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); *Aicher* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 16 Rz 61; inspiriert wohl durch die Diskussion in Deutschland, vgl *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung (1983) 256ff.

<sup>47</sup> *Reuter/Martinek*, Bereicherung 256ff.

<sup>48</sup> *F. Bydliński*, System 241.

<sup>49</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil II/21<sup>3</sup> (1994) 172.

<sup>50</sup> *Helle*, Privatautonomie und kommerzielles Persönlichkeitsrecht, JZ 2007, 444 (450); vgl bereits *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung<sup>2</sup> (1988) 77 („der Eingriff allein indiziert das Vorhandensein einer Nachfrage“).

<sup>51</sup> Vgl bereits *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung<sup>2</sup> 77; *Kerschner*, JBl 1978, 411 (417).

<sup>52</sup> *Siemes*, Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse, AcP 2001, 202 (219).

<sup>53</sup> Zur zweiseitigen Rechtfertigung s *F. Bydliński*, System 92ff; *Kozioł*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter? in FS Wiegand (2005) 449 (456).

<sup>54</sup> BGH I ZR 151/56 BGHZ 26, 349.

<sup>55</sup> Für Österreich ausführlich *Kozioł* in FS Wiegand 449; weiters *Meissel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 2; zum deutschen § 812 BGB bspw *Wendehorst* in *Hau/Posek*, BeckOK BGB<sup>68</sup> § 812 Rz 125; *Seitz*, Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten, in *Götting/Schertz/Seitz* (Hrsg), Handbuch Persönlichkeitsrecht<sup>2</sup> (2019) § 47 Rz 18ff, insb 29; *Götting*, Persönlichkeitsrechte 54f; *Lorenz* in *Staudinger* (Neubearbeitung 2007) Vor §§ 812ff BGB 62.

<sup>56</sup> *Kozioł/Spitzer* in KBB<sup>7</sup> § 1041 Rz 4.

<sup>57</sup> *Wendehorst* in *Hau/Posek*, BeckOK BGB<sup>68</sup> § 812 Rz 125.

ter-Doktrin“ (benannt nach dem klagenden Dressreiter, der unfreiwillig Werbung für ein Potenzmittel machte) wieder ab.<sup>58</sup> Den bereits vor Jahrzehnten herausgearbeiteten Grundsatz, dass sich der Verwender an jener Sachlage, die er selbst geschaffen hat, festhalten lassen müsse,<sup>59</sup> wiederholte er ausdrücklich. Der Verwender kann daher einem Anspruch nicht entgegen, die von ihm verwendete Sache sei nicht wirtschaftlich verwertbar. Daher hielt der BGH auch fest, dass jene, die Persönlichkeitsrechte (in concreto ein Bildnis) eines Dritten unberechtigt für kommerzielle Zwecke ausnutzen, damit zeigen, dass sie diesen einen wirtschaftlichen Wert beimessen würden.<sup>60</sup>

## D. Bereicherungsrechtlicher Ausgleich

### 1. Nutzen durch Ersparnis von Aufwendungen

#### a) Ausgleich des Gebrauchsvorteils

Um den Bereicherungsschuldner nicht von seiner zuweisungswidrigen Nutzung profitieren zu lassen, ist von diesem jener Vorteil herauszugeben, der aus der zuweisungswidrigen Nutzung resultiert. Auszugleichen ist also der sog. „Gebrauchsvorteil“. Maßstab ist grundsätzlich das, was der Bereicherte sonst auf dem Markt für diesen Vorteil hätte aufwenden müssen.<sup>61</sup> Ob der durch die Verwendung erzielte Gewinn geringer ist, spielt keine Rolle, weil der Nutzen im Ersparten liegt.<sup>62</sup> Somit ist nach Lehre<sup>63</sup> und Rsp<sup>64</sup> bei „bloßer“ Benützung ein angemessenes (auch: verkehrübliches oder marktübliches bzw. gewöhnliches) Benützungsentgelt an den Verkürzten zu leisten.

#### b) Höhe

Die Höhe richtet sich gem § 1437 ABGB nach der Redlichkeit.<sup>65</sup> Der redliche Verwender hat den subjektiven Nutzen zu ersetzen, das angemessene (auch: verkehrübliche oder marktübliche bzw. gewöhnliche) Benützungsentgelt bildet nach hA die Obergrenze.<sup>66</sup> Der Unredliche hat nach hA entsprechend der verallgemeinerungsfähigen Regelung des § 417 ABGB den höchsten am Markt erzielbaren Preis bzw das höchste erzielbare Benützungsentgelt zu ersetzen, ohne dass er sich wie der Redliche auf einen geringeren subjektiven Nutzen berufen könnte.<sup>67</sup> Das ist allgemein zwar nachvollziehbar, bei Persönlichkeitsrechten aufgrund der Besonderheit des verwendeten Rechtsguts aber kein einfaches Unterfangen.

Das Immaterialgüterrecht<sup>68</sup> bietet aufgrund vorhandener Rsp und inhaltlicher Ähnlichkeit zu vermögenswerten Aspekten des Persönlichkeitsrechts Anhaltspunkte für Detailfragen.<sup>69</sup> Angemessen ist jenes Entgelt, das üblicherweise für eine gleichartige, im Voraus eingeholte Einwilligung gezahlt wird, also eine der Nutzungsbewilligung entsprechende Lizenzgebühr, die redliche und vernünftige Parteien vereinbart hätten.<sup>70</sup> Im Ergebnis wird der Inhaber des verwendeten Rechtsguts so gestellt, als hätte er die Nutzung im Rahmen einer vertraglichen Lizenz gegen Entgelt gestattet. Der Einwand fehlender Lizenzbereitschaft ist nicht zulässig (s Pkt C.4). Was die Höhe anbelangt, liegt die Beweislast beim Kläger bzw beim Berechtigten, ggf ist ein Sachverständiger zu bestellen oder § 273 ZPO anzuwenden.<sup>71</sup>

Im persönlichkeitsrechtlichen Kontext ist maßgeblich, ob eine Person und deren Rechtsgüter gerade wegen ihrer Individualität ausgewählt und verwendet werden (dann ist der Preis anhand des Monopolmarktes festzusetzen),<sup>72</sup> oder ob diese nur stellvertretend für einen Typus oder ein bestimmtes Bild (zB „Sportler“ oder „Ärztin“) stehen und somit bloß zufällig verwendet werden (dann ist der Preis anhand eines allgemeinen Marktes für dementsprechend typische Rechtsgüter und Konstellationen zu be-

stimmen). Dabei indiziert die Verwendung bekannter Persönlichkeiten bereits deren Ausnutzung, sodass der Verwender das Gegenteil beweisen müsste, also, dass es ihm gerade nicht auf die Bekanntheit angekommen ist.<sup>73</sup> Fehlt ein (Markt-)Preis, ist entsprechend einer die Interessen beider Seiten berücksichtigenden Lizenzanalogie ein prozentueller Anteil am durch die Verwendung erzielten Bruttoerlös zu zahlen.<sup>74</sup>

## 2. Nutzen durch erzielten Gewinn

### a) Umfang

Ein Nutzen iSd § 1041 ABGB liegt vor, wenn die Verhältnisse beim Geschäftsherrn bzw Bereicherten bei vernünftiger Beurteilung verbessert wurden.<sup>75</sup> Neben der Ersparnis von Aufwendungen ist unmittelbare Folge einer zuweisungswidrigen Verwendung oft die Vermehrung des Vermögens beim Verwender. Ebenso möglich ist auch die Minimierung von Verlusten.

### b) Unredlichkeit erst bei Wissen oder indiziertem Wissen

Nach hA schadet mit Blick auf die Redlichkeit bereits leichte Fahrlässigkeit.<sup>76</sup> Dagegen wendet sich mit ausführlicher Begründung insb *Kerschner*<sup>77</sup> im Anschluss an ältere Lehre<sup>78</sup>

<sup>58</sup> BGH I ZR 182/04 BGHZ 169, 340.

<sup>59</sup> BGH I ZR 62/54 BGHZ 20, 345.

<sup>60</sup> BGH I ZR 182/04 BGHZ 169, 340; so schon *Kleinheyer*, JZ 1970, 471 (475); *Götting*, Persönlichkeitsrechte 54f; für Österreich bereits *Koppensteiner/Kramer*, Bereicherung<sup>2</sup> 77.

<sup>61</sup> OGH 5 Ob 168/08 d JBl 2009, 437; 4 Ob 133/13 g JBl 2015, 287; 6 Ob 52/19 v Zak 2019/681.

<sup>62</sup> *H. Torggler*, Der Bereicherungsanspruch beim Mißbrauch von Unternehmenskennzeichen, JBl 1971, 1 (9f).

<sup>63</sup> *Wilburg*, Bereicherung 123f, 133ff; *Apathy*, Verwendungsanspruch 117; *Meissel in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 16; *Koziol/Spitzer in KBB*<sup>7</sup> § 1041 Rz 15; *Kerschner in Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 76.

<sup>64</sup> OGH 1 Ob 555/82 SZ 55/37; 4 Ob 146/09 p MR 2009, 358; 6 Ob 52/19 v Zak 2019/681.

<sup>65</sup> OGH 1 Ob 511/92 SZ 65/5; 2 Ob 218/97 s JBl 1998, 250; *Meissel in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 16.

<sup>66</sup> *Koziol/Spitzer in KBB*<sup>7</sup> § 1041 14f; OGH 6 Ob 52/19 v Zak 2019/681.

<sup>67</sup> *Meissel in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 16; *Koziol/Spitzer in KBB*<sup>7</sup> § 1041 Rz 15; OGH 2 Ob 218/97 s JBl 1998, 250; 3 Ob 190/04 v MietSlg 56.116; 6 Ob 52/19 v Zak 2019/681.

<sup>68</sup> § 150 PatG; § 53 MSchG; § 34 MuSchG; § 41 GMG; und auch das Wettbewerbsrecht, s § 9 Abs 4 UWG.

<sup>69</sup> Ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 180ff.

<sup>70</sup> OGH 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63; 4 Ob 72/20 x MR 2020, 318 (*Walter*); 4 Ob 129/21 f MR 2022, 96 (*Walter*).

<sup>71</sup> Zum „geldwerten Bekanntheitsgrad“ eines bekannten Fußballers OGH 4 Ob 337/80 ÖBl 1981, 8.

<sup>72</sup> Ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 194ff.

<sup>73</sup> Ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 169ff.

<sup>74</sup> Ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 205ff.

<sup>75</sup> OGH 1 Ob 182/21 b Zak 2022/54.

<sup>76</sup> *Apathy*, Verwendungsanspruch 34ff; *Leupold in Schwimann/Neumayr*, TK<sup>5</sup> § 1437 ABGB Rz 2; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1-09</sup> § 1437 Rz 2 (Stand 15. 9. 2023, rdb.at); *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> Rz 828; aus der Rsp etwa OGH 1 Ob 262/70 SZ 43/229; 1 Ob 519/96 SZ 69/50; 2 Ob 227/06 f EvBl 2007/133. Für grobe Fahrlässigkeit *Ehrenzweig*, System I/2 (1957) 189f; *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts. 4. ÖJT I/3 (1970) 46.

<sup>77</sup> *Kerschner in Klang*<sup>3</sup> § 1437 Rz 15ff; *ders in Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 74; *ders*, Zu einem systemkonformen österreichischen Bereicherungsrecht – dreizehn Thesen, JBl 2023, 273 (277f); ebenso *Rummel in Rummel*<sup>3</sup> § 1437 Rz 2; *Holzner in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 326 Rz 2; *Radler*, Kondiktion auf Sachen von volatilem Wert (2014) 78f; s auch *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 322ff.

<sup>78</sup> *Unger*, Ueber das Wesen der bonae fidei possessio, (Haimersl) Oesterreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft 1858, 79 (91ff); *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I/1 (1877) 155f (in FN 142); *Burckhard*, System III/1 146; *Schey*, Über den redlichen und unredlichen Besitzer im Oesterreichischen bürgerlichen Gesetzbuche (1898) 75; *Stubenrauch*, Kommentar I<sup>8</sup> (1902) 394f (in FN 2).

und Rsp<sup>79</sup>: Unredlichkeit sei nicht schon bei leichter Fahrlässigkeit, sondern nur bei Wissen bzw indiziertem Wissen anzunehmen. Dementsprechend sei im Anwendungsbereich des § 1041 ABGB der Bereicherte unredlich, wenn „er weiß oder aus objektiven Gründen evidentermaßen wissen muss, dass sein Nutzen aus einer anderen ausschließlich zugewiesenen Rechtsposition stammt“.<sup>80</sup>

Hält man sich die Rechtsfolgen vor Augen, die den Unredlichen im Vergleich zum Redlichen treffen, also insb die Herausgabe des Gewinns, drängt sich die Frage auf, ob eine solch harsche Sanktion bereits bei leichter Fahrlässigkeit gerechtfertigt scheint. Zu bedenken ist auch, dass sich die zuweisungswidrige Nutzung beim Persönlichkeitsrecht erst aus einer umfassenden und nicht immer völlig eindeutigen Interessenabwägung ergibt (s Pkt C.2).

Die Strenge der Sanktion, die historisch begründete Argumentation bei *Kerschner* und in der älteren Literatur sowie insb der Zwischenschritt der persönlichkeitsrechtlichen Interessenabwägung sprechen dafür, Unredlichkeit bei § 1041 ABGB als Wissen oder indiziertes Wissen zu verstehen.<sup>81</sup> Die Tatsache, dass es sich bei Persönlichkeitsrechten um eine einem anderen ausschließlich zugewiesene Rechtsposition handelt, wird dem Verwender im zweipersonalen Verhältnis so gut wie immer bewusst sein. Demnach wird insb das Fehlen von (durch Art 10 EMRK gerechtfertigtem) meinungsbildendem Kontext im Zuge der Verwendung oder überhaupt Gewinnstreben als primäres Motiv für Wissen oder indiziertes Wissen sprechen. Bei der Frage nach der Redlichkeit können auch die Frage nach wirtschaftlicher Verwertbarkeit und Lizenzbereitschaft (oben Pkt C.3, C.4) von Relevanz sein – werden Persönlichkeitsrechte verwendet, die idR weder am Markt angeboten noch von deren Trägern lizenziert werden, spricht schon dieser Umstand dafür, dass der Verwender unredlich war, weil er wusste, er würde keine Zustimmung des Berechtigten bekommen.

### c) Rechnungslegung

Ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung bzw Abschöpfung des Gewinns setzt eine dementsprechende Kenntnis über die Verhältnisse beim Verwender voraus. Nach nunmehr stRsp<sup>82</sup> und hL<sup>83</sup> – erneut bestätigt in 6 Ob 205/22y (Rz 54) – steht dem Verwendungsgläubiger (dem Verkürzten) analog zu § 1039 ABGB ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Bereicherten zu. Das ist insofern von Bedeutung, als das für diesen Anspruch maßgebliche Manifestationsbegehren gem Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO schon seinem Wortlaut nach einen im bürgerlichen (materiellen) Recht statuierten Anspruch auf Rechnungslegung – hier gem § 1039 ABGB – voraussetzt und ihn nicht erst begründet.<sup>84</sup>

Zu betonen ist noch, dass Rechnungslegungs- und Zahlungsbegehren selbständige Ansprüche sind, sodass die Prüfung eines Rechnungslegungsbegehrens nicht durch das damit verbundene Zahlungsbegehren inhaltlich beschränkt wird.<sup>85</sup> Daher ist auch dem Argument, dass sich aus den im Rahmen der Rechnungslegung bekanntgewordenen Zahlen keine Anhaltspunkte zur Anspruchshöhe ergeben würden,<sup>86</sup> nicht zu folgen. An den Beweis der Kausalität dürfen insb bei der Rechnungslegung keine Anforderungen gestellt werden, „welche die Durchsetzung der dem widerrechtlich Verletzten grundsätzlich zustehenden Ansprüche [...] von vornherein illusorisch machen“, wie das Schweizerische Bundesgericht zum Anspruch auf Gewinnherausgabe gem Art 28a Abs 3 ZGB festgehalten hat.<sup>87</sup>

### d) Höhe

Um abschöpfbar zu sein, muss der Gewinn in Geld messbar sein. Bei der Berechnung des herauszugebenden Gewinns ist zwischen dem direkten und dem indirekten Gewinn zu unterscheiden. Direkter Gewinn ist jener, der unmittelbar aus der Verwendung der Sache selbst resultiert und dem Verwender zufließt, wenn die zuweisungswidrige Nutzung ihrerseits Vertragsgegenstand bzw Gegenstand rechtsgeschäftlicher Dispositionen des Verwenders mit Dritten ist (zB Verkauf kompromittierender Fotos). Indirekte Gewinne sind eine Begleiterscheinung der zuweisungswidrigen Nutzung, sie resultieren nicht unmittelbar aus der Verwendung als Vertragsgegenstand bzw aus der rechtlichen Disposition des Verwenders mit Dritten (zB höhere Werbeeinnahmen durch mehr Besucher auf einer Website).

Für die Gewinnermittlung bietet die immaterialgüterrechtliche Rsp Ansatzpunkte. Als Grundregel gilt, dass der Reingewinn maßgeblich ist.<sup>88</sup> Vereinfacht folgt die Gewinnberechnung der Formel „Umsatz (Erlös) abzüglich variabler Kosten“. Der Abzug von Fixkosten (Vollkostenrechnung) ist unzulässig, weil diese Aufwendungen unabhängig vom Eingriff angefallen sind.<sup>89</sup> Diese Art der Berechnung erlaubt auch, abstrakte Vermögensvorteile (zB Reduktion von Verlusten) zu erfassen. Es geht also um den wirtschaftlichen Vorteil, der auch in einer Verlustminimierung bestehen kann.<sup>90</sup>

Mit dem Schweizerischen Bundesgericht<sup>91</sup> darf der Begriff des Gewinns nicht so verstanden werden, dass jedenfalls Mehreinnahmen mit der zuweisungswidrigen Nutzung erzielt hätten werden müssen. Fügt sich etwa die Persönlichkeitsverletzung in den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb ein, ist der Gewinn anhand des gewöhnlichen Laufs der Dinge zu ermitteln. Dementsprechend ist es ausreichend, dass die Verletzung von Persönlichkeitsrechten zur Absatzförderung geeignet war, also bspw zum Generieren und Halten der Auflage oder der Leserzahl bei Medien. Dann kann bspw auch auf den durchschnittlichen Seitenerlös abgestellt werden – dafür ist der Gesamterlös aus Vertrieb und Werbung zu ermitteln, durch die Seitenzahl der Publikation zu teilen und auf den Umfang des verletzenden Beitrags anzupassen.<sup>92</sup>

<sup>79</sup> OGH 3 Ob 492/38 SZ 20/182; ORK Rkv 7/53 EvBl 1953/207; OGH 3 Ob 624/54 EvBl 1955/148; 5 Ob 181/61 EvBl 1961/521; 5 Ob 407/61 SZ 34/197; 6 Ob 285/66 EvBl 1967/82; für eine Übersicht s auch *Spielbüchler*, Der Dritte im Schuldverhältnis (1973) 268f.

<sup>80</sup> *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 74.

<sup>81</sup> Ausführlich *Pierer*, Verwendungsanspruch Rz 256ff.

<sup>82</sup> OGH 1 Ob 82/05y MietSlg 58.537; 17 Ob 21/09a ÖBl 2010, 275 (*Kletzer*); grundlegend 4 Ob 369, 370/75 SZ 49/63 (zu § 9 UWG aF).

<sup>83</sup> *Kozio/Spitzer* in *KBB*<sup>7</sup> § 1041 Rz 14; *Meissel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 1041 Rz 19; *Apathy/Perner* in *Schwimmann/Kodek* VI<sup>5</sup> § 1041 Rz 33.

<sup>84</sup> OGH 4 Ob 91/73 SZ 46/112; 4 Ob 33/21p EvBl 2021/98 (*Brenn/A. Koller*).

<sup>85</sup> OGH 4 Ob 243/17i SZ 2018/21; 4 Ob 33/21p EvBl 2021/98 (*Brenn/A. Koller*).

<sup>86</sup> OGH 4 Ob 237/02k MR 2003, 111 – weil nicht erkennbar sei, in welchem Ausmaß der Verkaufserfolg gerade auf die im konkreten Fall beanstandete Werbung zurückzuführen sei.

<sup>87</sup> Schweizerisches Bundesgericht 5C.66/2006 BGE 133 III 153, 162; zustimmend *S. Wolf*, Persönlichkeitsverletzung und Gewinnherausgabe, in *Wolf/Mona/Hürzeler*, Prävention im Recht (2008) 221 (232f).

<sup>88</sup> OGH 4 Ob 213/18d ÖBl 2019, 149 (*Schneider*).

<sup>89</sup> OGH 4 Ob 182/13p ecolex 2014, 351 (*Heffermann*).

<sup>90</sup> *Prinz*, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien, NJW 1996, 953 (956f); so auch ausdrücklich Schweizerisches Bundesgericht 5C.66/2006 BGE 133 III 153, 165.

<sup>91</sup> Schweizerisches Bundesgericht 5C.66/2006 BGE 133 III 153, 162.

<sup>92</sup> *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte (1999) 55f.

### e) Eigenleistung und Kausalitätsabschlag

Nach Lehre<sup>93</sup> und Rsp<sup>94</sup> ist die Eigenleistung des bereicherten Verwenders zu berücksichtigen, wenn er einen gewichtigen eigenen Beitrag für die Vermögensvermehrung geleistet hat. Es gelte zu vermeiden, dass der Verkürzte unverhofft zu einem Geldregen kommt oder „das Geschäft seines Lebens“ macht – je höher der Beitrag des unredlichen Verwenders, umso weniger sei es berechtigt, dass der Verkürzte das erhält, was nur Produkt seines Rechtsguts und der Anstrengungen des Bereicherten sei.<sup>95</sup>

*Kerschner* vertritt seit Jahrzehnten consequent, dass dem Unredlichen kein Anteil am Gewinn, sondern nur Aufwandsersatz gebühre.<sup>96</sup> Aus Beispiel dient etwa ein Fall, in dem der OGH den aus dem Eingriff in ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster erzielten Gewinn von € 54.000,- zu 90% der beklagten Bereicherungsschuldnerin zugesprochen hat, sodass nur 10% dem klagenden Unternehmen als Inhaber des geschützten Rechts zukamen.<sup>97</sup> Die anteilige Gewinnherausgabe komme „fast einer Aufforderung“ zur vorsätzlichen Verletzung fremder Immaterialgüterrechte nahe und widerspreche schon der Pflicht des Unredlichen (gem § 335 ABGB), dem Verkürzten auch alle möglichen Nutzungen herauszugeben.<sup>98</sup>

*Kerschners* kritischer Auffassung ist zu folgen – ansonsten rückt die Eigenleistung des rechtswidrig Handelnden gegenüber seiner Unredlichkeit zu stark in den Vordergrund. Kann nämlich der Unredliche einen Anteil am Gewinn entsprechend seiner Eigenleistung behalten, stellt ihn der Vergleich mit redlichem Verhalten sogar besser. Ein Redlicher hätte nämlich bei „redlichem Alternativverhalten“ gar keinen Gewinn erzielen können, weil er die Rechtsgüter Dritter achtet. Derjenige, der sich – wie *Kletečka* es zugespitzt formuliert – „aus Dummheit an das Gesetz gehalten hat“, hier also der Redliche, stünde vermögensmäßig um das schlechter, was der Unredliche trotz seiner Unredlichkeit behalten dürfte, was auf eine dysfunktionale Verhaltenssteuerung hinausläuft.<sup>99</sup> Eine wirksame Präventionsmaßnahme muss mit einer Sanktion einhergehen, die das Auslassen der Gewinnchance attraktiver erscheinen lässt als das unredliche Verhalten.<sup>100</sup>

Daher sind sowohl die Eigenleistung des Unredlichen als auch die Spekulationsabwehr bzw die Schlechterstellung des Unredlichen zu berücksichtigen. Ein dementsprechendes Ergebnis lässt sich erzielen, wenn der Beitrag des Unredlichen vergütet wird, er also Wertersatz dafür erhält und der verbleibende Gewinn dem Verkürzten zugewiesen wird.<sup>101</sup> Der Unredliche erhält also jede vermögenswerte Leistung und insb seine eigene Arbeitsleistung abgegolten, den Gewinn muss er aber herausgeben. Dieser Zugang findet sich etwa in § 336 und § 418 ABGB, die dem Unredlichen einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen bzw zumindest ein Wegnahmerecht<sup>102</sup> gewähren, indem beide Bestimmungen auf die Regeln für die (somit angewandte) Geschäftsführung ohne Auftrag verweisen.<sup>103</sup>

### E. Zusammenfassung

- ▶ Das Bereicherungsrecht bietet einen geeigneten Weg, den Schutz von Persönlichkeitsrechten effektiver zu gestalten, indem ein Eingriff – anders als bisher – wirtschaftlich unattraktiv gemacht wird.
- ▶ Jede Person ist Träger von Persönlichkeitsrechten, die von vornherein sowohl ideeller als auch materieller (vermögenswerter) Natur iSd §§ 16, 17 a ABGB sind. Die Figur des „geldwerten Bekanntheitsgrades“ ist hingegen abzulehnen, weil sie nur ein Sonderverwertungsrecht für Prominente schafft.

- ▶ Verwendung iSd § 1041 ABGB ist jede dem Zuweisungsgehalt des vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts widersprechende Nutzung, das ist jeder rechtswidrige Eingriff.
- ▶ Wirtschaftliche Verwertbarkeit und Lizenzbereitschaft sind keine Voraussetzungen für den Verwendungsanspruch bei Persönlichkeitsrechten.
- ▶ Der redliche Verwender schuldet angemessenes Benützungsentgelt. Angemessen ist jenes Entgelt, das üblicherweise für eine gleichartige, im Voraus eingeholte Einwilligung gezahlt wird.
- ▶ Unredlichkeit liegt erst bei Wissen oder indiziertem Wissen vor. Der Unredliche schuldet die Herausgabe des gesamten Reingewinns. Er erhält nur seine Arbeitsleistung abgegolten, ansonsten ist seine Eigenleistung nicht zu berücksichtigen.

### Plus

#### ÜBER DEN AUTOR

Internet: [www.joachimpierer.at](http://www.joachimpierer.at)

#### WEITERFÜHRENDE LITERATUR

*Pierer*, Verwendungsanspruch und Gewinnabschöpfung im Persönlichkeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zu § 1041 ABGB (2023).

<sup>93</sup> *Wilburg*, Bereicherung 128 ff; *Apathy*, Verwendungsanspruch 115, 119 f; *F. Bydlinski*, System 286 f; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.09</sup> § 1041 Rz 25 (Stand 15. 9. 2023, rdb.at); *Koziol/Spitzer* in *KBB* § 1041 Rz 15; *Apathy/Perner* in *Schwimann/Kodek VI* § 1041 Rz 37; *Bollenberger*, Das Stellvertretende Commodum (1999) 322 ff.

<sup>94</sup> OGH 2 Ob 404/67 JBl 1969, 272; 5 Ob 910/76 EvBl 1977/231; 1 Ob 65/97h SZ 70/48; 6 Ob 52/19v Zak 2019/681.

<sup>95</sup> *F. Bydlinski*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252 (255, 257).

<sup>96</sup> *Kerschner*, JBl 1978, 411 (417); *ders* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 76, 91; *ders* in *Klang*<sup>3</sup> § 1437 Rz 44 f.

<sup>97</sup> OGH 4 Ob 213/18d ÖBl 2019, 149 (*Schneider*); zu dieser E ausführlich *Göbel*, Der Kausalitätsabschlag beim Verletzergewinn, MR 2019, 32.

<sup>98</sup> *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 76.

<sup>99</sup> *Kletečka*, Effektivitätsdefizite und dysfunktionale Verhaltenssteuerung im Privatrecht – Kann das Schadenersatzrecht hier etwas leisten? JBl 2018, 497 (500).

<sup>100</sup> *Köndgen*, Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns, RabelsZ 2000, 661 (684 ff).

<sup>101</sup> *Kerschner* in *Klang*<sup>3</sup> § 1041 Rz 13; *ders* in *Klang*<sup>3</sup> § 1437 Rz 87; so für den Verkauf fremder Sachen *Apathy*, Verwendungsanspruch 115; *Bollenberger*, Commodum 325 f.

<sup>102</sup> Vgl *Meissel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> §§ 1037, 1038 Rz 10.

<sup>103</sup> *Apathy*, Verwendungsanspruch 114 f.