

Christian Bergauer, Reingard Riener-Hofer,  
Thorsten Schwark, Elisabeth Staudegger (Hrsg)

# Forensigraphie

Möglichkeiten und Grenzen IT-gestützter  
klinisch-forensischer Bildgebung

Sonderdruck

2017

ISBN 978-3-7097-0124-9

 Jan Sramek Verlag

CLEMENS THIELE

## Ist der postmortale Bildnisschutz ein Anachronismus?

Persönlichkeitsrechtliche Aspekte der forensischen Bildgebung

### Deskriptoren

Persönlichkeitsrecht; Postmortalität; Recht am eigenen Bild Verstorbener; Recht der Neuen Medien; Bildnisschutz; Bildgebung, forensische; Angehörigeninteressen, widerstreitende; Interessenbeeinträchtigung, postmortale; Schutzdauer; Personenbildnis; Rechtsfolgen bei Verletzung des Bildnisschutzes.

## I. Einleitung

Die technischen Grundlagen und Möglichkeiten bildgebender Verfahren sind bereits in diesem Tagungsband an anderer Stelle<sup>1</sup> umfangreich dargelegt worden. Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie und ihre Ergebnisse aus zivilrechtlicher Perspektive besondere Herausforderungen bezüglich des Persönlichkeitsschutzes der abgebildeten Personen mit sich bringen. Da es kein »Gesetz zum Schutz der Persönlichkeit beim Einsatz bildgebender Verfahren« gibt und auch in absehbarer Zeit nicht geben wird, muss – einmal mehr – auf geltendes, tradiertes Recht zurückgegriffen werden. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu insbesondere im vorliegenden Sammelband die Beiträge von *Bornik*, Integrierte computergestützte Fallanalyse auf Basis von 3D-Bildgebung. Die Notwendigkeit der 3D-Bildgebung in der forensischen Fallanalyse, 227 ff sowie *Buck*, Anwendung und Möglichkeiten des 3D-Oberflächenscanning in der Forensik, 259 ff.

auf die persönlichkeitsrechtliche Beurteilung der innovativen Techniken nach § 78 UrhG, ergänzt um §§ 16, 43 ABGB. Die »Forensigraphie«<sup>2</sup> rückt die postmortale Dimension des menschlichen Bildnisschutzes mit ihren neuartigen Verfahren und Analysemethoden auch in den Fokus der Rechtswissenschaften. Sie leistet damit einen wertvollen Beitrag zur dogmatischen und in der Folge auch praktischen Klärung dieser in der juristischen Literatur<sup>3</sup> meist vernachlässigten Thematik.

## II. Rechtsphänomene in Neuen Medien – Bildnisschutz als Anachronismus?

Dem deutschen Filmemacher *Wim Wenders* wird der Satz zugeschrieben: »Am Anfang war das Wort, ... und am Ende bleibt vielleicht ein Bild.«<sup>4</sup> Damit stellt sich die prägnante Frage im Titel dieses Beitrages nach dem Grund des postmortalen Bildnisschutzes in unserer Zeit.

Noch vor kurzem staffierten die reißerischen Bilder von an Ebola verstorbenen Menschen Titelseiten von Online- wie Offline-Zeitungen aus:

- 
- 2 Siehe dazu im vorliegenden Sammelband den Beitrag von *Riener-Hofer*, »Forensigraphie« – Treffpunkt zwischen Recht und Bildgebung, 1 ff.
- 3 Vgl folgende Auswahl: *Wolkerstorfer*, Urheberrecht für lehrende Mediziner, RdM 2016/84, 128; *Pierer*, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBl 2014/42, 200; *Rössl*, Tote Körper. Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosigkeit, *juridikum* 2014, 250; *Olsena*, Legal protection of deceased: Why to protect and how to protect? A reflection on law and medicine, *juridikum* 2014, 240; *Rest*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – ein Überblick, MR 2012, 113; *Gebauer*, Digitale Verlassenschaft – Was passiert mit Facebook-Accounts & Co?, ZIIR 2015, 382; *Gerhartl*, Postmortales Persönlichkeitsrecht, Zak 2011/352, 187; *Thiele*, Der digitale Nachlass – Erbrechtliches zum Internet und seinen Diensten, *jusIT* 2010/79, 167; *Böhssner*, Digitale Verlassenschaft – Tod im »Social Network«, Zak 2010/635, 368; *Schauer*, Nachlass und vererbliche Rechtsverhältnisse, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 383; *Barta*, De mortuis nihil nisi bene – Postmortaler Persönlichkeitsschutz in der Antike, in *Barta/Radner/Held/Scharnreither* (Hrsg), Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial- und Zivilrecht. FS Binder (2010) 45; *Kopetzki*, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in *Grafl/Medigovic* (Hrsg), FS Burgstaller (2004) 601; *Eisenberger*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in *Eisenberger et al.* (Hrsg), Norm und Normvorstellung. FS Funk (2003) 175; *F. Bydliński*, Paradoxe Geheimnisschutz post mortem?, JBl 1999, 553.
- 4 Zitiert nach *Fleig*, *Wim Wenders. Hermetische Filmsprache und Fortschreiben antiker Mythologie* (2005) passim.



Abbildung 1: © BILD-ZEITUNG 2014.

Dazu drängt sich die im Titel gestellte Frage nicht nur als bloß rhetorisch auf:



Abbildung 2: <www.bild.de>.

Im Jahr 2016 beschäftigt schließlich folgender Fall die österreichischen Gerichte: Die Witwe eines aus Niederösterreich stammenden Mannes klagt ua die Wiener Zeitung, weil sie von der EU-Kommission frei gegebene Schockbilder für Zigarettenpackungen veröffentlicht hat. Eines der zur Abschreckung eingesetzten Aufdrucke soll den verstorbenen Ehemann im Wiener AKH bei Wiederbelebungsmaßnahmen zeigen – der Mann war Nichtraucher:



Abbildung 3: <[www.welt.de](http://www.welt.de)>.

»Ein Sprecher der EU-Kommission versicherte, der Abgebildete wäre ein Schauspieler, der sich mit der Veröffentlichung einverstanden erklärt hätte. Dass das Foto die Angehörigen des Niederösterreichers aufwühle, tue ihm leid, sagte der Sprecher: »Unglücklicherweise schauen sich manche Menschen ähnlich. Das kann man leider nicht verhindern.« Aus Datenschutzgründen will die Kommission die Identität des

Schauspielers nicht bekanntgeben. Das Wiener AKH schloss wiederum gegenüber dem Österreichischen Rundfunk (ORF) aus, dass das Foto im AKH aufgenommen wurde. Die abgebildete Ausrüstung wie Defibrillator, Beatmungsschläuche und Wäsche würden »mit Sicherheit nicht verwendet«, hieß es in einer Stellungnahme.<sup>5</sup>

Das Bild eines verstorbenen Menschen ist zur digital verfügbaren Massenware, zum scheinbar unerschöpflichen Rohstoff des Informationszeitalters geworden. Die Medien zögern nicht, damit ihre eigenen Produkte »aufzuputzen« und Abbildungen Toter für Werbezwecke einzusetzen. Der (postmortale) Bildnisschutz mutet in der Tat als Anachronismus an, dh als »eine durch die allgemeinen Fortschritte, Errungenschaften usw. überholte oder nicht mehr übliche Erscheinung«.<sup>6</sup>

Diese Situation ist indessen keineswegs neu, sondern tritt immer dann ein, wenn neue Techniken<sup>7</sup> massenhaft zum Einsatz kommen. Im Jahr 1890 veröffentlichten die amerikanischen Rechtsanwälte *Samuel Warren* und *Louis D. Brandeis* den bahnbrechenden Aufsatz »The Right to Privacy« in der *Harvard Law Review*.<sup>8</sup> Darin leiteten sie aus den Rechtsgrundsätzen des Schutzes der Person und des Eigentums ein »*right to be left alone*« (auch: *right to be let alone*) ab, dh das Recht eines jeden Menschen, von anderen in Ruhe gelassen zu werden. Bereits aus diesem Grundsatz ergibt sich, dass der Bürger selbst über die Preisgabe der ihn betreffenden Informationen entscheiden soll. Anlass war das Fotografieren über den Gartenzaun in Nachbars Garten.

Als im Jahr 1898 der deutsche Reichskanzler *Otto von Bismarck* starb, ereignete sich für die damalige Zeit etwas Ungewöhnliches. Die Hamburger Fotografen *Willy Wilcke* und *Max Christian Priester* verschafften sich unbefugt Zugang zum Schloss Friedrichsruh, kletterten in das Sterbezimmer und fotografierten den auf dem Totenbett aufgebahrten Staatsmann:

5 Zitiert nach den OÖ Nachrichten vom 2.6.2016, <<http://www.nachrichten.at/nachrichten/chronik/Rechtsstreit-um-Schockfotos-auf-Zigarettenpackungen>>; art58,22 50563 (abgefragt am 12.10.2016).

6 *Duden*, Fremdwörterbuch<sup>9</sup> (2007) 61.

7 Semantisch genau genommen bezeichnet »Technologie« die Lehre von der Technik, nicht die Technik selbst. In Übernahme der anglo-amerikanischen Begrifflichkeit »*technology*« neigt aber auch der Sprachgebrauch im Deutschen zu einer synonymen Verwendung beider Begriffe (vgl *Wahrig*, Wörterbuch der deutschen Sprache<sup>5</sup> [2013] 933).

8 *Warren/Brandeis*, The Right to Privacy, 1890 Harv.L.Rev. IV, 193.



*Das erste bekannte Paparazzi-Foto vom 31. Juli 1898 Otto von Bismarck auf dem Totenbett*

*Abbildung 4: © Wilcke und Priester/Bildarchiv Denkmalschutz Hamburg.*

In den folgenden Jahren befassten sich die Gerichte<sup>9</sup> mit den Fotografen, die schlussendlich – mangels einschlägiger Rechtsgrundlage – nicht wegen Bildnisschutzverletzung, sondern wegen Hausfriedensbruchs belangt werden konnten. Entsetzt über diese Gesetzeslücke löste die einflussreiche Familie Bismarck eine Debatte über den Umgang mit Abbildungen von Personen aus. Ergebnis dieser Debatte war ua der Erlass des Kunsturhebergesetzes (KUG) im Jahr 1907,<sup>10</sup> das noch heute in seinem § 22 das »Recht am eigenen Bild« in Deutschland regelt.

9 RG 28.12.1899, Rep VI. 259/99 (Aufnahmen Bismarcks auf dem Totenbett) = RGZ 45, 170; kritisch dazu bereits *Kohler*, *Das Eigenbild im Recht* (1903) 11 f.

10 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KUG) vom 9.1.1907, RGBl 1907, 7 mehrfach nov.

### III. Postmortaler Bildnisschutz in Österreich

Die österreichische Regelung zum postmortalen Bildnisschutz stammt aus dem Jahr 1936 und ist seither unverändert geblieben. Lediglich aufgrund des Verweises in § 78 Abs 2 auf § 77 Abs 2 UrhG ist im Jahr 2009<sup>11</sup> eine Erweiterung der Anspruchsberechtigten erfolgt. Es handelt sich um ein **besonderes Persönlichkeitsrecht** (vgl § 16 ABGB), das aus historischen Gründen im Urheberrechtsgesetz geregelt ist. Es stellt kein Urheberrecht iES dar, was § 78 Abs 2 in Verbindung mit § 77 Abs 4 UrhG ausdrücklich festhält. Ein besonderes Persönlichkeitsrecht liegt deshalb vor, da lediglich ein Teilaspekt der menschlichen Persönlichkeit, eben das durch Bildnisse fixierbare Aussehen eines Menschen, den Gegenstand der rechtlichen Regelung bildet.

#### A. Postmortale Interessenbeeinträchtigung

§ 78 Abs 1 leg cit lautet:

(1) Bildnisse von Personen dürfen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden, wenn dadurch berechnigte Interessen des **Abgebildeten** oder, falls er **gestorben** ist, **ohne** die Veröffentlichung **gestattet oder angeordnet** zu haben, eines **nahen Angehörigen** verletzt würden.<sup>12</sup>

Der postmortale Bildnisschutz setzt zunächst einmal voraus, dass jene Person, deren Bildnis öffentlich verbreitet wird (a) verstorben ist und (b) nahe Angehörige hinterlassen hat. Fehlt es an der Voraussetzung (b), läuft der postmortale Bildnisschutz ex lege ins Leere, da eine bloße Erbenstellung weder zur Geltendmachung der Abwehrensprüche<sup>13</sup> erforderlich noch ausreichend ist.

Der Bildnisschutz vor und nach dem Tod des Abgebildeten weist zunächst folgende Gemeinsamkeiten auf:

- ▷ Interesseprinzip: Anders als in Deutschland (vgl § 22 KUG) gilt nicht das Verbotprinzip, sondern das **Interesseprinzip**, dh grund-

11 Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 (FamRÄG 2009) BGBl I 2009/75 stellt dem Ehepartner den Lebensgefährten gleich.

12 Hervorhebungen vom Verfasser.

13 Siehe dazu im Einzelnen Kapitel IV.

sätzlich ist die Verbreitung von Personenbildnissen erlaubt, außer Persönlichkeitsinteressen des Abgebildeten werden verletzt.

- ▷ Der Vorschrift liegt ein ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstab zu Grunde.<sup>14</sup>
- ▷ Geschützt wird die individuelle Entscheidung des Abgebildeten aus seiner Anonymität herauszutreten.<sup>15</sup>

Ausgehend vom Wortlaut der eingangs zitierten Bestimmung geht ein Teil der Lehre<sup>16</sup> von einer **doppelten Prüfung der Interessenverletzung** für den postmortalen Bildnisschutz aus:

1. Zunächst ist so zu prüfen, als wäre der **Abgebildete selbst** betroffen: dabei ist jedenfalls eine Interessenverletzung in den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten **vier Fallgruppen** zu bejahen.<sup>17</sup>
2. In einem zweiten Schritt ist – sofern keine Interessenverletzung eingetreten ist – eine davon unabhängige **Interessenverletzung der Angehörigen** durch die Bildnisveröffentlichung möglich.<sup>18</sup>

Im Ergebnis ist also eine doppelte Interessenbeeinträchtigung zu berücksichtigen. Verletzt die Bildnisherstellung<sup>19</sup> oder -veröffentlichung entweder »*berechtigte Interessen des Abgebildeten*« oder »*berechtigte Interessen eines nahen Angehörigen*«, ist sie postmortal unzulässig. Demgegenüber hält die Rechtsprechung<sup>20</sup> daran fest, dass

- ▷ § 78 UrhG nach dem Tod des Betroffenen einen Anspruch der nahen Angehörigen vorsieht,
- ▷ es dabei schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmungen auf deren Interessen ankommt,
- ▷ diese Interessen aber im Regelfall schon dann beeinträchtigt sein werden, wenn die Interessenabwägung zu Lebzeiten des Betroffenen zu Gunsten des Abgebildeten ausgegangen wäre.

14 OGH 30.1.1990, 4 Ob 161/89 (Falsche Ärztin) = MR 1990, 224 (Walter).

15 OGH 13.9.1999, 4 Ob 187/99z (Judenfluchttrumpf) = MR 2000, 143 (Korn).

16 Thiele in Ciresa, UrhG § 77 Rz 66.

17 Dazu gleich unten Kapitel III.F.

18 So bereits OGH 16.3.1955, 3 Ob 17/55 (Gerichtssaalbericht).

19 Dazu gleich unten Kapitel III.E.

20 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a (Russen-Anwalt/Dubiose Geschäfte/Rotlichtmilieu) = ÖBl 2014/39, 184 (Gramma) = jusIT 2014/47, 92 (kritisch Thiele) = EvBl 2014/86 (Brenn) = ecolex 2014/192, 513 (Wilhelm) = MR 2014, 140 (Lanzinger-Twardosz); dazu Pierer, ÖBl 2014/42, 200 (201).

Eine *besondere* Begründung für eine eigene Interessenbeeinträchtigung der Angehörigen ist daher in der Regel nicht erforderlich.<sup>21</sup> Ein Blick auf den Wortlaut des Gesetzes in § 78 Abs 1 UrhG<sup>22</sup> iZm den Materialien<sup>23</sup> offenbart aber, dass sich demgegenüber die Angehörigen des Verstorbenen der Veröffentlichung nicht widersetzen können, wenn der Verstorbene selbst die Veröffentlichung erlaubt hat.<sup>24</sup> So hat erst jüngst der 1. Senat<sup>25</sup> im Fall einer behauptendermaßen rechtswidrigen Obduktion festgehalten, dass es sich beim postmortalen Persönlichkeitsschutz »nicht um die Beeinträchtigung eines eigenen Rechts der Angehörigen handelt, sondern dass die Angehörigen die Rechte des Verstorbenen geltend machen«.

In der Praxis kommt den unterschiedlichen Ansätzen von Lehre und Rechtsprechung kaum Bedeutung zu, sieht man von dem bislang noch nicht praxisrelevanten Fall<sup>26</sup> einander widersprechender Erklärungen des Abgebildeten und der Angehörigen ab.<sup>27</sup>

## B. Anspruchsberechtigte

Das Gesetz nennt in § 78 Abs 2 in Verbindung mit § 77 Abs 2 UrhG »nahe Angehörige« als dazu legitimiert, Ansprüche aus postmortalem Bildnisschutz zu verfolgen. Der Wortlaut nennt lediglich zwei Gruppen, nämlich

- a. **Verwandte** in auf- und absteigender Linie, dh Vorfahren und Nachfahren wie zB Eltern, Großeltern, Kinder, Enkelkinder, Urenkel.
- b. die jeweils überlebenden **Ehegatten bzw Lebensgefährten**: Im Sinn der mit dem FamRÄG 2009<sup>28</sup> angestrebten Angleichung der Position

21 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a, Pkt. 1.5.

22 »... ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben ...«.

23 Abgedruckt in der Textausgabe von *ProLibris*, Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz 2006. Texte. Materialien. Judikatur<sup>3</sup> (2015) 246.

24 Der Fall der Anordnung ist in der Gestattung enthalten, mit anderen Worten, es liegt eine Erlaubnis zur Veröffentlichung durch den Abgebildeten vor. Diese kann zu Lebzeiten erteilt worden sein, kann aber auch von Todes wegen verfügt werden.

25 OGH 30.08.2016, 1 Ob 116/16i = Zak 2016/670, 354 mit weiteren Nachweisen.

26 Diese Frage könnte sich insbesondere dann stellen, wenn der Verstorbene der Veröffentlichung zugestimmt hatte (vgl *Thiele* in *Ciresa*, UrhG § 77 Rz 66, der eine solche Zustimmung für irrelevant hält) oder wenn er sie aus anderen Gründen hinnehmen musste (vgl OGH 16.3.1955, 3 Ob 17/55 [Gerichtssaalbericht]), wonach ein Anspruch der Angehörigen in einem solchen Fall trotzdem möglich scheint.

27 Vgl aber *F. Bydlinski*, JBl 1999, 553.

28 BGBl I 2009/75.

der Lebensgefährten an die Position verheirateter Personen und der beabsichtigten Beseitigung von Diskriminierungen stellt § 77 Abs 2 UrhG, auf den § 78 Abs 2 leg cit verweist, den überlebenden Partner einer Lebensgemeinschaft dem überlebenden Ehegatten gleich.

Zur Klagslegitimation der nahen Angehörigen hat es die Rechtsprechung<sup>29</sup> zunächst offen gelassen, ob dies eine »treuhändische Nachfolge« darstellt, oder ob der Angehörige eigene Interessen am Ruf des Verstorbenen verteidigt. Die jüngere Rechtsprechung<sup>30</sup> neigt offenbar der Auffassung zu, dass es sich stets um eigene Interessen der Angehörigen handelt, mit anderen Worten, es gar kein postmortales Persönlichkeitsrecht gibt, sondern die »vitale Persönlichkeit« der Angehörigen verletzt wird.

Auf eine (allfällige) Erbenstellung des Angehörigen kommt es – in allen Gruppen – nicht an.<sup>31</sup> Ebenso bedarf es keiner Einstimmigkeit unter den Angehörigen. Dass die in Betracht kommenden Angehörigen den Anspruch nur gemeinsam geltend machen könnten, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.<sup>32</sup>

Damit kann durchaus der Fall eintreten, dass ein Angehöriger zB der Vater des Verstorbenen eine Veröffentlichung des Personenbildnisses seines Sohnes durchsetzen möchte, die Tochter des Abgebildeten dies jedoch zu verhindern trachtet.<sup>33</sup> Dazu sei ein tiefergehender Blick auf die sog »Exhumierungs-Judikatur«<sup>34</sup> gestattet, um daraus Erkennt-

29 OGH 29.8.2002, 6 Ob 283/01p (Omofuma).

30 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a (Russen-Anwalt/Dubiose Geschäfte/Rotlichtmilieu) = ÖBl 2014/39, 184 (*Grams*) = jusIT 2014/47, 92 (kritisch *Thiele*) = EvBl 2014/86 (*Brenn*) = eolex 2014/192, 513 (*Wilhelm*) = MR 2014, 140 (*Lanzinger-Twardosz*); dazu *Pierer*, ÖBl 2014/42, 200 (201).

31 *A.Kodek in Kucsko*, urheber.recht (2008) § 77 UrhG Pkt. 2.3.; ebenso *Mitteis*, Grundriss des Österreichischen Urheberrechtes (1936) 145. Dass es sich bei diesen gleichzeitig auch um Erben des Verstorbenen handelt, ist entgegen der von *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991) 119, offenbar vertretenen Ansicht nicht erforderlich. Umgekehrt ist es auch denkbar, dass ein Erbe des Abgebildeten nicht auch gleichzeitig ein naher Angehöriger im Sinne der §§ 78, 77 Abs 2 UrhG ist; in diesem Fall kommt ihm ungeachtet seiner Stellung als Erbe der Bildnisschutz keinesfalls zu (so zutreffend *A.Kodek in Kucsko*, urheber.recht § 78 Pkt. 3.3. in FN 91).

32 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a Pkt. 2.

33 Einen Rechtsstreit zwischen zwei getrennt lebenden Eltern um die Veröffentlichung eines Lichtbildes ihres minderjährigen Sohnes auf der Website eines Dritten haben die Gerichte jüngst zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Kindes entschieden (OGH 6.7.2016, 7 Ob 81/16m).

34 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k (Exhumierung zur Feuerbestattung).

nisse für die Lösung von Konflikten unter den Anspruchsberechtigten des postmortalen Persönlichkeitsschutzes zu gewinnen:

»Im Ausgangsfall waren die späteren Streitteile bereits geschieden. Ihrer Ehe entstammte eine Tochter, die nach der Scheidung bei der Mutter, der späteren Beklagten lebte. Zum Vater, dem späteren Kläger, bestand eher unregelmäßig Kontakt. Im Alter von 20 Jahren verunglückte die Tochter bei einem Unfall tödlich und wurde – über Initiative des Vaters – auf dem Friedhof in einem Einzelgrab beerdigt. Dem hatte sich die Mutter zunächst nicht widersetzt, obwohl sie wusste, dass ihre Tochter mehrmals geäußert hatte, nicht beerdigt, sondern feuerbestattet werden zu wollen, da sie Angst davor hatte, »von den Würmern zerfressen zu werden«. Dennoch pflegte die Beklagte die Grabstätte, die auch für zehn Jahre bezahlt war.

Etwa zwei Jahre nach dem Tod der Tochter leitete die Beklagte allerdings die Exhumierung und Feuerbestattung der Leiche (Beisetzung in einem Urnengrab) in die Wege. Daraufhin brachte der Vater eine Unterlassungsklage ein und begehrte, die Beklagte schuldig zu erkennen, sich einseitiger Verfügungen über die Leiche zu enthalten und insbesondere die beabsichtigte Enterdigung und anschließende Feuerbestattung nicht durchzuführen.

Das Erstgericht wies die Klage ab, da es der festgestellte Wille der Tochter war, eine Feuerbestattung zu erhalten. Der Wille der Verstorbenen ginge einem (allfälligen) Mitverfügungsrecht des Klägers über das weitere Schicksal der Leiche vor. Das Berufungsgericht bestätigte und ließ die ordentliche Revision zu. Das Höchstgericht hatte sich daher mit der Frage von gewisser gesellschaftlicher Bedeutung zu befassen, welche Umstände für eine Umbettung bzw Änderung der Bestattungsart mehr als zweieinhalb Jahre nach der Beerdigung zu beachten wären.«

Der OGH bestätigte die Klagsabweisung und räumte dem Wunsch der verstorbenen Tochter den juristischen Vorrang ein.<sup>35</sup> Die Motivation der Beklagten, dem Wunsch ihrer Tochter nach Feuerbestattung doch noch nachzukommen und dadurch einen Zustand zu beenden, den die Tochter wiederholt als sie ängstigend bezeichnet hatte, war ein Ausdruck der Pietät und rechtfertigte die beabsichtigte Exhumierung. Auch aus dem Blickwinkel der Totenruhe war kein entscheidender Einwand gegen das Vorhaben der Beklagten zu erheben.

---

35 OGH 27.10.1999, 7 Ob 225/99k (Exhumierung zur Feuerbestattung).

Aber selbst wenn der hypothetische Wille der Verstorbenen – entgegen den erstertrichterlichen Feststellungen – mit entsprechender Sicherheit bzw. Wahrscheinlichkeit nicht ermittelt hätte werden können, hätten im Zweifel die nächsten Angehörigen zu entscheiden. Waren diese, wie hier, uneins, so gäbe die engere Nahebeziehung zum Verstorbenen den Ausschlag. Im vorliegenden Fall wäre daher das Entscheidungsrecht auch subsidiär der Beklagten zuzubilligen gewesen.

Prozessgegenstand bildete die von der Mutter – ohne Zustimmung des Vaters – eingeleitete Umbettung aus dem Erdgrab hin zum Urnengrab. Legt man die aus den Exhumierungsfällen zu gewinnenden Grundsätze auf den postmortalen Bildnisschutz um, also auf das immaterielle Andenken an den Verstorbenen,<sup>36</sup> so fällt zunächst die Parallelität ins Auge, dass zur Geltendmachung des postmortalen Bildnisschutzes der Verstorbene der Mithilfe von Überlebenden bedarf. Entscheidend ist aber nach ständiger, zum Teil weit zurückreichender Rechtsprechung der – ausdrückliche oder mutmaßliche – Wille des Verstorbenen aufgrund seines über den Tod hinaus fortwirkenden<sup>37</sup> Persönlichkeitsrechts. Kann dieser Wille nicht mehr ausreichend festgestellt werden, bestimmen die nächsten Angehörigen:

- ▷ Mit einer im Jahr 1920 eingebrachten Klage begehrte der Erbe des Erwerbers einer Wiener Familiengruft das Urteil, den Beklagten für schuldig zuerkennen, ein Gesuch des Inhalts an das Friedhofsamt zu richten, dass die Exhumierung der Leiche des Vaters des Beklagten gestattet und auf Kosten des Beklagten vorgenommen werde. Der Vater des Beklagten war im Jahr 1917 dort nämlich nur »provisorisch auf Kriegsdauer« beigesetzt worden. Das Höchstgericht<sup>38</sup> wies die Klage ab, da den Beklagten keine Verpflichtung zur Exhumierung der Leiche traf und die Beisetzung mit Zustimmung der Voreigentümer der Gruft entsprechend dem Willen des Verstorbenen erfolgt war.
- ▷ In einem Anfang der 1930er Jahre anhängigen Rechtsstreit beabsichtigte die Klägerin, am Friedhof in Mödling eine Gruft zu erwerben

36 Zu neuen technischen Entwicklungen im virtuellen Totenkult siehe *Thiele*, Rechtssicherer Betrieb von Sozialen Trauerplattformen – Persönlichkeitsrechtliches zur Parte 2.0, RdW 2015/149, 148 mit weiteren Nachweisen.

37 Statt vieler *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 16 Rz 28 jeweils mit weiteren Nachweisen.

38 OGH 5.4.1922, 3 Ob 215/22.

ben, und ihre verstorbene Tochter exhumieren und in der neuen Gruft beisetzen zu lassen. Der Ehemann der Tochter verweigerte seine Zustimmung mit dem Bemerkten, selbst eine eigene Familiengruft zu errichten und dort seine Gattin beisetzen zu wollen. Die Mutter klagte schließlich ihren Schwiegersohn auf Duldung, der Enterdigung und folgender Beisetzung des Leichnams der Tochter bzw Ehefrau. Das Höchstgericht<sup>39</sup> wies die Klage ab und hielt fest, dass sich die Frage, ob Angehörige vor anderen berechtigt seien, die Art der Ausübung der Totenfürsorge zu bestimmen, nicht nach einer starren Aneinanderreihung verwandtschaftlicher Grade allgemein lösen lasse, sondern nur von dem »wirklich bestandenen Näheverhältnis« im Einzelfall abhängen kann.

- ▷ In Verfeinerung dieser Judikatur erließ das Höchstgericht<sup>40</sup> die von der Mutter und den Geschwistern des Verstorbenen im Jahre 1954 beehrte einstweilige Verfügung, »es werde der Witwe jede Verfügung über den Leichnam des verstorbenen Ehemannes, insbesondere die Enterdigung und Überprüfung und die Öffnung der Familiengruft untersagt«. Es haben zwar grundsätzlich die überlebenden Gatten, dann die Deszendenten, die Aszendenten und zuletzt die Seitenverwandten die Verfügung über die Beisetzung zu entscheiden. Von diesem Recht hat aber die beklagte Witwe schon dadurch Gebrauch gemacht, dass sie der Beisetzung ihres verstorbenen Gatten in der Familiengruft zustimmte. Die streitgegenständliche Exhumierung ist dadurch zu einer gemeinsamen Angelegenheit geworden, deren Bedeutung für alle Beteiligten vom Standpunkte der Pietät eine Majorisierung einer Minderheit nach irgendeinem Abstimmungsmodus ausschließt. Die Enterdigung kann also nur mit Zustimmung aller Beteiligten, also der Witwe und der übrigen über die Gruft verfügungsberechtigten Personen erfolgen. Solange daher keine Einigung erzielt werden, wobei die Möglichkeit besteht, analog § 835 ABGB eine Entscheidung des Außerstreitrichters herbeizuführen, dürfe der status quo nicht verändert werden.
- ▷ In der Folge bekräftigte die Rechtsprechung, für die Art und den Ort der Bestattung eines Leichnams sei vor allem der (mutmaßliche) Wille des Verstorbenen maßgebend. Es entspricht dabei dem

39 OGH 19. 5. 1931, 3 Ob 219/31.

40 OGH 23. 6. 1954, 1 Ob 445/54.

allgemeinen sittlichen Empfinden, die Ruhe des Toten möglichst ungestört zu lassen. Die Umbettung einer bereits beigesetzten Leiche kann daher nur aus ganz besonderen Gründen verlangt werden.<sup>41</sup>

- ▷ Das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen, über das Schicksal seines Leichnams zu bestimmen,<sup>42</sup> findet seine Grenzen in den öffentlich-rechtlichen Vorschriften und den guten Sitten im Sinne des § 879 ABGB. So wurde die Klage einer an der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit (kurz: »nvCJD«) leidenden Patientin abgewiesen, der Stadt Wien als Trägerin der öffentlichen Wiener Krankenanstalten zu verbieten, nach dem Tod der Klägerin, entnommene Organe ihrem Willen widersprechend zu verwenden. Die sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere nach § 40 Wr KAG und § 25 KAG (nunmehr: § 25 KAKuG), ergebenden Beschränkungen der betroffenen Person sind zu beachten.<sup>43</sup>
- ▷ Erst die jüngere Rechtsprechung<sup>44</sup> hat betont, dass es sich beim Verfügungsrecht über den Leichnam um ein höchstpersönliches Recht des Betroffenen handelt, das nicht von dessen Sachwalter ausgeübt werden kann. Beim »Vermächtnis zur Körperspende«, mit dem der Körper eines Menschen nach dessen Ableben einer medizinischen Universität zur ärztlichen Weiterbildung sowie für die medizinische Wissenschaft »vermachtet« wird, handelt es sich um die Ausübung eines dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, dem Recht auf Freiheit, dem Namensrecht, dem Recht auf Ehre, dem Urheberpersönlichkeitsrecht und dem Recht auf Privatsphäre in seiner Bedeutung für dessen Träger vergleichbaren höchstpersönlichen Rechts. Für die Verfügung über den eigenen Leichnam zu wissenschaftlichen und zu Lehrzwecken ist vor dem Tod der betreffenden Person allein deren rechtsgeschäftlicher Wille maßgebend, bei dessen Erklärung eine Vertretung nicht in Betracht kommt.

Resümierend ist daraus für widerstreitende Angehörigeninteressen für den postmortalen Bildnisschutz zu bemerken, dass das zivile Totenrecht nach wie vor eine Gesetzeslücke bildet, für die Analogiegrund-

41 OGH 6.12.1972, 1 Ob 257/72.

42 Vgl OGH 23.5.1984, 1 Ob 550/84.

43 OGH 11.5.2000, 7 Ob 62/00v (BSE-Verdacht).

44 OGH 13.12.2012, 1 Ob 222/12x (Körperspende).

lagen fehlen.<sup>45</sup> Wen Recht und Pflicht der sog »Totenfürsorge« treffen und wer deshalb insbesondere Art und Veröffentlichung von Bildnissen des Verstorbenen zu bestimmen hat, ist weder ausdrücklich geregelt noch den Gründen »verwandter« gesetzlicher Bestimmungen zu entnehmen.<sup>46</sup> Primär ist also nach herrschender Meinung<sup>47</sup> der Wille des Verstorbenen zu respektieren, soweit dies mit den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften vereinbar ist. Der Wille braucht hierbei nicht in einer bestimmten Form kundgetan worden zu sein, sondern kann unter Bedachtnahme auf die Grundsätze des § 914 ABGB aus den Umständen gefolgert oder hypothetisch ermittelt werden.

Im Fall einer beabsichtigten Verwendung und Verwertung bildgebender Verfahren in der Forensik ist auf Grund des fortwirkenden Persönlichkeitsrechtes des Verstorbenen dessen ausdrücklicher oder mutmaßlicher Wille maßgeblich; in diesem Zusammenhang ist aber auch der Grundsatz der Totenruhe zu beachten, der einem allgemeinen sittlichen Empfinden entspringt. Ein Teil der Verfassungslehre lässt den Schutz der Persönlichkeit, der aus einer möglichst umfassenden Achtung der Menschenwürde nach Art 1 GRC gebührt, über den Tod des Grundrechtsträgers hinausreichen.<sup>48</sup> Im Zweifel ist daher mE von einem Überwiegen des Geheimhaltungsinteresses, dh von einem Gebot nicht zu veröffentlichen, auszugehen.

Die Durchführung und Veröffentlichung der forensischen Bildgebung kann unter engen Voraussetzungen rechtmäßig erfolgen, nämlich für den »amtlichen Gebrauch«. § 78 Abs 2 UrhG stellt kraft Verweis auf § 41 UrhG die Benutzung von Personenbildnissen zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren frei. Erforderlich ist demnach ein ganz bestimmtes Allgemeininteresse zu besonderen legitimen Zwecken. Der EuGH hat zu dieser »gesetzlichen Lizenz ohne Vergütungsanspruch«<sup>49</sup> bereits ausgesprochen, dass die Benutzung, insbesondere die Veröffentlichung durch Medien, nicht aus eigener Initiative unter Berufung auf

45 So treffend *Egger* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-TaKomm<sup>3</sup> (2015) § 16 Rz 17.

46 Vgl *Bydlinski* in *Rummel* I<sup>3</sup> § 7 Rz 13.

47 *Helmich* in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2010) § 285 Rz 9 f mit weiteren Nachweisen.

48 So *Eisenberger* in FS Funk 175 (183); ebenso zum postmortalen Datenschutzrecht *Jahnel*, Handbuch Datenschutz (2010) Rz 2/8.

49 So *Thiele* in *Kucsko*, urheber.recht § 41 Pkt. 1.1.

das Ziel der öffentlichen Sicherheit erfolgen darf.<sup>50</sup> Darüber hinaus ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, sodass die beabsichtigte Verbreitung nicht über das verfolgte Ziel hinausgehen darf. Gerade der letzte Gesichtspunkt spielt vor allem bei der Verwendung von forensigraphischen Ergebnissen zur Illustration von Vorträgen, Lehrbüchern oder in Ausstellungen eine entscheidende Rolle. Bejaht der mutmaßliche Verbreiter die Frage nach einem gelinderen Mittel der Darstellung, kann er aus Gründen des (postmortalen) Persönlichkeitsschutzes die Abbildung nicht bringen.

### C. Schutzdauer

Das Gesetz knüpft in § 78 Abs 2 in Verbindung mit § 77 Abs 2 UrhG die Schutzdauer des postmortalen Bildnisschutzes an den jeweils Anspruchsberechtigten an, was zu erheblich unterschiedlichen Zeitspannen führt.

Demnach besteht der postmortale Bildnisschutz für Eltern, Kinder, Ehegatten und Lebensgefährten *Zeit ihres Lebens*. Da der 1998 verstorbene Künstler *Johann Hölzl*, alias »Falco«, eine Tochter, eine Lebensgefährtin und seine Mutter hinterlassen hat, ist sein Konterfei bis zum Todestag eines dieser Angehörigen (§ 78 Abs 2 in Verbindung mit § 77 Abs 3 UrhG) geschützt. Entscheidend ist die Letztversterbende.

Für alle anderen Angehörigen hingegen beträgt die Schutzfrist maximal 10 Jahre ab dem Tod des Abgebildeten. Für diese Fristenberechnung gilt § 64 UrhG.<sup>51</sup> Dies bedeutet, dass zB Fotos der kinderlosen, siebzehnjährigen Schauspielerin *Helen Mirren* nach ihrem Tod keinen persönlichkeitsrechtlichen Beschränkungen unterliegen würden. Dass also der Schutz des § 78 UrhG mit dem Tod des Abgebildeten bei Angehörigenlosigkeit endet, spricht vorderhand dafür, dass dieses besondere Persönlichkeitsrecht in seiner postmortalen Dimension primär den Interessen der Angehörigen dienen soll.

50 EuGH 1.12.2011, C-145/10 (Painer) = ECLI:EU:C:2011:798 idF des Berichtigungsbeschlusses 7.3.2013, C-145/10 REC (Painer) = ECLI:EU:C:2013:138 = MR 2012, 73 (Walter); dazu Handig, EuGH zum Werkbegriff und zu den freien Werknutzungen, *ecolex* 2012, 58.

51 Vgl dazu Thiele, Die zeitliche Schranke des Urheberrechts (2009), <<http://www.eurolawyer.at/pdf/Zeitliche-Schranke-des-UrhR.pdf>> (abgefragt am 05.07.2016).

In der Schutzdauer – die auch siebzig Jahre *post mortem necessarii* übersteigen kann – liegt der bedeutendste Unterschied zur deutschen Bildnisschutzregelung. Diese sieht einen Ablauf mit dem vollendeten zehnten Jahr nach dem Tod des Abgebildeten vor; lediglich aus dem postmortalen allgemeinen Persönlichkeitsrecht können sich längere Schutzzeiten ergeben, wenn ein Angriff auf die Menschenwürde des Verstorbenen verübt wird. Als absolute Obergrenze gelten siebzig Jahre nach dem Tod des Abgebildeten.<sup>52</sup>

## D. Schutzobjekt Personenbildnis

### 1. Begriffsbestimmung und Erscheinungsformen

Besonderer Schutzgegenstand des § 78 UrhG ist das »**Personenbildnis**«. Darunter versteht man die Darstellung einer Person, die deren äußere Erscheinung in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt. Dazu zählen nach herrschender Lehre<sup>53</sup> und ständiger Rechtsprechung ua nicht nur (Portrait-)Fotos, sondern auch Karikaturen, Schattenrisse, Zeichnungen, Plastiken, Totenmasken, ja sogar bewegte Bilder (Filmaufnahme).<sup>54</sup> Ergänzend dazu sind auch die zugehörigen Begleittexte, Über- oder Unterschriften zu berücksichtigen. Es muss sich um ein bereits hergestelltes Bildnis handeln.<sup>55</sup> Das »Bildnis« einer Person muss kein Porträt sein; auch wenn die Gesichtszüge des Abgebildeten nicht erkennbar sind, liegt ein Bildnis im Sinne des § 78 UrhG vor.<sup>56</sup>

Erfasst ist auch die **Karikatur einer Person**. Das Wesen der (mit der Satire eng verwandten) Karikatur besteht in der bildlichen und/oder wörtlichen Verzerrung und Übertreibung der Wirklichkeit zum Zweck der Geißelung oder Rüge von Missständen. Traditionell sind Karikaturen und Satiren in ihrer äußeren Darbietung meist frech, frivol oder auch schamlos, und somit häufig beleidigend oder herabsetzend. Um

52 *Fricke* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg), UrhR<sup>4</sup> (2014) § 22 KUG Rz 12 mit weiteren Nachweisen.

53 *Koziol/Warzilek*, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Massenmedien in Österreich, in *Koziol/Warzilek* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (2005) 19 Rz 50 mit weiteren Nachweisen.

54 *Rintelen*, Urheber und Urhebervertragsrecht (1958) 224; zustimmend *Dittrich*, Der Schutz der Persönlichkeit nach österreichischem Urheberrecht, ÖJZ 1970, 533.

55 VwGH 13.9.1982, 82/12/001 (Haarschnitterlass).

56 OGH 20.10.1964, 4 Ob 342/64 (Ex-Gemeindearzt) = *Schulze/35 (Schönherr)*; zweiter Rechtsgang: OGH 20.5.1965, 4 Ob 337/65.

sie im Konflikt mit Rechtsverletzungen gegen andere Rechtsgüter zu beurteilen, bedarf es zunächst ihrer Entzerrung und damit der Gewinnung des »Aussagekerns«, welcher in erster Linie auf seine Verletzungseignung zu untersuchen ist. Erst dann ist auch die satirische oder karikaturistische Einkleidung der Aussage daraufhin zu überprüfen, ob sie sich im Rahmen dieser Kunstform »Erlaubten« gehalten oder andere Rechtsgüter, wie etwa die Ehre des Karikierten, verletzt hat. Dabei sind an die Beurteilung der Form (der Verfremdung, der Verzerrung) im Sinne der Kunstfreiheit nicht allzu strenge Maßstäbe anzulegen, sodass erst die Verletzung des Kerns der menschlichen Ehre, der Menschenwürde oder des gesamten öffentlichen Ansehens einer Person der äußeren Form »Satire oder Karikatur« jedenfalls Grenzen setzt, nicht aber schon jede, wenn auch sonst (außerhalb der Beurteilung der Kunstfreiheit) beleidigende Bezeichnung oder Darstellung.<sup>57</sup>

## 2. Falsche Personenbildnisse und »Datenmodelle«

Geschützt werden primär die **ideellen Interessen der abgebildeten Person** unter Umständen auch ihre damit im Zusammenhang stehenden materiellen Interessen, niemals allerdings die materiellen Interessen allein.<sup>58</sup>

Der Verbreiter muss für eine allfällige Rechtsverletzung im Rahmen der §§ 78, 81 UrhG durch diese Veröffentlichung nur dann einstehen, **wenn es sich tatsächlich um eine Abbildung** des Klägers handeln sollte.<sup>59</sup> Das bedeutet: ohne Personenbildnis kein Bildnisschutz. Bloße Aufnahmen von »Lookalikes« oder täuschend nachgestellte, aber falsche Personenbildnisse erfasst § 78 UrhG keineswegs:

57 OGH 23.2.1999, 4 Ob 37/99s (Köpfe rollen) = MR 1999, 148 (*Korn*) unter Anknüpfung an die Vorjudikatur OGH 30.10.1991, 1 Ob 4/91 (Schweinchen-Karikatur), die zu § 1330 ABGB erging.

58 OGH 6.12.1994, 4 Ob 127/94 (Fußballer-Abziehbilder) = MR 1995, 109 (*Walter*) = Schulze/126 (*Dittrich*).

59 OGH 11.5.2012, 4 Ob 51/12x (Negermami/Faschingsumzug) = ecolex 2012/365, 902 (*Schumacher*); ähnlich bereits OGH 20.10.1964, 4 Ob 342/64 (Ex-Gemeindefarber) = Schulze/35 (*Schönherr*).



Abbildung 5: © APA (Daniel Raunig)

Dazu veröffentlichte Bildunterschrift: »Politiker (Dörfler und Scheuch) und Besucher unterhielten sich beim Villacher Umzug 2009 bestens«.

Hier eröffnet sich für bildgebende Verfahren durchaus eine rechtssichere Anwendung dahin, zB die plastisch gemachten Verletzungen an misshandelten Kindern durch mittels CAD ohne reales Abbild geschaffene Gesichter zu ergänzen (sog »Dummy« oder reine Datenmodelle). Der Einsatz von durch Datenmodelle generierten »generischen Bilder« kann ebenso aus dem Anwendungsbereich von § 78 UrhG ausgeschlossen werden. Ergänzend greift allenfalls der Anonymitätsschutz nach § 16 ABGB oder aber § 43 ABGB bei Namensbenennung ein.<sup>60</sup>

### 3. Erkennbarkeit und Körperteile

Die Abbildung eines Menschen, die diesen von rückwärts zeigt, oder dessen Gesichtszüge durch irgendetwas verdeckt sind, ist dennoch noch immer ein Bildnis dieser Person. Voraussetzung ist nur, dass der Abgebildete **erkennbar** ist, sei es auch nur aus sonstigen Umständen.<sup>61</sup>

60 So im Fall OGH 11.5.2012, 4 Ob 51/12x (Negermami/Faschingsumzug) = ecolex 2012/365, 902 (Schumacher).

61 OGH 14.3.2006, 4 Ob 266/05d (Profi-Bodybuilder) = ecolex 2006/444, 1015 (Schumacher).

So hat die Veröffentlichung eines Profi-Bodybuilders in einem Artikel der KRONENZEITUNG zu einem aktuellen Anabolika-Skandal trotz der Verpixelung des Gesichts des Abgebildeten, dessen schutzwürdige Persönlichkeitsinteressen verletzt:

Seite 28

ÖSTERREICH

Sonntag, 14. November 2004

Kunden auch in österreichischer Bodybuilder-Szene

## Anabolika per Mausclick: Doping-Handel aufgedeckt

Schwungvoller Versandhandel mit Dopingmitteln! Hamburger Zollfahnder deckten ein Millionen-Geschäft mit verbotenen Muskelaufbaupräparaten in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Liechtenstein auf. Die illegalen Mittel haben gesundheitsgefährdende Nebenwirkungen wie Leberschädigungen und ein erhöhtes Herzinfarktisiko.

Bei so manchem Bodybuilder sind die Muskelberge nicht natürlichen Ursprungs. Um nachzuhelfen, greifen die Sportler zu verbotenen und gesundheitsgefährdenden Substanzen. Eine britische Firma verschickte illegale Anabolika per Paketdienst auch zu Kunden nach Österreich. Jetzt flog der schwungvolle Versandhandel mit Dopingmitteln auf.

Für einen schnelleren Muskelzuwachs betreiben einige Bodybuilder Raubbau am eigenen Körper. Die Anabolika konnten über eine den heimischen Fahrern bekannte Firma auf der zu England gehörenden Kanalinsel Isle of Man be-

VON CHRISTOPH BLUDIN

stellen. Deklariert waren die aus den USA nach Europa gebrachten Tabletten und Kapseln als „Nahrungsergänzungsmittel“. Hunderte Profi- und Hobbysportler auch aus Österreich bestellten die illegalen Muskelanabolika telefonisch oder per Mausclick im Internet. Der Versand erfolgte per Paketdienst. In nur zwei Wochen wurden 400 Sendungen abgefangen.



Abbildung 6: © Kronenzeitung 2004.

Denn, so bestätigt das Höchstgericht die Ansicht des OLG Wien: »Gerade bei einer Sportart wie dem Bodybuilding, bei welcher es im Wesentlichen auf das Aussehen des durch das Training erzielten Körperbaus ankomme, müsse davon ausgegangen werden, dass in Insiderkreisen (der einzelnen Athleten wie auch des fachkundigen Publikums) sehr wohl das Aussehen einzelner Muskelpartien in angespanntem Zustand sowie das gesamte Erscheinungsbild des unbedeckten Körpers eines bestimmten Sportlers in einer der standardisierten Posen, somit dessen Stärken und Schwächen hinsichtlich dessen, was in bodybuilderisch-ästhetischer Hinsicht als wünschenswert oder weniger wünschenswert angesehen werde, soweit bekannt seien, dass dieser auch

auf einem Foto, bei welchem das Gesicht unkenntlich gemacht worden sei, erkannt werden könne.«<sup>62</sup>

Der **Maßstab der Erkennbarkeit** setzt durchaus praxisnahe im laienhaften Wiedererkennen aus dem Freundes- oder Bekanntenkreis an. Bei der Beurteilung, ob jemand erkennbar ist, ist nicht nur das Bild allein, sondern auch die Art der Verbreitung und der Rahmen und auch der Begleittext zu berücksichtigen.<sup>63</sup> Es genügt, wenn der Abgebildete für Personen, die ihn schon öfter gesehen haben, erkennbar ist,<sup>64</sup> wie Angehörige, Bekannte und Personen aus der näheren oder weiteren Nachbarschaft.<sup>65</sup> Fehlt die Erkennbarkeit, fällt der Bildnisschutz weg.<sup>66</sup>

## E. Verbreiten oder Herstellen

Die Verletzung berechtigter Interessen muss **durch die Bildveröffentlichung als solche** erfolgen.<sup>67</sup> Die Tathandlung besteht im »**Verbreiten**«, dh in der Regel im Veröffentlichlichen. Dabei sind nicht die urheberrechtlichen Begriffe der Veröffentlichung im Sinne des § 8 UrhG oder des Verbreitens im Sinne des § 16 Abs 3 UrhG heranzuziehen,<sup>68</sup> sondern der sukzessive Öffentlichkeitsbegriff des § 18 UrhG nach dem weiterentwickelten Verständnis der Rechtsprechung:<sup>69</sup> **Der Begriff der Öffentlichkeit** ist für den Bildnisschutz weit auszulegen. Jede Verbreitungshandlung erfüllt – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – den Tatbestand des § 78 UrhG, bei der damit zu rechnen ist, dass das Bildnis dadurch einer Mehrzahl von Personen sichtbar gemacht wird. Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung ist dabei nicht erforderlich. Auch kann es keinen Unterschied machen, ob die Personen das Bildnis im Rahmen einer Tätigkeit, die der Amtsverschwiegenheit unterliegt,

62 OLG Wien 26.9.2005, 3 R 54/05s.

63 OGH 20.9.1994, 4 Ob 1075/94 (Historische Abbildung).

64 OGH 10.5.2011, 4 Ob 52/11t (Polizeibeamter II).

65 OGH 9.8.2011, 4 Ob 82/11d (Polizeibeamter III) = MR 2011, 306 (*Korn*) = ecolex 2011/446, 1131 (*Brandstatter*) = ÖBl 2012/12, 45 (*Büchele*).

66 So *Wolkerstorfer*, RdM 2016/84, 128 (131).

67 OGH 28.6.1994, 4 Ob 75/94 (Marmor, Stein und Eisen) = Schulze/124 (*Dittrich*); OGH 25.4.1995, 4 Ob 26, 27/95 (Wunderarzt); OGH 29.5.1996, 4 Ob 2059/96i (Gerhard Berger II) = MR 1996, 185 (*Korn*).

68 OGH 8.7.1953, 3 Ob 438/53 (Caspar) = Schulze/7 (*Süss*).

69 OGH 17.6.1986, 4 Ob 309/86 (Hilton/Conti) = MR 1986, 20 (*Scolik*); OGH 20.1.1987, 4 Ob 393/86 (Sexshop).

oder ohne Bezug auf eine solche Tätigkeit zu Gesicht bekommen, wird doch auch im ersteren Fall unberechtigt in die Interessenssphäre des Abgebildeten eingegriffen und damit jener schädliche Erfolg erreicht, den die verletzte Norm gerade verhindern will. Liegt eine beachtenswerte Interessenverletzung im Bereich des Bildnisschutzes des § 78 UrhG vor, dann ist also auch die Sichtbarmachung eines Personenbildnisses gegenüber einer Mehrzahl von der Amtsverschwiegenheit unterliegenden Personen verboten.<sup>70</sup>

Ein Teil der Lehre<sup>71</sup> versteht »Mehrzahl von Personen« dahingehend, dass bereits eine mögliche Verbreitung an zwei Dritte eine Verbreitungshandlung im Sinne von § 78 UrhG ist. Damit nähert sich dieses Verständnis erneut dem Briefschutz des § 77 UrhG an, der lediglich eine öffentliche Verbreitung bei bloßer Kenntnisnahme eines Dritten, der von Absender und Empfänger unterschiedlich ist, ausreichen lässt.<sup>72</sup>

Damit dürfte auch das Zugänglichmachen durch Verlinken den Begriff des Verbreitens im Sinne des § 78 UrhG erfüllen,<sup>73</sup> weil damit jede Handlung gemeint ist, bei der damit gerechnet werden kann, dass das Bildnis dadurch einer Mehrzahl von Personen sichtbar gemacht wird. Auf eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art 3 InfoSoc-RL<sup>74</sup> kommt es nicht an. Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung ist ebenfalls nicht erforderlich. Auch kann es keinen Unterschied machen, ob die Personen das Bildnis im Rahmen einer Tätigkeit, die der Amtsverschwiegenheit unterliegt, oder in Gewinnerzielungsabsicht zu Gesicht bekommen.<sup>75</sup> Die Grenzen des Zulässigen sind bei einer Berichterstattung im Fernsehen keinesfalls weiter gezogen als bei anderen Veröffentlichungen.<sup>76</sup>

70 OGH 13.10.1999, 4 Ob 187/99z (Judenfluchtrumpf) = MR 2000, 143 (Korn); OGH 14.11.2000, 14 Os 128/00 (EKIS-Abfrage) = JAP 2001/2002, 181 (Sautner).

71 Fischer, Soziale Medien und private Homepages – Über das Einstellen von Bildern fremder Personen, AnwBl 2013, 476 (477); andere Ansicht A.Kodek in Kucsko, urheberrecht § 78 UrhG Pkt.2.3.1. und Schumacher, in ebd § 8 UrhG Pkt. 3.

72 Vgl Thiele, in Ciresa, UrhG § 77 Rz 38 ff.

73 So bereits Haller, Internet und Urheberrecht, in Brenn (Hrsg), E-Commerce-Gesetz (2002) 80.

74 Vgl dazu statt vieler EuGH 13.2.2014, C-466/12 (Svensson) = jusIT 2014/23, 50 (Janisch) = ÖBl 2014/33, 147 (Handig) = ZTR 2014, 39 (Bauer) = MR 2014, 27 (Walter) = ecolex 2014/141, 355 (Bücheler); zum Verlinken aus urheberrechtlicher Sicht vgl Handig, »Öffentliche Wiedergabe« im Wandel. Der EuGH harmonisiert den urheberrechtlichen Begriff, ÖBl 2014/43, 206; Appl/Bauer, Hyperlinking und Embedded Content im Lichte der EuGH-Rsp, MR 2015, 151 jeweils mit weiteren Nachweisen.

75 OGH 13.10.1999, 4 Ob 187/99z (Judenfluchtrumpf) = MR 2000, 143 (Korn).

76 OGH 8.2.1977, 4 Ob 305/77 (Horizonte) = Schulze/69 (Dittrich).

Es ist unerheblich, ob das Bild **schon früher** der **Öffentlichkeit zugänglich** gemacht wurde.<sup>77</sup>

Die jüngere Rechtsprechung<sup>78</sup> hat entgegen dem Wortlaut des § 78 Abs 1 UrhG inzwischen eine Erweiterung der Tathandlung auf das **Herstellen** vorgenommen, dieses jedoch aus einer unterstützten Anwendung des § 16 ABGB geschöpft. Bereits die Herstellung eines Bildnisses kann einen unzulässigen Eingriff in das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** nach § 16 ABGB darstellen. Insoweit besteht also ein »**relatives Bildherstellungsverbot**«. <sup>79</sup> Im Ergebnis führt eine verfassungskonforme Auslegung zu einem Verhältnis von besonderem Persönlichkeitsrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, konkret zwischen dem Bildnisschutz des § 78 Abs 1 UrhG und § 16 ABGB, zu einem relativen Bildherstellungsverbot, das die datenschutzrechtlichen (§ 1 DSGVO 2000) und zugleich grundrechtlichen Wertungen der Art 1, 7 und 8 GRG gleichermaßen berücksichtigt.

Im Einzelfall kann daher die Herstellung eines Personenbildnisses erlaubt, die Veröffentlichung aber rechtswidrig sein. Insoweit entspricht die Rechtslage beim Recht am eigenen Bild im Wesentlichen derjenigen beim Recht am eigenen Wort. Demnach kann auch bereits die Aufnahme des gesprochenen Worts – unabhängig von einer allfälligen späteren Verbreitung – eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Aufgenommenen darstellen.<sup>80</sup> Die Gleichbehandlung von Bild- und Tondaten sieht ebenfalls bereits ErwGr 16 zur Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG vor.<sup>81</sup>

77 OGH 8.7.1953, 3 Ob 438/53 (Caspar) = Schulze/7 (*Süss*); 21.9.1955, 3 Ob 443/55 (Kurdirektor) = Schulze/5; OLG Wien 20.6.1988, 4 R 75/88 (Roter Baron I).

78 OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h (Zur Belustigung); dazu einerseits *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichung. Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 2013, 255; *Noll*, Aufnahmen verboten? ÖBl 2013, 196; *Bücheler*, Rechtsprechungswende im Bildnisschutz – Fotografierverbot?, ÖBl 2013, 232; *Fischer*, AnwBl 2013, 476; andererseits *Hofmarcher*, (K)ein Fotografierverbot?, *ecolex* 2013, 548; *Rohrer*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2013, 734; *Karner*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2013, 734; *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, *jusIT* 2013, 85.

79 Näher dazu *Thiele*, Die Trias von § 16 ABGB, § 78 UrhG und Datenschutz – Zum Verhältnis von Persönlichkeits-, Bildnis- und Datenschutz in der österreichischen Rechtsordnung, in *Jahnel* (Hrsg), *Datenschutzrecht. Jahrbuch 2015* (2015) 49 (54) mit weiteren Nachweisen.

80 Vgl OGH 21.10.1992, 9 ObA 215/92.

81 Auf eine datenschutzrechtliche Abklärung wird aus Platzgründen verzichtet; zum Zusammenspiel zwischen Bildnis- und Datenschutz siehe *Thiele* in *Jahnel*, *Jahrbuch 2015*, 49 ff mit weiteren Nachweisen.

Diese Abgrenzungsformel hat den Vorzug, keinen Widerspruch in den Rechtsfolgen auszulösen, sodass eine Voraussetzung für die Annahme einer normverdrängenden Konkurrenz (Gesetzeskonkurrenz) gar nicht besteht.<sup>82</sup> Zum anderen vermeidet sie eine »juristische Geisterfahrt« entgegen dem Stufenbau der Rechtsordnung. Sie nimmt schließlich keine teleologische Reduktion nach dem Grundsatz der Spezialität vor, sondern eine verfassungsmäßig gebotene Auslegung nach der grundrechtlich verankerten Menschenwürde.

## F. Interessenbeeinträchtigung des Abgebildeten

§ 78 UrhG schützt die Interessen des Abgebildeten, nicht den Abgebildeten selbst. Dies gilt auch für den postmortalen Bildnisschutz:

»(1) *Bildnisse von Personen* dürfen weder *öffentlich* ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, *verbreitet* werden, *wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten* oder, falls er gestorben ist, ohne die Veröffentlichung gestattet oder angeordnet zu haben, eines nahen Angehörigen *verletzt würden*.«<sup>83</sup>

Das Gesetz legt den Begriff der »berechtigten Interessen« nicht näher fest, weil es **bewusst** einen **weiten Spielraum** offen lassen wollte, um den Verhältnissen des Einzelfalls gerecht zu werden.<sup>84</sup> Es kommt bei § 78 UrhG schon auf der Tatbestandsebene zur konkreten Abwägung der im Einzelfall widerstreitenden Interessen, um Umfang und Grenze des »Bildnisschutzes« zu bestimmen. Dadurch wird nicht generell jede Bildnisveröffentlichung erfasst, die ohne Einwilligung des Abgebildeten erfolgt, sondern nur jene, die konkret zu einer Verletzung der Persönlichkeit des Abgebildeten führt.

82 Vgl OGH 16. 6. 2011, 6 Ob 147/10a (DNA-Analyse): zu § 1328a ABGB und § 16 ABGB.

83 Hervorhebungen vom Verfasser.

84 OGH 8. 2. 1977, 4 Ob 305/77 (Horizonte); OGH 29. 9. 1987, 4 Ob 383/87 (Wahlnachlese/Wahlrends); OGH 15. 3. 1988, 4 Ob 20/88 (Lachen ist gesund) = MR 1988, 52 (Walter); OGH 21. 11. 1989, 4 Ob 133/89 (Thalia) = MR 1990, 58 (Polley); OGH 4. 5. 1993, 4 Ob 27/93 (Wölfe im Schafspelz); OGH 19. 9. 1994, 4 Ob 100/94 (Handbuch des österreich Rechtsextremismus) = Schulze/125 (Dittrich); OGH 17. 9. 1996, 4 Ob 2247/96m (Ich werde dafür sorgen); OGH 23. 9. 1997, 4 Ob 184/97f (Ernestine K.); dazu *Pfersmann*, Neues aus der SZ, ÖJZ 2000, 89.

## 1. Prüfungsschema

Bei Beurteilung, ob berechnigte Interessen verletzt wurden, ist darauf abzustellen, ob Interessen des Abgebildeten bei **objektiver Prüfung** als **schutzwürdig** anzusehen sind.<sup>85</sup> Es kommt also nicht auf das subjektive Empfinden des Betroffenen an,<sup>86</sup> sondern auf die Auffassung des Publikums.<sup>87</sup> Dies ist eine vom Gericht zu lösende **Rechtsfrage**.<sup>88</sup>

Der *erste Schritt* gilt daher der **Prüfung**, *ob* im Einzelfall überhaupt ein **schutzwürdiges Interesse des Abgebildeten vorliegt**, das verletzt sein könnte. Wenn nein, ist der rechtliche Schutz zu versagen; wenn ja, dann ist in einem *zweiten Schritt* die **Interessenlage auf beiden Seiten zu beurteilen**, aus deren Ergebnis sich als *dritter Schritt* die **Abwägung** ergibt, ob die Geheimhaltungsinteressen prävalieren und damit zu »berechtigten Interessen« werden.<sup>89</sup>

Nach der auf die Gesetzesmaterialien zurückgreifenden Rechtsprechung<sup>90</sup> sind berechnigte Interessen des Abgebildeten *jedenfalls* dann verletzt, wenn

- ▷ dieser durch die Abbildung **bloßgestellt, entwürdigt oder herabgesetzt** wird,
- ▷ sein **Privatleben preisgegeben** wird,
- ▷ die Abbildung sonst auf eine Art benützt wird, die zu **Misshandlungen Anlass geben** kann oder
- ▷ die Abbildung zu **Werbezwecken** verwendet wird

85 OGH 29.9.1987, 4 Ob 383/87 (Wahlnachlese/Wahlrends); OGH 15.3.1988 (Lachen ist gesund) = MR 1988,52 (zustimmend *Walter*); OGH 21.11.1989, 4 Ob 133/89 (Thalia); OGH 4.5.1993, 4 Ob 27/93 (Wölfe im Schafspelz); OGH 19.9.1994, 4 Ob 100/94 (Handbuch des österr Rechtsextremismus) = Schulze/125 (*Dittrich*); OGH 17.9.1996, 4 Ob 2247/96m (Ich werde dafür sorgen); OGH 23.9.1997, 4 Ob 184/97f (Ernestine K.); dazu *Pfersmann*, ÖJZ 2000, 89.

86 OGH 25.5.1976, 4 Ob 38/76 (Kinderdorfeltern) = Schulze/66 (*Dittrich*); OGH 19.9.1994, 4 Ob 100/94 (Handbuch des österr Rechtsextremismus) = Schulze/125 (*Dittrich*).

87 OGH 19.9.1994, 4 Ob 100/94 (Handbuch des österr Rechtsextremismus) = Schulze/125 (*Dittrich*).

88 OGH 7.9.1971, 4 Ob 345/71 (Löwa-Markt-Mord); OGH 27.11.1973, 4 Ob 338/73 (Toni Sailer); OGH 25.5.1976, 4 Ob 38/76 (Kinderdorfeltern); OGH 15.3.1988, 4 Ob 20/88 (Lachen ist gesund) = MR 1988, 52 (*Walter*).

89 OGH 14.3.1989, 4 Ob 5/89 (Frau des Skandalrichters); OGH 17.1.1995, 4 Ob 141/94 (Haider-Fan); OGH 23.9.1997, 4 Ob 184/97f (Ernestine K.) dazu *Pfersmann*, ÖJZ 2000, 89.

90 Statt vieler *A.Kodek in Kucsko*, urheber.recht § 78 UrhG Pkt. 3.2. mit weiteren Nachweisen.

Im besonderen Umfeld bildgebender Verfahren und ihres Einsatzes gegenüber Personen, die Opfer von Verbrechen geworden sind, mögen folgende Aspekte zu diesen vier Fallgruppen herausgegriffen werden.

## 2. Bloßstellende Wirkung

Eine Verletzung berechtigter Interessen des Abgebildeten durch forensische Bildgebung kann dann eintreten, wenn dieser durch die Abbildung bloßgestellt, entwürdigt oder herabgesetzt wird, wie dies bei *Gunther von Hagens Körperwelten-Ausstellung* behauptet wurde:



Abbildung 7: <[www.tagesspiegel.de](http://www.tagesspiegel.de)>.

Das zur Schließung der Ausstellung angerufene Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat dazu festgehalten: »Ob die Ausstellung von im Plastinationsverfahren konservierten menschlichen Leichen und Präparaten unter das bestattungsrechtliche Ausstellungsverbot gemäß § 14 Abs 1 des Berliner Bestattungsgesetzes fällt und dem Genehmigungsvorbehalt des § 14 Abs 2 BestattG Berlin unterliegt, lässt sich im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht abschließend klären; nach der bisherigen Verwaltungspraxis und Rechtsprechung begegnet eine auf das Genehmigungserfordernis gestützte Untersagung der Ausstellung Bedenken. Eine Beeinträchtigung der postmortalen Menschenwürde und des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens in der Bevölkerung geht von der Dauerausstellung »Menschen Museum« nach

dem Stand des Beschwerdeverfahrens nicht aus.«<sup>91</sup> Zusammengefasst gelangte das Gericht zur Auffassung, dass eine sofortige Schließung der Ausstellung zur Vermeidung einer Beeinträchtigung des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens oder zur Achtung der Menschenwürde nicht nötig sei; es bleibe die freie Entscheidung jedes Einzelnen, das Museum zu besuchen.

### 3. Preisgabe privater Details

Die forensische Bildgebung kann auch durchaus dazu führen, dass **Details aus dem Privatleben des Abgebildeten** preisgegeben werden. Zu denken ist etwa an die dreidimensionale, realistische Tatortrekonstruktion.<sup>92</sup> Dass es sich bereits bei den Wohnverhältnissen von Personen um solche dem Schutz des § 16 ABGB in Verbindung mit § 78 UrhG zugänglichen Umstände handelt, hat die jüngere Rechtsprechung<sup>93</sup> deutlich gemacht:



Abbildung 8: © Heute 2014.

91 OVG Berlin-Brandenburg 17.3.2015, 12 S 4.15 (Menschen Museum) = openJur 2015, 7659.

92 Vgl dazu im vorliegenden Sammelband den Beitrag von *Bornik*, Integrierte, computergestützte Fallanalyse auf Basis von 3D-Bildgebung. Die Notwendigkeit der 3D-Bildgebung in der forensischen Fallanalyse, 227 ff.

93 OGH 20.1.2014, 4 Ob 216/13p (Luxusvilla).

Bei der Auslegung von § 78 UrhG sind auch die Wertungen des Medienrechts zu berücksichtigen. Das gilt insbesondere für den strittigen Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs im Sinne von § 7 MedienG.<sup>94</sup>

#### 4. Missdeutungen/Nacktheit

Eine Verletzung berechtigter Interessen des Abgebildeten durch die forensische Bildgebung kann darin liegen, dass die so hergestellte und öffentlich gemachte Abbildung sonst auf eine Art benützt wird, die zu Missdeutungen Anlass geben kann. Nach der Rechtsprechung<sup>95</sup> ist dies grundsätzlich für **Nacktfotos** anzunehmen. Die strenge Judikaturlinie beseitigt sogar unter Rückgriff auf die persönlichkeitsrechtliche Komponente des Bildnisschutzes letztlich auch die urhebervertragsrechtliche Unwiderruflichkeit der einmal erteilten Zustimmung.<sup>96</sup>

Ohne Bedeutung ist es, ob der Abgebildete selbst der Veröffentlichung seines Bilds *schon in einem anderen Fall zugestimmt* hat oder ob eine solche Veröffentlichung unter anderen Umständen auch ohne seine Zustimmung zulässig wäre, da der Schutz des § 78 UrhG nur so weit entfällt, als **im konkreten Fall** die – ausdrückliche oder anzunehmende – Zustimmung des Abgebildeten reicht.<sup>97</sup> Bei der Beurteilung der Zustimmung ist auch zu berücksichtigen, **für welchen Zweck** und innerhalb welchen Rahmens diese Zustimmung erteilt wurde.<sup>98</sup> Ganz allgemein deckt die Zustimmung in einem bestimmten Fall nicht die Veröffentlichung in einem anderen Zusammenhang und in einem anderen Medium.<sup>99</sup> Hat der Kläger seine Zustimmung nur zur Veröffentlichung eines bestimmten Lichtbilds im Rahmen eines Artikels mit

94 Vgl OGH 17.2.2014, 4 Ob 124/13h (Promi-Anwalt) = MR 2014, 138 (Korn).

95 OGH 17.9.1996, 4 Ob 2249/96f (Kaisers neue Kleider); OLG Wien 12.11.1987, 3 R 86/87 (Aktfoto) = MR 1987, 206 (Korn).

96 OGH 16.12.2003, 4 Ob 211/03p (U-Bahn-Express) = ecolex 2004/376, 800 (Schumacher).

97 OGH 27.11.1973, 4 Ob 338/73 (Toni Sailer).

98 OGH 27.11.1973, 4 Ob 338/73 (Toni Sailer); OGH 25.5.1976, 4 Ob 38/76 (Kinderdorf); OGH 29.9.1987, 4 Ob 383/87 (Wahlnachlese/Wahlrends); OGH 15.3.1988, 4 Ob 20/88 (Lachen ist gesund) = MR 1988, 52 (zustimmend Walter); OGH 21.11.1989 (Thalia); OGH 8.5.1990, 4 Ob 30/90 (N.K.-Zeitung); OGH 4.5.1993, 4 Ob 27/93 (Wölfe im Schafspelz); OGH 26.4.1994, 4 Ob 52/94 (Lebensberater) = Schulze/123 (Dittrich).

99 OGH 10.10.1995, 4 Ob 1072/95 (Bestechungsvorwürfe); OGH 11.7.1995, 4 Ob 57/95 (Leiden der Wärter).

einem bestimmten Inhalt erklärt, so kann sich der Beklagte bei einer **anderen Verwendung** auf eine Zustimmung **nicht** berufen.<sup>100</sup>

So umfasst beispielsweise die *Zustimmung zur Bildnisveröffentlichung in medizinischen Berichten* in Zeitschriften *nicht* (auch) die Veröffentlichung in der auflagenstärksten österreichischen *Tageszeitung*.<sup>101</sup> Wer sich *bei einer Wahl widerspruchslos von einem Pressefotografen fotografieren lässt*, stimmt damit der Veröffentlichung des Bildes nur im Zusammenhang mit dem aktuellen Ereignis, bei dem die Aufnahme erfolgte, zu.<sup>102</sup> Wer seine Zustimmung zur *Werbung für Baumaterialien* gegeben hat, braucht deshalb *nicht* die Werbung für eine bestimmte *Automarke* hinnehmen.<sup>103</sup>

## 5. Verwendung zu Werbezwecken oder als Eye-Catcher

Eine Verletzung berechtigter Interessen liegt zB auch dann vor, wenn Filmaufnahmen eines Chirurgen bei einer Operation, die an sich mit seiner Zustimmung hergestellt worden sind, ohne seine Einwilligung für eine Reklame für Matratzen in der Weise verwendet werden, dass ein Sprecher auf die Notwendigkeit hinweist, bei Ausübung des Berufs eines Chirurgen gut ausgeruht zu sein und dann beifügt, auf den x-Matratzen ruhe man sich gut aus.<sup>104</sup>

Gerade im medizinischen Bereich bedarf die öffentliche Verwendung von Personenbildnissen einer besonders exakten Interessenabwägung. Die Veröffentlichung des Lichtbilds einer erkennbar schwer kranken Person berührt deren höchstpersönlichen Lebensbereich, zu dem jedenfalls die Gesundheit, das Sexualleben und das Leben in und mit der Familie gehören. Dieser auch als Intimsphäre bezeichnete Bereich ist sogar bei Politikern ua allgemein bekannten Personen zu respektieren, er ist grundsätzlich **jeder Erörterung** in der Öffentlichkeit entzogen. Umso mehr muss das bei Personen gelten, die nicht in der Öffentlichkeit stehen.<sup>105</sup>

100 OGH 24.1.1989, 4 Ob 122/88 (Roter Baron II).

101 OGH 8.3.1994, 4 Ob 18/94 (Leiden für die Schönheit) = RdM 1995, 41 (Kopetzki).

102 OGH 29.9.1987, 4 Ob 383/87 (Wahlnachlese/Wahlrends).

103 OGH 23.6.1981, 4 Ob 363/81 (Ich liebe Toyota) = Schulze/82 (Dittrich).

104 OGH 19.7.1962, 4 Ob 328/62 (Matratzenverkauf).

105 OGH 17.2.2015, 4 Ob 261/14g (Kinderkrebsforschung).



Abbildung 9: © Heute 2014.

Die Veröffentlichung eines Lichtbilds, das eine erkennbar schwer kranke Person zeigt, ist daher in aller Regel nur mit deren Zustimmung zulässig.

Ein Sonderproblem ergibt sich in diesem Zusammenhang für die Einholung der Zustimmung minderjähriger Abgebildeter. Die Zustimmung zur Veröffentlichung stellt nämlich die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts dar, für die allein die **natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Abgebildeten** erforderlich ist. Fehlt diese Einsicht, kann die Zustimmung weder durch gesetzliche Vertreter oder Sachwalter noch durch das Pfllegschaftsgericht ersetzt werden.<sup>106</sup>

Schließlich ist zu beachten, dass die Veröffentlichung eines in der Klinik mit einem Patienten aufgenommenen Lichtbildes in einem medizinischen Werk der ausdrücklichen Zustimmung des Abgebildeten jedenfalls dann bedarf, wenn es sich um eine in den Augen der Allgemeinheit anstößige Krankheit handelt.<sup>107</sup> Der Klinikarzt ist nach der Rechtsprechung verpflichtet, sich zu vergewissern, ob der Abgebildete

106 OGH 13.1.2016, 15 Os 176/15v (Fenstersturz des Kindes II) = jusIT 2016/32, 63 (Maurus) = AnWB1 2016/8442, 219 (Swoboda) = MR 2016, 10 (Zöchbauer).

107 OGH 6.4.1949, 3 Ob 102/49 (Luetiker).

seine Zustimmung zur Veröffentlichung auf die erwähnte Art gegeben hat. In der Unterlassung dieser Vorsicht ist aber eine Fahrlässigkeit zu erblicken und daher eine Schadenersatzverpflichtung nach § 87 UrhG dem Grunde nach gegeben.<sup>108</sup> Für Abbildungen in medizinischen Lehrbüchern ist der Herausgeber bzw der Verlag gut beraten, entsprechende Einwilligungserklärungen einzuholen bzw sich darum ernsthaft zu bemühen.

## G. Mögliche Interessenbeeinträchtigung der Angehörigen

Ob schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt wurden und zu wessen Gunsten die Interessenabwägung ausschlägt, hängt im Allgemeinen von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab.<sup>109</sup> Die Interessen des Verstorbenen spielen bei der Wahrung seines Andenkens eine besondere Rolle.<sup>110</sup> In der Regel lassen sich die Interessen der Angehörigen und insbesondere ihre Beeinträchtigung kaum von jenen des Verstorbenen trennen. In seltenen Fällen können diese jedoch einander kreuzen oder sogar ausschließen. Dann muss unterschieden werden, ob die Persönlichkeitsinteressen des Angehörigen selbst oder das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen beeinträchtigt werden.<sup>111</sup>

In einem durchaus vergleichbaren Fall aus Deutschland<sup>112</sup> spielte das eine Rolle. Die Tochter der späteren Kläger, der Eltern, verunglückte bei einem Autounfall tödlich. »In dem Fahrzeug des Unfallverursachers hatte sich als Beifahrer der damals insbesondere wegen seiner Teilnahme am »Eurovision Song Contest 2004« bekannt gewordene Musiker *Max Mutzke* befunden. Fahrer und Beifahrer dieses Fahrzeugs überlebten den Unfall.« Die Bild-Zeitung berichtete über den Unfall und verschaffte sich von unbekannter dritter Seite – entgegen

108 OGH 6. 4. 1949, 3 Ob 102/49 (Luetiker).

109 OGH 24. 6. 2010, 6 Ob 71/10z (Sexualverhalten II) = MR 2010, 319 (Korn); OGH 25. 9. 2015, 6 Ob 182/15f (»Die Malkunst« von Jan Vermeer) = ZIIR 2016, 105 (Thiele); zu letzterer *Reis*, Warum wissenschaftliche Äußerungen nicht beleidigen ..., KUR 2016, 48.

110 OGH 25. 3. 2014, 4 Ob 224/13i (Trauernder Witwer).

111 Vgl *Dokalik*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in *BMJ* (Hrsg), Die Medienlandschaft 2015 – Herausforderungen für die Justiz (2016) 97 (99).

112 BGH 20. 3. 2012, VI ZR 123/11 (Passfoto des Unfallopfers).

dem ausdrücklichen Wunsch und Willen der Kläger – eine Porträtaufnahme der getöteten jungen Frau. Vorprozessual gab die beklagte Medieninhaberin über Aufforderung eine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab, weigerte sich aber eine Entschädigung in Höhe von gesamt € 15.000,- zu bezahlen. Das Erstgericht gab der Schadenersatzklage in Höhe von € 3.000,- statt. Das Berufungsgericht wies demgegenüber ab. Das deutsche Höchstgericht<sup>113</sup> billigte die Ansicht, dass eine Verletzung des postmortalen Schutzbereichs Verstorbener für sich genommen noch nicht die Würde der Angehörigen verletzt. Allein die Abbildung der Tochter in für Dritte identifizierbarer Weise greift (noch) nicht in das Persönlichkeitsrecht der Eltern ein. Aus einer spezifischen Kränkung der Familie würde zwar eine Unterlassung, aber noch kein eigener Anspruch auf eine Geldentschädigung erwachsen. Erforderlich ist vielmehr, dass mit der Verletzung des Persönlichkeitsschutzes der Verstorbenen zugleich das Persönlichkeitsrecht des Angehörigen unmittelbar tangiert wird.

Bemerkenswerterweise hielten die Karlsruher RichterInnen fest: Selbst wenn man annehmen wolle, dass ein Teil der Leser aus der Abbildung den Schluss ziehen könnte, dass die Kläger der Veröffentlichung des Fotos ihrer Tochter zugestimmt hätten, und dies missbilligen könnte, läge darin jedenfalls keine Beeinträchtigung des Geltungsanspruchs der Kläger von nennenswertem Gewicht.<sup>114</sup>

Die Beeinträchtigung der eigenen Interessen der Angehörigen kann (und muss) aus deren Persönlichkeitsschutz resultieren. Damit eröffnet sich ein breites Spektrum möglicher Gründe. So kann zB der Verstorbene ein Interesse daran gehabt haben, ein uneheliches Kind nach seinem Tode zu offenbaren, seine Witwe hingegen nicht. Dazu hat die Rechtsprechung<sup>115</sup> bereits geklärt, dass Einträge in virtuellen Kondolenzbüchern, die den Eindruck vermitteln, der Verstorbene habe eine außereheliche Beziehung unterhalten, Persönlichkeitsrechtsverletzungen der hinterbliebenen Witwe darstellen mit der Folge, dass diese Einträge unverzüglich zu löschen sind, sobald die für das virtuelle Kondolenzbuch verantwortliche Person hiervon Kenntnis erlangt.<sup>116</sup>

113 BGH 20. 3. 2012, VI ZR 123/11 (Passfoto des Unfallopfers).

114 BGH 20. 3. 2012, VI ZR 123/11 (Passfoto des Unfallopfers) Rz 21.

115 LG Saarbrücken 14. 2. 2014, 13 S 4/14 (Virtuelle Todesanzeigen) = NJW 2014, 1395 (Deutsch).

116 Näher dazu Thiele, RdW 2015/149, 148 mit weiteren Nachweisen.

## IV. Rechtsdurchsetzung und Ansprüche

Jede Verletzung des postmortalen Bildnisschutzes führt zu Rechtsansprüchen die von den Angehörigen, wenngleich nicht notwendigerweise von allen gemeinsam,<sup>117</sup> geltend gemacht werden können. **Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechte** mit Ausschließungswirkung können als Herrschaftsrechte oder treffender als Beherrschungsrechte bezeichnet werden. Sie umfassen das Recht, auf ein bestimmtes Objekt (Sache, Person, Geistesprodukt, Recht, Vermögen) unmittelbar einzuwirken und/oder andere von deren Einwirkung auszuschließen. Dem (postmortalen) Persönlichkeitsrecht wohnt also eine positive und negative Seite inne. Dh neben vermögensrechtlichen Ansprüchen bestehen auch sog »Abwehr- oder Ausschlussrechte«. Der Begriff »*Ausschließungsrecht*« (§ 81 Abs 1 UrhG) findet sich – soweit ersichtlich – lediglich im Urheberrechtsgesetz und ist damit auch für den Bildnisschutz maßgebend, während im Patent-,<sup>118</sup> Marken-<sup>119</sup> oder Musterschutzgesetz<sup>120</sup> eine andere Formulierung gewählt wurde.

### A. Ideelle Ansprüche

Das *Ausschließungsrecht* wird meist als die negative oder äußere Seite des Herrschaftsrechts bezeichnet – zum Unterschied von der positiven oder inneren Seite. Ohne auf dogmatische Feinheiten einzugehen, spricht § 81 Abs 1 Satz 1 UrhG lediglich die Ausschließungsbefugnis an.

Die Persönlichkeitsrechte sind zwar an sich unvererblich,<sup>121</sup> das Recht auf Ehre kann aber auch nach dem Tod als sog »postmortales Persönlichkeitsrecht« geschützt sein.<sup>122</sup> Zur Geltendmachung der ideellen, dh nicht in Geld bestehenden Unterlassungs-, Beseitigungs-

---

117 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a (Russenanwalt/Dubiose Geschäfte/Rotlichtmilieu) Pkt. 2.

118 § 147 PatG: »... aus einem Patent zustehenden Befugnisse ...«.

119 § 51 MSchG: »... aus einer Marke zustehenden Befugnisse ...«.

120 § 34 MuSchG: »... in seinem Musterrecht verletzt ...«.

121 OGH 22.8.1995, 6 Ob 1024/95 (Rufschädigung).

122 OGH 29.8.2002, 6 Ob 283/01p (Omofuma).

und Veröffentlichungsansprüche, sind die nahen Angehörigen wie zB die leibliche Tochter<sup>123</sup> oder der Vater des Verstorbenen<sup>124</sup> legitimiert.

### 1. Unterlassungsanspruch

§ 81 UrhG eröffnet dem Verletzten einen – nach ständiger Rechtsprechung<sup>125</sup> **verschuldensunabhängigen** – Unterlassungsanspruch. Voraussetzung ist Wiederholungs- oder Tatbegehungsgefahr. Zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs beantragte einstweilige Verfügungen können gemäß § 81 Abs 2 UrhG ohne Gefahrenbescheinigung erlassen werden.<sup>126</sup> Unterlassungsgebote haben sich auch beim Bildnisschutzrecht nach § 78 UrhG in ihrem Umfang immer am konkreten Gesetzesverstoß zu orientieren. Es sind deshalb auch die erhobenen Vorwürfe zu berücksichtigen.<sup>127</sup> Ein allfälliger Unterlassungsanspruch erlischt jedenfalls mit Ablauf der Fristen des § 77 Abs 2 in Verbindung mit § 78 Abs 2 UrhG, worauf im Urteilsspruch bei Angehörigen als Kläger Bedacht zu nehmen ist. Es ist dabei nach der Person des Klägers zu unterscheiden. Klagt zB nur die Ehefrau, so kann sie nur »ihren« Unterlassungsanspruch, dh für die Dauer bis zu ihrem Tod, geltend machen.<sup>128</sup>

### 2. Beseitigungsanspruch

Es setzen sowohl der Überlassungsanspruch nach § 82 Abs 5 UrhG als auch der Beseitigungsanspruch nach § 82 Abs 1 UrhG die Verletzung auf das UrhG gegründeter Ausschließungsrechte voraus.<sup>129</sup>

Der Beseitigungsanspruch richtet sich gemäß § 82 Abs 6 UrhG gegen den – auch nicht besitzenden – Eigentümer der Gegenstände, die den der Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes dienenden Maßnahmen unterliegen. Anspruchsgegner kann daher nur der Eigen-

123 OGH 29.8.2002, 6 Ob 283/01p (Omofuma).

124 OGH 17.2.2014, 4 Ob 203/13a (Russenanwalt/Dubiose Geschäfte/Rotlichtmilieu).

125 Statt vieler OGH 1.10.1996, 4 Ob 2282/96h (Unschuldsvermutung).

126 Einschränkend offenbar OGH 27.5.2015, 6 Ob 88/15g (Super-Nanny II) = MR 2015, 235 (kritisch Korn).

127 Vgl OGH 17.2.2015, 4 Ob 187/14z (Online-Archiv II) = jusIT 2015/43, 106 (Staudegger und Thiele) = ecolex 2015/241, 583 (Hofmarcher) = MR 2015, 76 (Korn) = ÖBl 2015/28, 133 (Kissich) = ZIIR 2015, 340 (Dörfler) = EvBl 2015/127 (Brenn und Treitl).

128 So zutreffend Doralt, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645 (649).

129 OGH 29.9.1987, 4 Ob 362/87 (Wochenpost) = MR 1988, 18 (Walter).

tümer, nicht aber der Inhaber, Entlehner oder Verwahrer solcher Gegenstände oder der die Ausschließungsrechte verletzende Nichteigentümer sein.<sup>130</sup> Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, dass zur Erfüllung des Beseitigungsanspruches im Allgemeinen nur der Eigentümer in der Lage ist.<sup>131</sup> Gleiches gilt kraft positiver gesetzlicher Anordnung, wenn der Verletzte anstelle der Vernichtung von Eingriffsgegenständen oder der Unbrauchbarmachung von Eingriffsmitteln verlangt, dass ihm diese von ihrem Eigentümer gegen eine angemessene Entschädigung, höchstens jedoch zu den Herstellungskosten, überlassen werden gemäß § 82 Abs 5 UrhG.<sup>132</sup>

### 3. Veröffentlichungsanspruch

Gemäß § 85 Abs 1 UrhG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Veröffentlichung des über einen geltend gemachten Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsanspruch ergehenden Urteils. Voraussetzung dafür ist ein berechtigtes Interesse. Dieses kann bei Verletzung des postmortalen Bildnisschutzes durchaus gegeben sein, um eine gewisse »Richtigstellung« im Andenken des Verstorbenen zu erzielen. Die bloße Information der Öffentlichkeit über die Widerrechtlichkeit der Bildveröffentlichung ist hingegen kein berechtigtes Interesse.<sup>133</sup> Insbesondere bei Veröffentlichungen im Internet und seinen Diensten ist dies möglicherweise kontraproduktiv, da wiederum insbesondere die Frage der Dauer eine Rolle spielt. Andererseits gibt es verschiedene Gründe, die ein Veröffentlichungsinteresses des Verletzten zu tragen vermögen.

Die Urteilsveröffentlichung hat mit dem gleichen Veröffentlichungswert wie die unrechtmäßige Bildveröffentlichung zu erfolgen.<sup>134</sup> Die für die Beurteilung einer Bildnisveröffentlichung nach § 78 UrhG von der

---

130 Anders kraft ausdrücklicher Regelung beim strafrechtlichen Vernichtungsanspruch nach § 92 Abs 1 Satz 2 UrhG. Diese Bestimmung gilt aber ohnehin nicht für den Bildnisschutz nach § 78 UrhG (OGH 18.9.1975, 13 Os 84/75 [Adelheid A.] = ÖBl 1976, 86).

131 OGH 10.7.1990, 4 Ob 62/90 (PlanConsult) = MR 1991, 156 (Walter) unter Berufung auf Peter, Das österreichische Urheberrecht (1954) 235 (628); vgl auch OGH 15.6.1976, 4 Ob 343/76 (Autowerbung mit Banknoten) = ÖBl 1977, 53 (Blum); 17.5.1977, 4 Ob 344/77 (Panoramakarte Zillertal).

132 So bereits Schönherr; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982) Rz 545.2.

133 OGH 26.4.1988, 4 Ob 360/86 (Heeresnachrichtenamt).

134 Sog »Talionsprinzip«; OLG Wien 29.5.1985, 3 R 57/85 (Steuerfahnder) = MR 1986/4, 17.

Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze sind auch anzuwenden, wenn das Bild einer Prozesspartei im Zusammenhang mit einem mit dem Prozessgegner abgeschlossenen Vergleich veröffentlicht wird.<sup>135</sup> Die neuerliche Veröffentlichung eines Bildnisses einer Prozesspartei im Zusammenhang mit der Veröffentlichung eines eben diese Bildveröffentlichung betreffenden Unterlassungsvergleichs kann die Interessen der abgebildeten Person daher (neuerlich) verletzen.<sup>136</sup>

Gemäß § 85 Abs 2 UrhG kann das Gericht auf Antrag der obsiegenden Partei – der spätestens binnen vier Wochen nach Rechtskraft des Urteils zuzustellen ist – einen vom Urteilsspruch abweichenden Inhalt der Veröffentlichung bestimmen. Dabei kann das Gericht – ohne gegen § 405 ZPO zu verstoßen – bei der Veröffentlichung im Rundfunk eine Sendezeit in einem Zeitraum bestimmen, der jener Belangsendung angemessen ist, in der die widerrechtliche Veröffentlichung stattfand.<sup>137</sup>

## B. Vermögensrechtliche Ansprüche

Die positive Seite, die Innenwirkung des materiellen wie immateriellen Eigentumsrechts, besteht in der rechtlich gesicherten Möglichkeit, über die Sache durch Rechtsgeschäft zu verfügen. Jemand, dessen Persönlichkeitsrecht ohne seine Zustimmung von einem anderen zu dessen Vorteil verwendet worden ist, kann einen Bereicherungsanspruch haben.<sup>138</sup>

### 1. Verwendungsanspruch

Die Rechtsprechung anerkennt inzwischen gleichermaßen eine vermögensrechtliche Zuweisung von Persönlichkeitsrechten, wenn sie populären Persönlichkeiten bei Ausnutzung von Merkmalen ihrer Persönlichkeit einen Verwendungsanspruch gewährt. Sie legt zu Grunde,

135 OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 192/01s (Neuerliche Bildnisveröffentlichung) = MR 2002, 153 (Korn).

136 OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 192/01s (Neuerliche Bildnisveröffentlichung) = MR 2002, 153 (Korn).

137 Vgl OLG Wien 20. 11. 1981, 4 R 211/81 (Verstümmelte Entgegnung) = Schulze/83 (zustimmend *Dittrich*).

138 So grundlegend zu § 16 ABGB bereits *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil<sup>4</sup> (2007) Rz 2/50.

dass der Abbildung, dem Namen und sonstigen Merkmalen der Persönlichkeit<sup>139</sup> ein bedeutender wirtschaftlicher Wert zukommen kann, der in der Regel darauf beruht, dass eine Persönlichkeit – meist durch besondere Leistung etwa auf sportlichem oder künstlerischem Gebiet – in der Öffentlichkeit hervorgetreten ist und damit Bekanntheit und Ansehen gewonnen hat. Diese Popularität und ein damit verbundenes Image kann die Persönlichkeit wirtschaftlich verwerten, indem sie Dritten gegen Entgelt gestattet, ihr Bild, ihren Namen oder andere Persönlichkeitsmerkmale, die ein Wiedererkennen ermöglichen, kommerziell – etwa in der Werbung – zu nutzen. Der »geldwerte Bekanntheitsgrad« ist als vermögensrechtlicher Bestandteil eines aus § 16 ABGB ableitbaren Persönlichkeitsrechts zu betrachten, dessen bereicherungsrechtlicher Schutz anzuerkennen ist.<sup>140</sup>

Bei einer bloßen Verletzung des Bildnisschutzes nach § 78 UrhG steht nach der durchaus kritisierten<sup>141</sup> Judikatur kein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zu. Im Anlassfall wiesen die Gerichte die auf Zahlung von € 100.000,- gerichtete Klage des Sohnes von *Ernst Happel* gegen die Österreichische Post AG ab. Ohne eine Zustimmung des Verstorbenen oder des Angehörigen einzuholen, wurde folgende Sonderbriefmarke<sup>142</sup> herausgegeben:

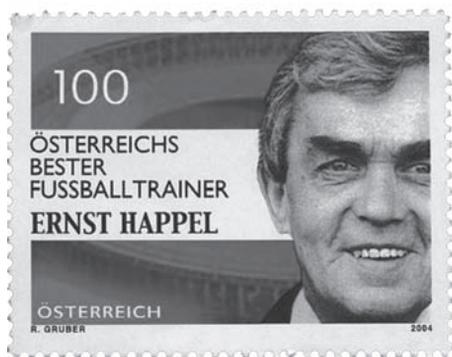


Abbildung 10: © Österreichische Post AG

- 139 Wie zB der Stimme eines Menschen: OGH 20.3.2003, 6 Ob 287/02b (MA 2412 II) = MR 2003, 92 (*Korn*) = ÖBl 2004/13, 39 (*Gamerith*) = ecolex 2004/96, 193 (*Schumacher*); dazu *Höhne*, »MA 2412« und der Schutz von characters, MR 2003, 96.
- 140 OGH 31.8.2010, 4 Ob 124/10d (Nahrungsergänzungsmittel); dazu *Thiele*, Ein Name ist nichts Geringes – Aktuelle Entwicklungen zur Namenslizenz, MR 2010, 379.
- 141 *Thiele*, Entscheidungsanmerkung, MR 2008, 148; *Warzilek*, Entscheidungsanmerkung, MR 2008, 148.
- 142 OGH 7.11.2007, 6 Ob 57/06k (Ernst-Happel-Briefmarke) = MR 2008, 145 (*Thiele* und *Warzilek*) = ecolex 2008/198, 550 (*Schachter*).

§ 78 UrhG schützt zwar ideelle und materielle Interessen; letztere aber nur dann, wenn durch die Verletzung ideeller Interessen auch materielle Interessen berührt sind.<sup>143</sup> Der OGH konnte letztlich keine Beeinträchtigung eines ideellen Interesses durch die Verwendung des Konterfeis des Verstorbenen auf der Briefmarke erkennen. Bei einer derartigen Bildveröffentlichung ist demzufolge keine rechtlich geschützte Position anzuerkennen, die einem Erben die angestrebte finanzielle Beteiligung am Vertrieb der Briefmarken mit dem Bild des Verstorbenen sichert, dessen Persönlichkeit über den Tod hinaus geschützt wird.<sup>144</sup> Die durchaus vergleichbare Verwendung von Bildnissen für Abziehbilder (Abziehsammelbilder) ist vor allem Folge der besonderen Beliebtheit (oder sogar der Verehrung), die der Abgebildete bei seinen Anhängern genießt. Persönlichkeitsrechte des Abgebildeten werden dadurch regelmäßig nicht beeinträchtigt.<sup>145</sup>

Die vermögenswerten Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts sollen es den Erben nicht ermöglichen, die öffentliche Auseinandersetzung mit Leben und Werk des Verstorbenen zu kontrollieren oder gar zu steuern. Eine Rechtsverletzung kann nur nach sorgfältiger Abwägung angenommen werden.<sup>146</sup>

## 2. Schadenersatz

Der Verletzte hat gemäß § 87 Abs 1 UrhG Anspruch auf Ersatz des erlittenen Vermögensschadens, wobei bereits bei leichter Fahrlässigkeit auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist.<sup>147</sup>

Gemäß § 87 Abs 2 UrhG hat der Verletzte Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile. Nach der Rechtsprechung<sup>148</sup> ist für den Ersatz immateriellen Schadens freilich erforderlich, dass die Beeinträchtigung

143 OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p (Werbespot) = *ecolex* 2010/129, 372 (Tonninger).

144 OGH 7.11.2007, 6 Ob 57/06k (Ernst-Happel-Briefmarke) = MR 2008, 145 (Thiele und Warzilek) = *ecolex* 2008/198, 550 (Schachter).

145 OGH 6.12.1994, 4 Ob 127/94 (Fußballer-Abziehbilder) = MR 1995, 109 (Walter).

146 OGH 7.11.2007, 6 Ob 57/06k (Ernst-Happel-Briefmarke) Pkt. 6.; ähnlich BGH 5.10.2006, I ZR 277/03 (klaus-kinski.de) = BGHZ 169, 193, bei allerdings gänzlich anderer Gesetzeslage.

147 Ständige Rechtsprechung OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w (Christoph S.) = *jusIT* 2012/46, 99 (Thiele) = MR 2012, 292 (Walter).

148 OGH 29.5.1996, 4 Ob 2059/96i (Gerhard Berger II); OGH 21.11.1989, 4 Ob 133/89 (Thalia) = MR 1990, 58 (Polley).

den üblicherweise mit jeder Verletzung des Bildnisschutzes verbundenen Ärger übersteigt und eine ganz empfindliche Kränkung darstellt, wie zB bei der Veröffentlichung eines unvoreilhaften Bildes eines Models<sup>149</sup> oder der Abbildung eines Regisseurs und Schauspielers als »Sandler«.<sup>150</sup> So führt zB die Abbildung eines Menschen in der breiten Öffentlichkeit mit der unwahren Behauptung als tot bezeichnet zu werden, eine schwerwiegende Kränkung und grobe Minderung des sozialen Ansehens herbei. Das Verschulden der Verantwortlichen in den Redaktionen der beklagten Zeitung, das bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen ist, wiegt schwer. Denn sie haben offenkundig auf gut Glück im Internet ein Foto zur Illustration ihrer Berichte gesucht, ohne sich darum zu kümmern, ob es tatsächlich die betroffene Person zeigte. Dass es dabei zu Verwechslungen kommen konnte, musste auch für sie auf der Hand liegen. Auf dieser Grundlage wurde nach § 87 Abs 2 UrhG ein Schadenersatzanspruch von € 6.000,- (Online-Ausgabe) bzw € 8.000,- (Printausgabe) als angemessen zugesprochen.<sup>151</sup>

Im Medienverfahren bereits zugesprochene Entschädigungen sind nach herrschender Meinung<sup>152</sup> anzurechnen. Zum Verhältnis von § 87 Abs 2 UrhG und § 7a MedienG gilt, dass diese Ansprüche voneinander unabhängig bei den hierfür zuständigen Gerichten geltend gemacht werden können<sup>153</sup>

## V. Resümee

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der (postmortale) Bildnisschutz gerade im Informationszeitalter der Neuen Medien keinen Anachronismus darstellt, sondern aktueller denn je erscheint.

149 OGH 9. 5. 1995, 4 Ob 1038/95 (Model) = MR 1996, 68.

150 OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 49/93 (Sandler) = MR 1993, 226 (Walter).

151 Ständige Rechtsprechung OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 153/11w (Christoph S.) = jusIT 2012/46, 99 (Thiele) = ecolex 2012/220, 505 = MR 2012, 292 (Walter).

152 OGH 8. 11. 1994, 4 Ob 94/94 (Lästige Witwe II) = MR 1994, 237; OGH 8. 11. 1994, 4 Ob 131/94 (Bombenterror I) = MR 1995, 226; OGH 1. 7. 1995, 4 Ob 63/95 (Kopf der Drogenbande) = ecolex 1995, 817 = MR 1996, 32, ÖBl 1996, 161 = SZ 168/125.

153 OLG Wien 14. 2. 1997, 1 R 6/97 (Spurensicherung) = MR 1997, 76 (Korn und Frauenberger).

Die Verletzungsmöglichkeiten des individuellen Persönlichkeitsschutzes durch moderne Techniken, die Personenbildnisse erzeugen, wiedergeben oder sonst wie verbreiten, haben sich potenziert. Das materiell-rechtliche Instrumentarium hat sich seit Jahrzehnten kaum verändert, dennoch haben es die Gerichte behutsam und zum Schutz der Individuen auf die modernen Herausforderungen angewendet. Die dogmatische Frage, ob es sich beim postmortalen Persönlichkeitsschutz um ein primäres Interesse der Angehörigen oder des Verstorbenen, das es zu wahren gilt, handelt, bekümmert die Praxis hingegen wenig.

Gerade im medizinischen Bereich bedarf die öffentliche Verwendung von Personenbildnissen einer besonders exakten Interessenabwägung. Die Veröffentlichung des Lichtbilds einer erkennbar schwer kranken Person berührt deren höchstpersönlichen Lebensbereich, zu dem jedenfalls die Gesundheit, das Sexualleben und das Leben in und mit der Familie gehören. Dieser auch als Intimsphäre bezeichnete Bereich ist sogar bei Politikern ua allgemein bekannten Personen zu respektieren. Der Eingriff in die in der Regel überwiegenden Individualinteressen des Abgebildeten oder seiner Angehörigen ist ausnahmsweise lediglich dann gerechtfertigt, wenn besonders legitimierte Zwecke wie zB jene der öffentlichen Sicherheit oder der Rechtspflege dies vorsehen. Da stets auch grundrechtliche Positionen betroffen sind, bedarf es sorgfältiger Abwägungen und einer steten Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Für bildgebende Verfahren der Forensik gilt daher einmal mehr die **goldene Regel** »*privacy by design*«. Man soll sich daher bereits im technischen Vorfeld überlegen, welche rechtlichen Spielräume bestehen und wie diese ausgenützt werden können. Die effektive Durchsetzung des postmortalen Bildnisschutzes bietet schließlich zeitlose juristische Herausforderungen, denen sich Wissenschaft und Praxis in wandelnden technischen Sachverhalten stets aufs Neue stellen dürfen. Es bleibt dabei: Der Tod ist ein Problem der Lebenden.<sup>154</sup>

---

154 Elias, Über die Einsamkeit der Sterbenden in unseren Tagen (1982) passim.

**Abstract**

Der vorliegende Beitrag behandelt einen Ausschnitt aus dem postmortalen Persönlichkeitsrecht, nämlich den Schutz der verstorbenen Person davor, dass ihre Bildnisse (in der Regel Fotografien) weiterhin oder erstmals veröffentlicht werden. Die gesetzlichen Regelungen in Österreich dazu sind seit mehr als 80 Jahren – zum Teil seit über 200 Jahren – nahezu unverändert geblieben. Ihre Anwendung auf neuartige, durch technische Innovationen geprägte Sachverhalte bringt daher zahlreiche juristische Herausforderungen mit sich. Dieser Beitrag versucht, eine erste Bestandsaufnahme der Rechtsprechung und Lehre, aber auch Antworten auf noch offene Fragen im Zusammenhang mit der forensischen Bildgebung zu vermitteln. Eine Darstellung der Rechtsansprüche für die Angehörigen bei erfolgter Bildnisschutzverletzung rundet die Tour d’Horizon ab.

## Literaturverzeichnis

- ▶ *Aicher J.*, in *Rummel P.* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 16.
- ▶ *Appl C./Bauer B.*, Hyperlinking und Embedded Content im Lichte der EuGH-Rsp, MR 2015, 151 ff.
- ▶ *Barta H.*, De mortuis nihil nisi bene – Postmortaler Persönlichkeitsschutz in der Antike, *Barta H./Radner T./Held L./Scharnreither H.T.* (Hrsg), Analyse und Fortentwicklung im Arbeits-, Sozial und Zivilrecht. FS Binder (2010) 45 ff.
- ▶ *Böhsner N.*, Digitale Verlassenschaft – Tod im »Social Network«, Zak 2010/635, 368 ff.
- ▶ *Bornik A.*, Integrierte, computergestützte Fallanalyse auf Basis von 3D-Bildgebung. Die Notwendigkeit der 3D-Bildgebung in der forensischen Fallanalyse, in *Bergauer C./Riener-Hofer R./Schwark Th./Staudegger E.* (Hrsg), »Forensigraphie« – Möglichkeiten und Grenzen IT-gestützter, klinisch-forensischer Bildgebung (2017).
- ▶ *Buck U.*, Anwendung und Möglichkeiten des 3D-Oberflächenscanning in der Forensik, in *Bergauer C./Riener-Hofer R./Schwark Th./Staudegger E.* (Hrsg), »Forensigraphie« – Möglichkeiten und Grenzen IT-gestützter, klinisch-forensischer Bildgebung (2017).
- ▶ *Büchle M.*, Rechtsprechungswende im Bildnisschutz – Fotografierverbot?, ÖBl 2013, 232 ff.
- ▶ *Bydlinski F.*, Paradoxe Geheimnisschutz post mortem?, JBl 1999, 553 ff.
- ▶ *Bydlinski F.*, in *Rummel P.* (Hrsg), ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 7.
- ▶ *Bydlinski P.*, Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil <sup>4</sup> (2007).
- ▶ *Dittrich R.*, Der Schutz der Persönlichkeit nach österreichischem Urheberrecht, ÖJZ 1970, 533 ff.
- ▶ *Dokalik D.*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, in *BMJ* (Hrsg), Die Medienlandschaft 2015 – Herausforderungen für die Justiz (2016) 97 ff.
- ▶ *Doralt R.*, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645 ff.
- ▶ *Duden*, Fremdwörterbuch<sup>9</sup> (2007).
- ▶ *Egger P.*, in *Schwimann M.* (Hrsg), ABGB-TaKomm<sup>3</sup> (2015) § 16.
- ▶ *Eisenberger I.*, Postmortaler Grundrechtsschutz am Beispiel des Persönlichkeitsschutzes, in *Eisenberger I./Golden I./Lachmayer K./Marx G./Tomasovsky D.* (Hrsg), Norm und Normvorstellung. FS für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag (2003) 175 ff.
- ▶ *Elias N.*, Über die Einsamkeit der Sterbenden in unseren Tagen (1982).
- ▶ *Fischer P.*, Soziale Medien und private Homepages – Über das Einstellen von Bildern fremder Personen, AnwBl 2013, 476 ff.

- ▶ *Fleig H.*, Wim Wenders. Hermetische Filmsprache und Fortschreiben antiker Mythologie (2005).
- ▶ *Fricke M.*, in *Wandtke A./Bullinger W.* (Hrsg), UrhR. Praxiskommentar zum Urheberrecht<sup>4</sup> (2014) § 22 KUG.
- ▶ *Gebauer J.*, Digitale Verlassenschaft – Was passiert mit Facebook-Accounts & Co?, ZIIR 2015, 382 ff.
- ▶ *Gerhartl A.*, Postmortales Persönlichkeitsrecht, Zak 2011/352, 187 ff.
- ▶ *Haller A.*, Internet und Urheberrecht, in *Brenn C.* (Hrsg), E-Commerce-Gesetz (2002) 80 ff.
- ▶ *Handig C.*, »Öffentliche Wiedergabe« im Wandel. Der EuGH harmonisiert den urheberrechtlichen Begriff, ÖBl 2014/43, 206 ff.
- ▶ *Helmich E.*, in *Kletecka A./Schauer M.* (Hrsg), ABGB-ON 1.00 (2010) § 285.
- ▶ *Höhne T.*, »MA 2412« und der Schutz von characters, MR 2003, 96 ff.
- ▶ *Hofmarcher D.*, (K)ein Fotografierverbot?, ecolex 2013, 548 ff.
- ▶ *Jahnel D.*, Handbuch Datenschutz (2010).
- ▶ *Karner E.*, Entscheidungsanmerkung, ÖJZ 2013, 734 ff.
- ▶ *Kodek A.*, in *Kucsko G.* (Hrsg), urheber.recht. Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (2008) § 77.
- ▶ *Kodek A.*, in *Kucsko G.* (Hrsg), urheber.recht. Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (2008) § 78.
- ▶ *Kohler J.*, Das Eigenbild im Recht (1903).
- ▶ *Kopetzki C.*, Die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, in *Grafl C./Medigovic U.* (Hrsg), FS für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag (2004) 601 ff.
- ▶ *Korn G./Neumayer J.*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991).
- ▶ *Koziol H./Warzilek A.*, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Massenmedien in Österreich, in *Koziol H./Warzilek A.* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (2005), 3–58.
- ▶ *Mitteis H.*, Grundriss des Österreichischen Urheberrechtes (1936).
- ▶ *Noll A.*, Aufnahmen verboten?, ÖBl 2013, 196 ff.
- ▶ *Olsena S.*, Legal protection of deceased: Why to protect and how to protect? A reflection on law and medicine, juridikum 2014, 240 ff.
- ▶ *Peter W.*, Das Österreichische Urheberrecht (1954).
- ▶ *Pfersmann H.*, Neues aus der SZ, ÖJZ 2000, 89 ff.
- ▶ *Pierer J.*, Postmortaler Brief- und Bildnisschutz, ÖBl 2014/42, 200 ff.
- ▶ *ProLibris*, Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz 2006. Texte, Materialien, Judikatur<sup>3</sup> (2015).
- ▶ *Reis L.*, Warum wissenschaftliche Äußerungen nicht beleidigen ..., KUR 2016, 48 ff.

- ▶ *Rest M.*, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – ein Überblick, MR 2012, 113 ff.
- ▶ *Riener-Hofer R.*, »Forensigraphie« – Treffpunkt zwischen Recht und Bildung, in *Bergauer C./Riener-Hofer R./Schwark Th./Staudegger E.* (Hrsg), »Forensigraphie« – Möglichkeiten und Grenzen IT-gestützter, klinisch-forensischer Bildgebung (2017).
- ▶ *Rintelen M.*, Urheber und Urhebervertragsrecht (1958).
- ▶ *Rössl I.*, Tote Körper. Schlaglichter auf den Umgang des Rechts mit der Leblosgigkeit, Juridikum 2014, 250 ff.
- ▶ *Schauer M.*, Nachlass und vererbliche Rechtsverhältnisse, in *Gruber M./Kalss S./Müller K./Schauer M.* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 383 ff.
- ▶ *Schönherr F.*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982).
- ▶ *Schumacher C.*, in *Kucsko G.* (Hrsg), urheber.recht. Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (2008) § 8.
- ▶ *Thiele C.*, in *Ciresa M.* (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht. Kommentar (2015) § 77.
- ▶ *Thiele C.*, Rechtssicherer Betrieb von Sozialen Trauerplattformen – Persönlichkeitsrechtliches zur Parte 2.0, RdW 2015/149, 148 ff.
- ▶ *Thiele C.*, Die Trias von § 16 ABGB, § 78 UrhG und Datenschutz – Zum Verhältnis von Persönlichkeits-, Bildnis- und Datenschutz in der österreichischen Rechtsordnung, in *Jahnel D.* (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2015 (2015) 49 ff.
- ▶ *Thiele C.*, Entscheidungsanmerkung, jusIT 2013, 734 ff.
- ▶ *Thiele C.*, Der digitale Nachlass – Erbrechtliches zum Internet und seinen Diensten, jusIT 2010/79, 167 ff.
- ▶ *Thiele C.*, Ein Name ist nichts Geringes – Aktuelle Entwicklungen zur Namenslizenz, MR 2010, 379 ff.
- ▶ *Thiele C.*, Die zeitliche Schranke des Urheberrechts (2009), in <<http://www.eurolawyer.at/pdf/Zeitliche-Schranke-des-UrhR.pdf>> (abgerufen am 29.9.2016).
- ▶ *Thiele C.*, in *Kucsko G.* (Hrsg), urheber.recht. Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (2008) § 41.
- ▶ *Thiele C.*, Entscheidungsanmerkung, MR 2008, 148 ff.
- ▶ *Wahring R.*, Wörterbuch der deutschen Sprache<sup>5</sup> (2013).
- ▶ *Warren S./Brandeis L.*, The Right to Privacy, 1890 Harv.L.Rev. IV, 193 ff.
- ▶ *Warczilek A.*, Entscheidungsanmerkung, MR 2008, 148 ff.
- ▶ *Wolkerstorfer T.*, Urheberrecht für lehrende Mediziner, RdM 2016, 128 ff.
- ▶ *Zöchbauer P.*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichung. Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 2013, 255 ff.