

# Schwerpunktbereichsklausur: Kunst oder Leben

Von Prof. Dr. **Jörn Reinhardt**, Bremen, Wiss. Mitarbeiter **Ioannis Katsivelas**, Wiss. Mitarbeiterin **Anna Schimke**, Hamburg\*

## Sachverhalt\*\*

K ist Künstler. In seinen Arbeiten thematisiert er das Verhältnis von Kunst und Leben. K experimentiert dazu mit den verschiedensten Formaten und Medien, die er aber zunehmend als unauthentisch empfindet. Sein neues Projekt radikalisiert seinen bisherigen Ansatz. Um die Unmittelbarkeit zwischen seinen Arbeiten, seinem Leben und den Rezipienten seiner Kunst herzustellen, hat K Atelier und Privatwohnung, bewusst auch Bade- und Schlafzimmer, mit Kameras bestückt. Darüber hinaus hat K in sein Brillengestell eine Kamera integriert. Auf diese Weise will er den Betrachtern seiner Kunst nicht nur einen Blick auf ihn selbst ermöglichen, sondern sie auch quasi durch seine Brille auf die Welt blicken lassen. K hält gerade diese Verdopplung der Perspektive für einen besonders subtilen Effekt. Die Brillenkamera verfügt über eine Zoomfunktion, mit der K über erhebliche Distanzen zu filmen vermag. Er hat es sich zur Angewohnheit gemacht, von seiner Küche aus einen Blick auf die Fensterfront des gegenüberliegenden Wohnhauses zu werfen und bei anbrechender Dunkelheit in die beleuchteten Wohnungen zu zoomen. Er macht das nicht systematisch, sondern eher zufällig. Die Aufnahmen der Kameras werden kontinuierlich per Livestream übertragen.

K bedient sich dabei der von einem Hamburger Start-Up Unternehmen entwickelten Anwendung „P-Scope“. Die Anwendung funktioniert auf folgende Weise: Sobald eine mit P-Scope verbundene Kamera startet, wird das aufgenommene Video auf einen Server des Anbieters übertragen. Über die Webseite von P-Scope oder mit der Anwendung selbst können sich dann Dritte in den Live-Stream einklinken. Beendet der Nutzer die Videoaufnahme, endet auch der Live-Stream. Die Nutzer können ihre Beiträge mit einem Titel und weiteren Schlagwörtern sowie kurzen Texten versehen. Bei Eingabe des Titels oder der Schlagwörter in die von P-Scope angebotene Suchfunktion können Livestream und das dazugehörige Profil des Nutzers von Dritten aufgefunden werden. Dem Nutzer ist es nicht möglich, die gestreamten Aufnahmen mittels P-Scope zu speichern. Auch über eine „Replay“-Funktion oder ähnliches verfügt die Anwendung nicht. Um den Dienst nutzen zu können, ist es erforderlich, ein kostenloses Nutzerkonto anzulegen. Dazu müssen ein frei gewählter Kontoname, ein Passwort, eine E-Mail-Adresse und ein Geburtsdatum angegeben werden. Eine Rechtsbelehrung oder Hin-

weise auf zu berücksichtigende Rechte Dritter enthält die Webseite nicht.

Die Radikalität des Ansatzes verschafft K, der sich darüber sehr freut, in kurzer Zeit eine gewisse Resonanz in den sozialen Medien und der Presse. Dies gilt insbesondere für die Aufnahmen, die er mittels der in seinem Brillengestell integrierten Kamera macht. In einem Interview mit der Kunstzeitschrift *Monopoly* rechtfertigt K dieses Vorgehen als das künstlerische Zitat einer voyeuristischen Geste.

Nicht erfreut ist Nachbarin N, die im Haus gegenüber wohnt und des Öfteren in das Blickfeld des K gerät. N hat von Ks Projekt erfahren und bewegt sich, aus Angst, K zu begegnen, nun nicht mehr so unbefangen wie früher im öffentlichen Straßenraum. Vollends entsetzt ist sie, als sie von einem Bekannten erfährt, dass K auch schon das ein und andere Mal in ihre Wohnung gezoomt hat. N fühlt sich beobachtet und in ihrer Privatsphäre verletzt. Sie ist der Meinung, K dürfe sie nicht ohne Weiteres auf der Straße aufnehmen und erst recht dürfe er nicht in ihre Wohnung hinein filmen. Einen künstlerischen Gehalt der Aufnahmen kann sie auch nicht erkennen, vielmehr sei alles erschreckend realistisch. Da sie in keinem Fall an K herantreten will, um nicht noch weiter in sein Kunstprojekt hineingezogen zu werden, wendet sie sich mit Schreiben an P-Scope als Anbieter. Sie verlangt von P-Scope, eine weitere Ausstrahlung von Ks Livestream zu unterlassen. K habe ihre Persönlichkeitsrechte wiederholt verletzt und werde dies angesichts des Nachbarschaftsverhältnisses im Falle einer weiteren Ausstrahlung des Livestream auch künftig tun. Als Anbieter habe P-Scope eine Verpflichtung, evidente Rechtsverletzungen zu unterbinden. Indem ein Anbieter alles ungeprüft übertrage, mache er sich die Rechtsverletzungen seiner Nutzer zu eigen. Mit Antwortschreiben reagiert P-Scope ablehnend. Das Unternehmen stelle nur ein Forum zur Verfügung. Verantwortlich für die Inhalte seien allein die Nutzer. Von einem kleinen Start-Up könne auch nicht erwartet werden, das Nutzerverhalten umfassend zu kontrollieren. Ob das Verhalten des K tatsächlich rechtswidrig sei, könne es gar nicht beurteilen. Da der N die Person des K bekannt sei, habe sie sich in jedem Fall zuerst an ihn zu wenden.

Auch K stehen derweil rechtliche Streitigkeiten ins Haus. Die Berühmtheit des K führt dazu, dass über ihn zunehmend in den Medien berichtet wird. Die Boulevardpresse hat sich der Geschichte angenommen. Eines Morgens sieht K sich in einer großen Tageszeitung abgebildet, die im Verlag Z erscheint. Das Bild dient zur Illustration eines Artikels, in dem – wie K findet – nur negativ und verständnislos über ihn berichtet wird. Bei dem Bild handelt sich um ein Foto, das Reporter der Z von dem Livestream gemacht haben und das K im Bad auf seiner Toilette sitzend zeigt. Das Bild trägt die Überschrift: „Ist das jetzt auch Kunst?“. Verärgert ist K aber nicht nur über die Veröffentlichung des Bildes, sondern auch über das Fazit des Artikels, das er als persönliche Beleidigung empfindet. Darin heißt es: „Privates, Öffentliches,

\* *Jörn Reinhardt* vertritt im WS 2017/18 eine Professur für Öffentliches Recht an der Universität Bremen. *Ioannis Katsivelas* und *Anna Schimke* sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Informations- und Kommunikationsrecht, Gesundheitsrecht und Rechtstheorie (Prof. Dr. *Marion Albers*) an der Universität Hamburg.

\*\* Der Sachverhalt ist im WS 2016/17 in abgewandelter Form als Examensklausur im Schwerpunkt VII (Information- und Kommunikation) gestellt worden.

Kunst, Leben – für K ist das alles eins. Er ist dermaßen durcheinander und verwirrt, dass er nicht mehr weiß, was was ist. Traurig, aber wahr: Er ist ein durchgeknallter Künstler“. K sieht sich durch den Bericht in seinen Persönlichkeitsrechten schwer verletzt.

K will sowohl gegen die Bild- als auch gegen die Wortberichterstattung vorgehen. Er beauftragt einen Anwalt, der dafür sorgen soll, dass Z eine erneute Verbreitung des Fotos unterlässt. Außerdem soll er durchsetzen, dass die Z es unterlässt, zu behaupten oder zu verbreiten, er sei ein „durchgeknallter Künstler“. K ist der Ansicht, dass das Bild nicht ohne seine Zustimmung hätte veröffentlicht werden dürfen. Auch wenn seine Kunst die Grenze zwischen privat und öffentlich hinterfrage und dabei auch das Private zur Schau stelle, bediene er sich doch nicht umsonst eines flüchtigen Mediums. Auch in der Öffentlichkeit, zumal in der von ihm in spezifisch künstlerischer Weise hergestellten Öffentlichkeit, bestünden berechnete Privatheitserwartungen. Die Aussage, er sei „durchgeknallt“, müsse er sich unter keinem Gesichtspunkt gefallen lassen. Die Z verschiebe hier die öffentliche Auseinandersetzung über seine Kunst hin zu rein spekulativen Behauptungen über den Kern seiner Persönlichkeit als Privatperson.

Z weist das Ansinnen des K zurück. Es sei schon nicht nachvollziehbar, dass K sich auf die Privatsphäre berufe, nachdem er sich in dieser Weise exponiert habe. Auch habe K das Medium Internet scheinbar nicht verstanden: Wer Aufnahmen hochlade, ohne von Zugangssperren Gebrauch zu machen, müsse damit rechnen, dass Bilder davon verbreitet würden, und willige zumindest konkludent in eine solche Verwendung ein. Im Übrigen bestehe, zumal in Verbindung mit dem Artikel, ein berechtigtes Informationsinteresse der allgemeinen Öffentlichkeit. Auch die Formulierung „durchgeknallter Künstler“ sei nicht zu beanstanden. Angesichts seines Kunstprojektes müsse sich K eine etwas pointierte und polemische Kritik gefallen lassen.

### Bearbeitervermerk

Prüfen Sie in einem umfassenden Gutachten, ob

1. N gegen P-Scope sowie
2. K gegen Z

die geltend gemachten Ansprüche in materieller Hinsicht zustehen.

Normen des BDSG und des StGB sind dabei nicht zu prüfen!

### Lösungsvorschlag

#### Teil 1: Nachbarin N gegen P-Scope

##### A. Unterlassungsanspruch gegen das Streamen der Aufnahmen im öffentlichen Raum

Fraglich ist, ob N gegen P-Scope einen Anspruch auf Unterlassung des Streamens der Aufnahmen, die sie im öffentlichen Raum zeigen, hat.

#### I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Ein solcher könnte sich zunächst aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben.

##### 1. Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Voraussetzung hierfür ist, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen überhaupt beeinträchtigt wurde. § 1004 BGB schützt zwar unmittelbar nur das Eigentum, wird aber bei der Verletzung absoluter Rechte analog angewandt und gewährt dem Betroffenen somit einen sog. quasi-negatorischen Unterlassungsanspruch. Zu den geschützten absoluten Rechten zählt u.a. auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das zivilrechtlich nach § 823 Abs. 1 BGB als „sonstiges Recht“ anerkannt ist.<sup>1</sup> Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt eine Person in ihrer Beziehung zur Umwelt und soll eine autonome Lebensgestaltung sichern. Der weit gefasste sachliche Anwendungsbereich wurde im Rahmen von Fallgruppen konkretisiert.<sup>2</sup> So schützt das Recht unter anderem vor der unbefugten Aufnahme und Verwendung des eigenen Bildes und gewährt insoweit eine Entscheidungsmöglichkeit. K hat Bilder von N auf der Straße aufgenommen. Die Bilder konnten zugleich per Livestream durch Dritte rezipiert werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der N ist durch die Aufnahmen und deren Übertragung beeinträchtigt.

##### 2. Rechtswidrigkeit

Die Beeinträchtigung müsste auch rechtswidrig sein. Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts steht seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss durch eine Güterabwägung mit den schutzwürdigen Interessen der anderen Seite bestimmt werden.<sup>3</sup> Dabei sind insbesondere die Grundrechte des Grundgesetzes (sog. mittelbare Drittwirkung) und die Menschenrechte der EMRK zu berücksichtigen (sog. Berücksichtigungspflicht).<sup>4</sup>

##### a) Grund- und menschenrechtliche Wertungen

Die unbefugte Aufnahme und Übertragung der Bilder von N ist verfassungsrechtlich durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Auch die EMRK umfasst in Art. 8 EMRK eine entsprechende Gewährleistung.<sup>5</sup> Den Interessen der N steht das

<sup>1</sup> Korte, Praxis des Presserechts, 2014, § 1 Rn. 54; Fechner, Medienrecht, 17. Aufl. 2016, Kap. 4 Rn. 16 m.w.N.

<sup>2</sup> Schulze, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2017, § 823 Rn. 91.

<sup>3</sup> Vgl. nur Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 6, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 364.

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 198 (mittelbare Drittwirkung); BVerfGE 111, 307 (Berücksichtigungsgebot).

<sup>5</sup> Söder, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Informations- und Medienrecht, 17. Ed., Stand: 1.8.2017, § 823 Rn. 123.

Interesse des K gegenüber, sein Projekt weiterhin durchführen zu können.

*aa) Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG*

Möglicherweise ist das Projekt des K verfassungsrechtlich als Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG einzuordnen. Eine allgemeine Definition von „Kunst“ gibt es zwar nicht. Um dennoch den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GG bestimmen zu können, wurden durch die Rechtsprechung und Literatur verschiedene Kriterien (Kunstbegriffe) entwickelt, die auf ein künstlerisches Werk hinweisen.<sup>6</sup> Dabei genügt es, wenn die Voraussetzungen eines Kunstbegriffs vorliegen.<sup>7</sup> Nach dem vom BVerfG anfangs formulierten „materialen Kunstbegriff“ liegt das Wesen künstlerischen Schaffens in der freien schöpferischen Gestaltung, in welcher Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers in bestimmter Form zur Anschauung gebracht werden.<sup>8</sup> Der „formale Kunstbegriff“ ist hingegen enger und stellt darauf ab, ob die Gattungskriterien eines anerkannten Werktyps erfüllt sind.<sup>9</sup> Nach dem „offenen Kunstbegriff“ ist es schließlich ausreichend, wenn das Werk offen für verschiedene Interpretationen ist.<sup>10</sup> Eine Niveauekontrolle der Kunst, z.B. eine Unterscheidung zwischen höherer und niederer Kunst oder guter und schlechter Kunst, ist hierbei unzulässig. K thematisiert in seinem Projekt sein eigenes Leben als Künstler und setzt es ins Verhältnis zu seiner unmittelbaren, alltäglichen Umgebung. Dieses Vorgehen kann zumindest unterschiedlich interpretiert werden, etwa – so wie K es tut – als Zitat einer voyeuristischen Geste oder als Teil eines allgemeinen Diskurses über das Verhältnis von Kunst und Leben. Zudem verarbeitet K seine Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse, indem er sie in bewusster Radikalisierung seiner bisherigen Arbeiten versucht, Dritten unmittelbar zugänglich zu machen. Auch wenn der Kunstbegriff zunehmend konturlos wird und dies dafür sprechen mag, den verfassungsrechtlichen Kunstbegriff wieder stärker zu konturieren,<sup>11</sup> unterfällt die Tätigkeit des K zumindest dem materialen und dem offenen Kunstbegriff und ist demnach jedenfalls nach allen geltenden Kriterien als Kunst im Sinne von Art. 5 Abs. 3 GG einzustufen.

*bb) Kunstfreiheit, Art. 10 EMRK*

In Art. 10 EMRK wird die Kunstfreiheit als besondere Form der Äußerungsfreiheit verstanden,<sup>12</sup> unter die das Projekt als Teil einer Kommunikation über das Verhältnis von Kunst und Leben fällt.

*b) Abwägung: Kunstfreiheit vs. allgemeines Persönlichkeitsrecht*

Eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG setzt voraus, dass die betroffene Person im Kunstwerk erkennbar ist.<sup>13</sup> Sodann wird zwischen Kunstwerken mit und ohne Faktizitätsanspruch unterschieden. Während bei Kunstwerken ohne Faktizitätsanspruch eine sog. „kunstspezifische Betrachtung“<sup>14</sup> erfolgt, wird diese spezifische Perspektive bei Kunstwerken mit Faktizitätsanspruch nicht eingenommen.<sup>15</sup> Weil die Kunstfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist, zudem eine wichtige Rolle für die öffentliche Meinungsbildung spielt und deshalb einen engen Bezug zum Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) aufweist, tritt sie gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nur bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen zurück. N ist ohne weiteres für die Nutzer/-innen von P-Scope identifizierbar. Das Projekt des K zielt nicht darauf ab, seine Lebenswirklichkeit zu fiktionalisieren, sondern arbeitet gerade mit deren Faktizität, so dass keine kunstspezifische Betrachtung erfolgt. Insoweit kommt es allein darauf an, ob N durch die Aufnahmen im öffentlichen Raum schwerwiegend in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt wird. N bewegt sich im öffentlichen Raum und wird von den Aufnahmen des K nur zufällig und flüchtig erfasst. Auf ihre Person kommt es dabei nicht an. Diese Gesichtspunkte sprechen für eine geringe Eingriffsintensität. Allerdings ist das Projekt für N weder transparent noch kontrollierbar oder vorhersehbar. Sie muss jederzeit damit rechnen, dass ihr Verhalten über das Internet durch Dritte einsehbar ist, wodurch sie sich möglicherweise nicht mehr vollständig unbefangen im öffentlichen Raum bewegen kann. Auf der anderen Seite kann N im öffentlichen Raum von vornherein nicht davon ausgehen, dass ihr Verhalten vollständig unbeobachtet und den Blicken Dritter entzogen bleibt. Die Aufnahmen werden auch nicht gespeichert, so dass es durch die Übertragung der Aufnahmen über das Internet zwar der Kreis möglicher Dritter erweitert wird. Für diese bestehen aber kaum Möglichkeiten, die Aufnahmen in anderen Kontexten weiterzuverwenden und der Beobachtung damit eine neue Qualität zu verleihen. Insgesamt handelt es sich daher nicht um einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der N. Besondere Anforderungen, die sich aus

<sup>6</sup> Überblick bei v. Arnould, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 167 Rn. 13 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Kempen, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, 34. Ed., Stand: 15.8.2017, Art. 5 Rn. 162.

<sup>8</sup> BVerfGE 30, 173.

<sup>9</sup> BVerfGE 67, 213 (226 f.).

<sup>10</sup> BVerfGE 67, 213 (226 f.).

<sup>11</sup> Vgl. Ladeur, ZUM 2016, 775 f.

<sup>12</sup> Cornils, in: Gersdorf/Paal (Fn. 5), Art. 10 EMRK Rn. 31.

<sup>13</sup> Vgl. zu dieser und den im Folgenden angeführten Besonderheiten bei der Abwägung Korte (Fn. 1), § 2 Rn. 2 ff.

<sup>14</sup> BVerfGE 119, 1 (27 f.).

<sup>15</sup> Die Unterscheidung zwischen fiktionalen Elementen und Elementen mit Faktizitätsanspruch ist nicht unproblematisch. So ruht schon die Unterscheidung selbst auf einer Vereinfachung des Verhältnisses zwischen dem Kunstwerk und seiner Umwelt. Zudem wird die Operationalisierbarkeit der Unterscheidung in Frage gestellt. Ausführlich und kritisch wurden diese Aspekte vor allem im Anschluss an die Esra-Entscheidung des BVerfG diskutiert. Vgl. zuletzt die Diskussionsbeiträge zum Thema „Esra, zehn Jahre später“ unter <http://verfassungsblog.de/category/debates/esra-zehn-jahre-spaeter/> (18.1.2018).

Art. 10 oder 8 EMRK für diesen Fall ergeben, sind nicht erkennbar. Die Kunstfreiheit überwiegt das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

### c) Zwischenergebnis

Eine rechtswidrige Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der N durch die Aufnahmen im öffentlichen Raum ist nicht gegeben.

### 3. Ergebnis

Ein Anspruch der N gegen P-Scope aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht bezüglich der Aufnahmen im öffentlichen Raum nicht.

*Hinweis:* A.A. mit entsprechender Begründung vertretbar.  
Dann Fortsetzung der Prüfung wie bei B. I.

## II. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, §§ 22, 23 KUG

Des Weiteren kommt ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, §§ 22, 23 KUG in Frage. Das Streamen von Bildern stellt zwar ein „öffentliches zur Schau stellen“ im Rahmen von § 22 KUG dar,<sup>16</sup> in das N nicht eingewilligt hat. Jedoch ist im Rahmen von § 23 Abs. 1 KUG ebenfalls eine Abwägung anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe zwischen der Kunstfreiheit des K und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der N vorzunehmen, für die sich im Vergleich zum Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB hier keine Abweichungen ergeben. Auch ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, §§ 22, 23 KUG besteht folglich nicht.

## B. Unterlassungsanspruch gegen das Streamen der Aufnahmen in die Wohnung der N

Indes könnte N hinsichtlich der Aufnahmen in ihrer Wohnung ein Anspruch auf Unterlassung des Streamens durch P-Scope zustehen.

### I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht

#### 1. Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts

Durch das Streamen der Aufnahmen in die Wohnung der N könnte diese in ihrer Privatsphäre verletzt sein, die sowohl vom zivil- als auch vom verfassungs- und menschenrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK) umfasst ist. Nach der „Luftbild-Rechtsprechung“ des BGH ist eine Handlung dann als Beeinträchtigung der Privatsphäre zu qualifizieren, wenn diese gegen den Willen des Betroffenen und unter Überwindung bestehender Hindernisse oder mit geeigneten Hilfsmitteln ausgespäht werden soll.<sup>17</sup> Ks Aufnahmen gehen über das

hinaus, was von einer allgemein zugänglichen Stelle aus aufgenommen werden kann (Außenansicht von Häusern und Grundstücken etc.). Die Wohnung ist ein Raum, der in qualifizierter Weise gegen Einsichtnahme geschützt ist. Auch wenn die Aufnahmen nicht gespeichert werden, ist N durch die Aufnahmen daher schwerwiegend in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Angesichts der Schwere der Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte der N kann diese auch nicht durch Belange der Kunstfreiheit aufgewogen werden und stellt sich somit als rechtswidrig dar.

#### 3. Wiederholungsgefahr

Voraussetzung des in der Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruchs ist ferner, dass die Gefahr einer Wiederholung gleichartiger Verstöße besteht. Davon ist hier auszugehen, zumal K nicht beabsichtigt, sein Projekt zu beenden. Im Übrigen wird bei einer bereits erfolgten rechtswidrigen Beeinträchtigung das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr vermutet.<sup>18</sup>

#### 4. Passivlegitimation von P-Scope

Im Weiteren stellt sich allerdings die Frage, ob P-Scope richtiger Anspruchsgegner, für den Unterlassungsanspruch also passivlegitimiert ist.

##### a) Haftung als Täter oder Teilnehmer

In Betracht kommt zunächst eine Haftung von P-Scope als unmittelbar Handelnden, in erster Linie als Täter oder Teilnehmer. Dabei knüpfen die Begriffe der zivilrechtlichen Täterschaft und Teilnahme an die entsprechenden strafrechtlichen Grundsätze an.<sup>19</sup> In diesem Zusammenhang ist ebenfalls eine Haftung für fremde Inhalte möglich, die „zu eigen gemacht“ worden sind. Für ein Zu-Eigen-Machen ist insbesondere die Frage der inhaltlichen Kontrolle und die Art der Präsentation von Bedeutung.<sup>20</sup> Dies ist aus der Perspektive eines objektiven Nutzers auf der Grundlage einer Gesamtbeurteilung aller relevanten Umstände zu bestimmen.<sup>21</sup> Zwar stellt P-Scope seinen Nutzern eine Plattform für die Übertragung von Echtzeitaufnahmen zur Verfügung, die ggf. Persönlichkeitsrechtsverletzend sein können. Da es aber nicht um die Aufnahmen von P-Scope selbst geht und P-Scope sich auch diese – etwa im Wege einer Vorabkontrolle – nicht zu eigen gemacht hat, scheidet eine Haftung als unmittelbar Handelnder aus.

##### b) Haftung als Störer

Negatorische Ansprüche bestehen indes nicht nur gegenüber den unmittelbar Handelnden. Sie bestehen auch gegenüber denjenigen, die die Persönlichkeitsrechtsverletzung zwar

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 12.7.1994 – VI ZR 1/94, Rn. 30.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 22.7.2010 – I ZR 139/08, Rn. 30 m.w.N.

<sup>20</sup> Korte (Fn. 1), § 4 Rn. 17 m.w.N.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, Rn. 26.

<sup>16</sup> Specht, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Kommentar zum UrhG, 5. Aufl. 2015, § 22 KUG Rn. 10.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 9.12.2003 – VI ZR 373/02, Rn. 19.

nicht durch eigenes Handeln (mit-)verursacht, aber willentlich und zurechenbar zur Verletzung eines absoluten Rechts beigetragen haben. Sie können bei einer Verletzung absoluter Rechte grundsätzlich als Störer in Anspruch genommen werden.<sup>22</sup>

Da sich P-Scope als Anbieter von Telemediendiensten (§§ 2 Nr. 1, 1 Abs. 1 TMG) grundsätzlich auf die Haftungsprivilegierung nach §§ 7 ff. TMG berufen kann, sind zunächst die Reichweite der Haftungsprivilegierung und anschließend der Umfang einer möglichen Störerhaftung zu erörtern. Hier bestehen viele Unklarheiten. Sie betreffen schon die Frage, inwieweit die Haftungsprivilegierungen auf Unterlassungsansprüche anwendbar sind. Darüber hinaus hängen die Reichweite der Haftungsprivilegierung nach dem TMG und die Konfliktlösung im Einzelfall von der Art des angebotenen Dienstes ab.

#### *aa) Keine lediglich subsidiäre Verantwortlichkeit von P-Scope*

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von P-Scope als Diensteanbieter entfällt nicht allein deshalb, weil der Verletzte N die Identität des K bekannt ist. Grundsätzlich ist als mittelbarer Störer verpflichtet, wer, ohne unmittelbarer Störer zu sein, in irgendeiner Weise zurechenbar zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt.<sup>23</sup>

#### *bb) Haftungsprivilegierung bei Unterlassungsansprüchen?*

Nach der Rechtsprechung des BGH findet das Haftungsprivileg des TMG auf Unterlassungsansprüche keine uneingeschränkte Anwendung.<sup>24</sup> Dem steht eine Rechtsprechungslinie des EuGH gegenüber, der bei der Auslegung von Art. 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 E-Commerce-RL, deren Umsetzung § 10 S. 1, § 7 Abs. 2 TMG dienen, nicht zwischen der Haftung auf Schadensersatz und Unterlassung unterscheidet.<sup>25</sup> Allerdings ist auch die EuGH-Rechtsprechung nicht einheitlich. In der Entscheidung zur Haftung von Betreibern offener WLAN-Netze hat der EuGH ausdrücklich zwischen den Ansprüchen differenziert und aus Art. 12 Abs. 3 E-Commerce-Richtlinie gefolgert, dass WLAN-Betreiber zwar grundsätzlich nicht für Schadensersatzansprüche herangezogen werden können, Unterlassungsansprüche hingegen nicht ausgeschlossen sind.<sup>26</sup> Somit können die Diensteanbieter im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs für Rechtsverletzungen prinzipiell als Störer in Anspruch genommen werden.

*Hinweis:* A.A. mit Hinweis auf die Zielrichtung der E-Commerce-RL ebenfalls vertretbar. Dann müsste man sich weiter mit der Frage auseinandersetzen, um welche Art von Anbieter es sich handelt. Anders als bei einem klassischen Host-Anbieter besteht der von P-Scope erbrachte Dienst nicht in einer Speicherung von Informatio-

nen, sondern in einer Übermittlung von Informationen, die durchaus mit einem „Durchleiten“ (§ 8 TMG) vergleichbar ist. Andererseits wird jedem Nutzer eine Profilseite zur Verfügung gestellt, was eher einem Hosting im Sinne von § 10 TMG nahekommt. Da hier die Haftungsprivilegierung jedenfalls mit der positiven Kenntnis des Anbieters von einer Rechtsverletzung endet, § 10 S. 1 Nr. 1 TMG, wird man sich – wie im Folgenden – mit der Frage der Prüfpflichten auseinandersetzen müssen.

#### *cc) Umfang der Störerhaftung*

Die Inanspruchnahme als Störer setzt die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Zur Bestimmung, welcher Überprüfungsaufwand von einem Diensteanbieter im Einzelfall zu verlangen ist, bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung, bei der die betroffenen Grundrechte der Beteiligten zu berücksichtigen sind.<sup>27</sup> Hier stehen sich das Persönlichkeitsrecht der N aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und die Informations- und Kommunikationsgrundrechte von P-Scope (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) sowie die Freiheit der Berufsausübung gem. Art. 12 GG gegenüber. Maßgebliche Bedeutung kommt dabei dem Gewicht der angezeigten Rechtsverletzung sowie den Erkenntnismöglichkeiten des Anbieters zu. Zu berücksichtigen sind aber auch Funktion und Aufgabenstellung des vom Anbieter betriebenen Dienstes sowie die Eigenverantwortung des für die Persönlichkeitsbeeinträchtigung unmittelbar verantwortlichen Nutzers.<sup>28</sup>

Ein zentraler Bewertungsfaktor dürfte sein, inwieweit die konkrete Ausgestaltung des Dienstes die Häufigkeit und das Risiko von Rechtsverletzungen steigert.<sup>29</sup> Für eine Prüfpflicht spricht hier, dass das Aktivieren des Livestreams auch anonym möglich ist und auf die Persönlichkeitsrechte Dritter und auf Konstellationen, in denen ein Einverständnis erforderlich ist, nicht eigens hingewiesen wird. Unter diesen Voraussetzungen scheint der Verletzte nur schwer darauf verwiesen werden zu können, dass der Diensteanbieter keine Kenntnis vom konkreten Inhalt hat und zukünftige Rechtsverletzungen nur durch eine kostenintensive Prüfung der Inhalte vermeidbar sind. Eine Unterscheidung zwischen pro- und reaktiver Prüfung scheint nur schwer möglich, weil es sich um die Übermittlung von Echtzeitaufnahmen handelt.

Allerdings zeigt gerade der Fall des K, dass Rechtsverletzungen aufgrund der Komplexität der Abwägungen alles andere als evident sind und auch rein reaktive Prüfpflichten für den Anbieter einen erheblichen Aufwand darstellen. P-Scope ist eine Anwendung, die von der Rechtsordnung prinzipiell gebilligt wird. Vertretbar erscheint daher auch eine Lösung, die eine Verantwortlichkeit des Diensteanbieters mit dem Argument verneint, es handle sich hier um eine übermäßige Verlagerung von Verpflichtungen von den unmittelbar verantwortlichen Nutzern auf die Anbieter. Die Prüf-

<sup>22</sup> Vgl. Härtling, Internetrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 2570 ff.

<sup>23</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 22.

<sup>24</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 22.7.2010 – I ZR 139/08, Rn. 26 m.w.N.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.2010 – C 236/08 bis C 238/08, Rn. 114 ff.

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 15.9.2016 – C-484/14, Rn. 79.

<sup>27</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 3/14, Rn. 31.

<sup>28</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Rn. 38.

<sup>29</sup> Vgl. Roggenkamp/Stadler, in: Heckmann (Hrsg.), juris-Praxiskommentar zum Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 10 Rn. 50 ff.

pflichten würden zudem intensiv in die Berufsausübung von P-Scope eingreifen.

## II. Ergebnis zu B.

Je nach den Ausführungen zur Störerhaftung besteht ein Unterlassungsanspruch der N bzw. besteht nicht.

### Teil 2: Künstler K gegen Z

#### A. Bildberichterstattung

Sodann stellt sich die Frage, ob K hinsichtlich der Bildberichterstattung einen Unterlassungsanspruch gegen die Tageszeitung Z hat.

#### I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. §§ 22, 23 KUG

##### 1. Beeinträchtigung des Rechts am eigenen Bild

Das Recht am eigenen Bild nach § 22 KUG gehört zu den gesetzlich geregelten Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Es gibt dem Einzelnen das Recht, grundsätzlich über die Verwendung von Bildnissen in den Medien zu bestimmen. Die Abbildung, die K in seinem Badezimmer zeigt, ist ein Bildnis im Sinne von § 22 KUG, weil sie K in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt. Da das Bildnis in einem Massenmedium in körperlicher Weise weitergegeben und damit „verbreitet“ wurde, erscheint eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des K möglich.

##### 2. Rechtswidrigkeit

Der BGH hat aus den §§ 22, 23 KUG ein abgestuftes Schutzkonzept entwickelt.<sup>30</sup> Im Grundsatz dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet werden, § 22 KUG (a). Hiervon besteht nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG eine Ausnahme, wenn es sich um Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt (b). Diese Ausnahme gilt aber nicht für eine Verbreitung, durch die berechnete Interessen des Abgebildeten verletzt werden, § 23 Abs. 2 KUG (c).

##### a) Einwilligung

An einer ausdrücklichen Zustimmung des K fehlt es. Indes könnte eine konkludente Einwilligung des K darin zu sehen sein, dass er seine privaten Lebensverhältnisse durch das Kunstprojekt für alle sichtbar gemacht hat. Eine stillschweigende Einwilligung kann allerdings nur angenommen werden, wenn der Betroffene ein Verhalten an den Tag legt, das ein objektiver Erklärungsempfänger als Einwilligung verstehen würde.<sup>31</sup>

Auch wenn das Projekt des K auf die allgemeine Sichtbarkeit seines Privatlebens angelegt ist, kann hier jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass er damit auch einem bildlichen Festhalten und einer weiteren Verbreitung der gefertigten Abbildungen zugestimmt hat. Selbst durch das Einstellen eines Fotos ins Internet (z.B. in einem sozialen Netz-

werk), ohne von möglichen Zugriffssperren Gebrauch zu machen, willigt der Berechnete nicht zugleich in die Weiterverbreitung des Fotos durch Dritte außerhalb des Kreises der zugriffsberechtigten Mitglieder des Netzwerks im Rahmen eines gänzlich anderen Kontextes ein.<sup>32</sup> Dies gilt auch für den Livestream des K.

Eine Einwilligung für die Veröffentlichung des Bildnisses liegt damit nicht vor.

##### b) Entbehrlichkeit der Einwilligung nach § 23 KUG

Nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG dürfen Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte auch ohne Einwilligung verbreitet werden. Die Beurteilung, ob ein Bildnis dem Bereich der Zeitgeschichte zuzuordnen ist, verlangt eine Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Rechte des Abgebildeten (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK) auf der einen und der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 10 EMRK) auf der anderen Seite.<sup>33</sup>

Schon an dieser Stelle ist mithin eine Abwägung der widerstreitenden Rechte erforderlich.<sup>34</sup> Der Begriff des Zeitgeschehens in § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG ist dabei zugunsten der Pressefreiheit in einem weiten Sinn zu verstehen. Er umfasst nicht nur Vorgänge von historisch-politischer Bedeutung, sondern alle Fragen von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse.<sup>35</sup> Es gehört zum Kern der Presse- und Meinungsbildungsfreiheit, dass die Presse selbst nach publizistischen Kriterien entscheidet, worüber sie berichten will. Dabei kommt es entscheidend auf den Informationswert des Bildnisses mit Blick auf die öffentliche Meinungsbildung an, der – wenn er sich nicht schon aus dem Bildnis selbst ergibt – unter Heranziehung der Wortberichterstattung zu ermitteln ist.<sup>36</sup> Das Bild, das den K auf der Toilette zeigt, hat aus sich heraus keinen erkennbaren Bezug zur öffentlichen Meinungsbildung. Unter Berücksichtigung der begleitenden Wortberichterstattung erschließt sich jedoch, dass es sich um ein Bild aus dem Projekt des K handelt, mit dem der Bericht sich kritisch auseinandersetzt. Darin liegt ein hinreichender Bezug zur öffentlichen Meinungsbildung und damit ein Informationswert, durch den das Bildnis grundsätzlich dem Bereich der Zeitgeschichte zuzuordnen ist. Allerdings sind im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung auch die persönlichkeitsrechtlichen Belange des K zu berücksichtigen. Für die Gewichtung seiner Belange sind unter anderem die Umstände zu berücksichtigen, unter denen die Aufnahmen entstanden sind sowie die Situation, in der der Betroffene erfasst wurde. Dabei kommt es auch darauf an, inwieweit der K in einer Situation abgebildet wurde, bezüglich derer er berechtigter

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 6.3.2007 – VI ZR 13/06, Rn. 10 ff.

<sup>31</sup> Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 KUG Rn. 15.

<sup>32</sup> OLG München, Urt. v. 17.3.2016 – 29 U 368/16, Rn. 25. Vgl. auch BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, Rn. 15.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07 u.a., Rn. 78 ff.

<sup>34</sup> Vgl. zum abgestuften Schutzkonzept und der damit einhergehenden Abwägung aus der Perspektive des BVerfG zuletzt BVerfG, Beschl. v. 9.2.2017 – I BvR 967/15, Rn. 15 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.10.2010 – VI ZR 190/08, Rn. 14.

<sup>36</sup> Hermann, in: Gersdorf/Paal (Fn. 5), § 23 KUG Rn. 14.

Weise davon ausgehen durfte, dass sie als privat einzustufen ist.<sup>37</sup>

Der Umfang der berechtigten Privatheitserwartungen hängt auch vom Verhalten des Betroffenen ab.<sup>38</sup> Der Schutz der Privatsphäre vor öffentlicher Kenntnisnahme kann dort entfallen oder zumindest im Rahmen der Abwägung zurücktreten, wo sich der Betroffene selbst damit einverstanden gezeigt hat, dass bestimmte, gewöhnlich als privat geltende Angelegenheiten öffentlich gemacht werden. Die Erwartung, dass die Umwelt die Angelegenheit oder die Verhaltensweisen im Bereich mit Rückzugsfunktion nur begrenzt oder nicht zur Kenntnis nimmt, muss situationsübergreifend und konsistent zum Ausdruck gebracht werden. Wer private Bereiche öffentlich macht, kann sich anschließend nicht mehr unbeschränkt auf einen öffentlichkeitsabgewandten Privatsphärenschutz berufen.<sup>39</sup>

Allerdings sind auch dabei Abstufungen zu berücksichtigen, etwa wenn der Betroffene zwar noch mit einer Kenntnisnahme von Beobachtern, aber auf Grund der weiteren Umstände nicht mit der Verbreitung von Aufzeichnungen durch Massenmedien rechnen muss.<sup>40</sup>

Hier hat K – jedenfalls in dem Bereich, der über den Live-Stream wiedergegeben wird – die eigene Privatsphäre weitgehend selbst aufgegeben. Auch wenn der Livestream nicht für eine Veröffentlichung in den Massenmedien vorgesehen war, ist eine solche angesichts der Anlage seines Kunstprojekts doch naheliegend. Eine berechtigte Erwartung, dass nicht darüber berichtet wird und Bilder zur Illustration der Berichterstattung verwendet werden, besteht jedenfalls nicht.

Bei der Abbildung handelt es sich um ein Bildnis aus dem Bereich des Zeitgeschehens im Sinne von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG.

#### c) Berechtigte entgegenstehende Interessen des K

Der Bildberichterstattung dürften ferner keine berechtigten Interessen des K nach § 23 Abs. 2 KUG entgegenstehen. Überwiegende berechtigte Interessen des K, die einer Veröffentlichung der Abbildung entgegenstehen, können sich insbesondere aus weiteren Grundrechtsverletzungen ergeben oder daraus, dass der beanstandeten Abbildung ein eigenständiger Verletzungseffekt zu entnehmen ist, etwa wenn die Aufnahme unter Ausnutzung von Heimlichkeit oder von technischen Mitteln, die dem gleich kämen, zustande gekommen und aus diesem Grund unzulässig wäre.<sup>41</sup> Dafür ist hier aber nichts ersichtlich, da es sich um die Abbildung des öffentlich zugänglichen Livestream handelt.

## II. Ergebnis

Mangels Rechtswidrigkeit besteht folglich kein Unterlassungsanspruch.

## B. Wortberichterstattung

### I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Dem K könnte gegen die Z ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht wegen der Wortberichterstattung – insbesondere wegen der Kennzeichnung als „durchgeknallter Künstler“ – zustehen.

#### 1. Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die Wortberichterstattung setzt das soziale Ansehen des K als Künstler herab und greift deshalb in das Recht der persönlichen Ehre als Ausprägung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Auch mit Blick auf die Wortberichterstattung sind Inhalt und Umfang des Persönlichkeitssschutzes im konkreten Einzelfall aufgrund einer umfassenden Abwägung unter Berücksichtigung von grund- und menschenrechtlichen Wertungen zu bestimmen.

#### a) Verfassungs- und menschenrechtliche Wertungen

Die Aussagen des Artikels könnten von der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK geschützt sein. Von diesem Schutz umfasst sind Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen, soweit sie der Meinungsbildung dienen.<sup>42</sup> Von der Meinungsfreiheit umfasst ist auch die pointierte, polemische oder überspitzte Kritik.<sup>43</sup> In dem Zeitungsartikel wird auf das Projekt des K sowie auf seine Person Bezug genommen, indem beide einer (negativen) Wertung unterzogen werden. Insbesondere die Kennzeichnung von K als „durchgeknallter Künstler“ ist eine wertende Meinungsäußerung, die trotz ihres zugespitzten Charakters vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK umfasst ist. Demgegenüber steht die persönliche Ehre des K, die auch vom verfassungs- und menschenrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK).

#### aa) Schmähkritik?

Sofern es sich bei einer Äußerung um Schmähkritik handelt, tritt die Meinungsfreiheit gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zurück.<sup>44</sup> An das Vorliegen von Schmähkritik sind wegen dieser für die Meinungsfreiheit einschneidenden Folge strenge Anforderungen zu stellen.<sup>45</sup> Auch überzogene oder abfällige Kritik lässt eine Äußerung noch nicht zur Schmähkritik werden.<sup>46</sup> Eine solche liegt erst dann vor, wenn kein Bezug mehr zur Auseinandersetzung in der Sache gegeben ist, sondern die Diffamierung der Person im Zent-

<sup>37</sup> Hermann (Fn. 36) Rn. 14.

<sup>38</sup> BVerfGE 101, 361 (384 f.).

<sup>39</sup> OLG München, Urt. v. 17.3.2016 – 29 U 368/16, Rn. 22.

<sup>40</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 28.1.2003 – 44647/98, Rn. 62 f.

<sup>41</sup> BGHZ 131, 332 (342).

<sup>42</sup> St. Rspr. vgl. etwa BVerfG NJW 2016, 2870.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2016, 2870.

<sup>44</sup> Korte (Fn. 1), § 2 Rn. 181 ff.

<sup>45</sup> BVerfG GRUR 2017, 841.

<sup>46</sup> BVerfG GRUR 2017, 841 (842).

rum der Äußerungen steht.<sup>47</sup> K wird als verwirrt und durchgeknallt gekennzeichnet, wobei gerade die Kennzeichnung als „durchgeknallt“ unmittelbar auf die Person des K und weniger auf eine Auseinandersetzung in der Sache bezogen ist. Diese Äußerung erfolgt zudem auch nicht spontan im Rahmen einer emotionalen Auseinandersetzung, sondern ist bewusst in einem geschriebenen Text getätigt worden. Allerdings ist nicht auf die Formulierung als solche abzustellen, sondern auf die konkrete Verwendungsweise und den Kontext. Der Bezeichnung „durchgeknallt“ kann in verschiedenen Kontexten eine ganz unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden.<sup>48</sup> Dabei kommt es auf eine verobjektivierende Perspektive und nicht allein darauf an, welchen Gehalt der Äußernde seinen Äußerungen zusprechen wollte.<sup>49</sup> Die Äußerungen stehen im Kontext einer Auseinandersetzung mit dem Projekt des K und beziehen sich gerade darauf, dass K mit seinem Projekt Grenzen zwischen Privat, Öffentlich und Kunst aufhebt. Der Artikel bewertet diese Aufhebung negativ und macht das insbesondere an der Person des K fest, der allerdings auch im Projekt selbst im Zentrum steht. Insofern weisen die Äußerungen im Artikel einen hinreichenden Bezug zur Auseinandersetzung in der Sache auf. Es handelt sich bei den Äußerungen nicht um Schmähkritik.

#### *bb) Einzelfallabwägung*

Im Rahmen der damit erforderlichen Einzelfallabwägung spricht wegen der hohen Bedeutung, die der Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft zukommt, grundsätzlich eine Vermutung für den Vorrang der freien Rede.<sup>50</sup> Zwar wird K als verwirrte und durchgeknallte Person dargestellt und damit in seiner Ehre nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Jedoch steht er im Zentrum seines Kunstprojekts und die Kennzeichnungen erfolgen gerade vor dem Hintergrund, dass K sich mit seinem Projekt in besonderer Weise exponiert. Insoweit besteht ein deutlicher Bezug zu K in seiner Eigenschaft als Künstler, in der er den öffentlichen Diskurs sucht und herausfordert. Der ehrverletzende Charakter wird über diesen Bezug wieder abgeschwächt. Insgesamt genügt die Beeinträchtigung des K daher nicht, um die Vermutung für den Vorrang der freien Rede zu entkräften. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des K überwiegt die Meinungsfreiheit nicht.

#### *b) Zwischenergebnis*

Die Beeinträchtigung ist nicht rechtswidrig.

*Hinweis:* Eine andere Auffassung erscheint bei entsprechender Begründung vertretbar. In diesem Fall wären die indizierte Wiederholungsgefahr sowie die Passivlegitimation der Z noch kurz anzusprechen gewesen.

## **II. Ergebnis**

Ein Unterlassungsanspruch des K gegen Z aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht nicht.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 1991, 1475 (1477); diese Maßstäbe haben zur Folge, dass die Kategorie der Schmähkritik im Wesentlichen auf den Bereich der Privatfehde beschränkt bleibt. Kritisch zu dieser Tendenz der Rechtsprechung *Ladeur*, AfP 2016, 420.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 1 BvR 2272/04 zum „durchgeknallten Staatsanwalt“ sowie BVerfG, Beschl. v. 11.12.2013 – 1 BvR 194/13 zur „durchgeknallten Frau“.

<sup>49</sup> *Korte* (Fn. 1), § 2 Rn. 145.

<sup>50</sup> *Korte* (Fn. 1), § 2 Rn. 185.