Professor i. R. Dr. Hans-Georg Knothe, Greifswald*

Freiheit der Kunst versus Persönlichkeitsrecht

Zum Spannungsverhältnis zwischen zwei Grundrechtspositionen, dargestellt am Fall „Esra“

Die als Fall „Esra“ bekannt gewordenen, über sechs Jahre hinweg erbittert geführten gerichtlichen Auseinandersetzungen, die auch in den Feuilletons der großen Zeitungen leidenschaftliche Diskussionen ausgelöst hatten, sind nunmehr mit den Urteilen des BGH v. 10.06.2008 und v. 24.11.2009 abgeschlossen worden. Gegenstand der Prozesse waren das von zwei Frauen (Mutter und Tochter) mit einer gegen den Verlag des Romans „Esra“ gerichteten Zivilklage begehrte Verbot des Romans sowie ein von der Tochter gegen Verlag und Autor geltend gemachter Entschädigungsanspruch. Die Klägerinnen sahen sich durch die Zeichnung der beiden weiblichen Hauptfiguren des Romans als ihnen weitgehend entsprechend und die von ihnen auf sich bezogene Schilderung von intimen Begebenheiten in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt, demgegenüber beriefen sich die Beklagten auf die grundrechtlich geschützte Freiheit der Kunst. Der Fall betrifft damit das umstrittene Verhältnis zwischen dem Grundrechtsschutz genießenden Persönlichkeitsrecht einer als Vorbild für eine Romanfigur verwendeten Person und der Kunstfreiheit von Autor und Verlag. Das BVerfG hat über die vom Verlag gegen dessen Verurteilung durch die Zivilgerichte erhobene Verfassungsbeschwerde mit Beschluss v. 13.06.2007 eine für das Verhältnis der beiden Grundrechte richtungsweisende Entscheidung gefällt. Die äußerst schwierige Problematik im Schnittpunkt von Zivil- und Verfassungsrecht soll nachstehend an Hand des Falles „Esra“ im Einzelnen aufbereitet werden.

I. Allgemeine Problemdarstellung und Entwicklung bis zum Fall „Esra“

Die Freiheit künstlerischen Schaffens war historisch in erster Linie durch die Staatsgewalt bedroht, die für politisch-ideologisch unerwünscht und gefährlich gehaltene künstlerische Erzeugnisse im (behaupteten) Interesse des Gemeinwohls mit hoheitlichen Eingriffen (Zensur, Verbote, Bestrafung) zu unterdrücken versuchte. In den heutigen freiheitlich-demokratischen Rechtsstaaten sind diese herkömmlichen Bedrohungen des künstlerischen Schaffens zwar nicht völlig verschwunden, aber doch erheblich gemindert. Die Verfassungen der meisten dieser Staaten stellen die Kunstfreiheit unter Grundrechtsschutz. Das deutsche Grundgesetz erklärt in Art. 5 Abs. 3 S. 1 neben der Wissenschaft, der Forschung und der Lehre auch die Kunst für frei und verbietet damit grundsätzlich staatliche Eingriffe in das Kunstschaffen.

Gleichwohl ist nunmehr zwischen Kunst und Rechtsordnung keineswegs ein Verhältnis ungetrübter Harmonie eingezogen. Vielmehr ist heute das neuartige Phänomen zu beobachten, dass sich zunehmend Privatpersonen auf gerichtlichem Wege gegen künstlerische Werke wenden mit der Begründung, diese würden ihre privaten Rechtspositionen verletzen. Betroffen hiervon sind in erster Linie Werke der Romanliteratur.

Literarische Werke bestehen aus Texten. Anders als nichtliterarische Texte (geschichtliche Werke, Tatsachenberichte, Biographien o. ä.) geben literarische Texte aber nicht Ereignisse und Vorgänge wieder, die in der realen raum-zeitlichen Welt tatsächlich stattgefunden haben, sie handeln insbesondere nicht von real existierenden Menschen, sondern literarische Darstellungen sind Produkte der schöpferischen Fantasie des Autors und damit eben Kunst, Poesie und gehören als solche nicht einer außerliterarischen Wirklichkeit an.[1] Die Fiktionalität der Literatur bedeutet aber natürlich nicht, dass literarische Inhalte zur empirischen Lebenswirklichkeit keinerlei Beziehung aufwiesen. Vielmehr fußt das literarische Werk durchaus auf Erlebnissen, Erfahrungen, Beobachtungen und Eindrücken des Autors aus der Realwelt, die der Autor jedoch nicht sozusagen 1:1 verbal ablichtet, sondern nur als Material benutzt, das er im Werk zu einer eigenständigen fiktionalen Welt verarbeitet und umformt. In der erzählenden Literatur sind die Beziehungen zwischen der außerliterarischen und der literarischen Sphäre typischerweise besonders eng. Damit ist aber die Möglichkeit eröffnet, dass sich real existierende Personen in den Figuren eines Romans und den ihnen dort zugeschriebenen Rollen wiederfinden und sie auch ein mehr oder weniger breites Leserpublikum mit den Romangestalten identifiziert, was bei negativer Zeichnung der Figuren im Roman die soziale Wertschätzung, das Ansehen der wirklichen Personen beeinträchtigen könnte und überhaupt Persönliches der Öffentlichkeit bekannt werden ließe. Die Identifikationsmöglichkeit ist naturgemäß umso größer, je stärker die Ähnlichkeit ist, die der Roman seinen Gestalten mit den ihnen als Vorbildern dienenden Menschen der realen Welt zuschreibt. Dass der Leser in einer Romanfigur einen wirklichen Menschen erkennt, muss vom Autor nicht gewollt, es kann ihm sogar unangenehm sein, der Autor kann die Gleichsetzung aber auch in Kauf genommen, gewollt oder sogar beabsichtigt haben. Von einer solchen Absicht ist vornehmlich der im Grenzbereich zwischen fiktionalem und nichtfiktionalem Text anzusie-

* *Prof. i. R. Dr. Hans-Georg Knothe* war bis 2009 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald. Der nachstehende Beitrag geht zurück auf die am 07.01.2010 gehaltene Abschiedsvorlesung des Verfassers.

1 Vgl. Art. „Wirklichkeit“, in: *Gero v. Wilpert,* Sachwörterbuch der Literatur, 8. Aufl. 2001, S. 908; *Niklas Luhmann,* Die Kunst der Gesellschaft, 1995, bes. S. 229 ff.; *Karl-Heinz Ladeur/Tobias Gostomzyk,* Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?, ZUM 2004, 426 (431).

delnde sog. Schlüsselroman getragen, dessen Zweck gerade die Darstellung wirklicher Personen und Vorgänge ist, wobei sich der Autor aus unterschiedlichen Gründen (Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen oder gesellschaftlicher Skandale) lediglich der Form des Romans bedient.[2]

Dass Romangestalten Ähnlichkeiten mit tatsächlich existierenden Menschen aufweisen, ist an sich keine neue Erscheinung. Als ältere Beispiele lassen sich Werke weltliterarischen Ranges anführen, wie *Goethes* Briefroman „Die Leiden des jungen Werthers", *Thomas Manns* „Buddenbrooks" und „Der Zauberberg" und andere mehr.[3] Neu ist hingegen die Neigung der sich von Romanwerken betroffen fühlenden Personen, wegen ihrer behaupteten Beeinträchtigung gegen den Autor und/oder Verleger des Romans gerichtlich vorzugehen. Die Gründe für diese „neue Klagelust"[4] vermuten Kenner außer in einem gewachsenen Selbstbewusstsein der Betroffenen in der Tendenz der postmodernen Literatur zur spielerischen Vermengung von Fiktion und Wirklichkeit[5] und zur Verwendung des Skandals als Stilmittel.[6] Dabei handelt es sich primär um Auseinandersetzungen zwischen privaten Parteien, an denen der Staat nur mittelbar durch seine zur Entscheidung über die Klagen berufenen Gerichte beteiligt ist.

Am Anfang der Entwicklung stand der Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Gerichte beschäftigende „Mephisto"-Fall. Gegenstand des Falls war der 1936 erstmals veröffentlichte Roman „Mephisto" von *Klaus Mann*. Hauptfigur des im deutschen Theatermilieu der 20er und 30er Jahre spielenden Romans ist der als skrupelloser Karrierist geschilderte Schauspieler Hendrik Höfgen, der sich nach 1933 mit dem NS-Regime einlässt und dadurch zum Intendanten der Preußischen Staatstheater aufsteigt. Höfgen weist unbestritten starke Ähnlichkeit mit Person und Werdegang des seinerzeit prominenten Theatermannes *Gustaf Gründgens* auf. Gegen eine 1963 geplante Neuveröffentlichung des Romans klagte der Adoptivsohn und Alleinerbe des inzwischen verstorbenen *Gründgens* gegen den Verlag auf Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung des Werkes. Das Berufungsgericht gab der Klage statt[7] und der BGH bestätigte das Berufungsurteil.[8] Die gegen das Verbot erhobene Verfassungsbeschwerde des Verlages wies das BVerfG mit Beschluss vom 24.02.1971 zurück,[9] wobei die Entscheidung mit Stimmengleichheit getroffen wurde und eine Grundrechtsverletzung deshalb nicht festgestellt werden konnte. OLG und BGH hatten eine auch nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigte Verletzung des Persönlichkeitsrechts von *Gründgens* bejaht, da der Roman in der Gestalt des Höfgen mangels ausreichender Verfremdung das Lebensbild der Vorbildperson *Gründgens* grundlegend negativ entstellt hätte. An diese Beurteilung hielt sich das BVerfG für gebunden, da es seine Zuständigkeit als auf die Überprüfung einer Verkennung der Abwägung widerstreitender Grundrechtsbereiche oder einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung der einschlägigen Grundrechte seitens der Fachgerichte beschränkt erachtete und seine Befugnis verneinte, seine eigene Wertung des Einzelfalls an die Stelle der zivilgerichtlichen Wertung zu setzen. Der „Mephisto"-Beschluss blieb während der folgenden fast 40 Jahre die für die Praxis maßgebliche Leitentscheidung; die Kritiker des Beschlusses beriefen sich hauptsächlich auf die Sondervoten der dissentierenden Richter.

In der Folgezeit gab es zunächst keine spektakulären Verfahren, die Romanverbote betrafen. Erst Anfang des neuen Jahrhunderts häuften sich plötzlich derartige, überwiegend mit einem Verbot endende Prozesse.[10] Hierzu gehört auch der Fall „Esra", der eine neue Grundsatzentscheidung des BVerfG auslöste. Anhand dieses Falles soll daher nachstehend die Problematik des Widerstreits zwischen Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit ausgelotet und auf denkbare Lösungsmöglichkeiten hin untersucht werden.

II. Sachverhalt

1. Inhalt des Romans

Thema des 2003 erschienenen Romans „Esra" von *Maxim Biller* ist ein in München angesiedeltes Liebesverhältnis zwischen dem Icherzähler Adam und der Titelfigur Esra. Der in Prag als Kind russisch-jüdischer Eltern geborene Adam lebt in München als schon durch mehrere Romane bekannt gewordener freier Schriftsteller. Esra ist die Tochter der Türkin Lale und wohnt wie ihre Mutter gleichfalls in München. Esra hat schon mit 17 Jahren geheiratet und aus dieser später geschiedenen Ehe ist eine Tochter Ayla hervorgegangen. Für ihre Rolle in dem Spielfilm „Fatmas Geschichte" als Mädchen aus türkischer Familie, das sich in einen deutschen Jungen verliebt, hat Esra den Bundesfilmpreis erhalten. Lale ist Trägerin des Alternativen Nobelpreises, weil sie in der Türkei einen umweltschädlichen Goldabbau verhindert hat.

Vor diesem Hintergrund spielt sich die etwa eineinhalbjährige Beziehung zwischen Adam und Esra ab. Das Verhältnis ist für beide Teile äußerst quälend. Leidenschaftliche sexuelle Begegnungen, die im Roman detailliert geschildert werden, wechseln ab mit Zerwürfnissen und Trennungen, bis die Beziehung schließlich endgültig scheitert. Der Grund für diese krisenhafte Ent-

2 Art. „Schlüsselroman", in: *v. Wilpert* (Fn. 1), S. 732 f.; *Bernhard v. Becker,* „Mephisto revisited" – ein Rundblick zum Schlüsselroman aus aktuellem Anlass, KUR 2003, 81 ff.; *Bernhard v. Becker,* Fiktion und Wirklichkeit im Roman. Der Schlüsselprozess um das Buch „Esra", 2006, S. 20 ff.

3 Weitere Beispiele bei *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 16 ff.

4 So *Peter Raue,* Die neue Klagelust. Literatur vor Gericht – des Dichters Frust?, in: Ina Hartwig (Hrsg.), Kursbuch 155. Neue Rechtsordnungen, 2004, S. 157 ff.

5 *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 24.

6 *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 12.

7 OLG Hamburg, OLGZ 1964, 23 ff.

8 BGHZ 50, 133 ff.

9 BVerfGE 30, 173 ff.

10 Überblick bei *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 11 und bei *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 1), ZUM 2004, 426 (429 ff.).

wicklung ohne Happy End liegt in erster Linie in den gegensätzlichen Charakteren von Esra und Lale und deren entsprechendem Verhalten. Die von der patriarchalischen türkischen Familientradition geprägte Esra ist eine melancholische, scheue und demütige Frau, welche die Widrigkeiten des Lebens stumm aushält und sich in eine Traumwelt flüchtet. Demgegenüber ist Lale herrisch und „vor Ehrgeiz erstarrt", die als „tyrannische Mutter" und „eiserne Matriarchin" in ständigem Streit mit Esra lebt. Sie hegt einen Hass auf Adam, dessen Beziehung zu Esra sie zu torpedieren trachtet. Überschattet wird das Verhältnis Adam – Esra schließlich auch durch die schwere Erkrankung der Ayla, deren Verhältnis zu Esra und Adam eingehend dargestellt wird.

2. Wirklichkeit

Die Romanhandlung weist fraglos signifikante Ähnlichkeiten mit den wirklichen Verhältnissen auf. Der Autor *Biller* ist 1960 als Kind russisch-jüdischer Eltern in Prag geboren und in München wohnhaft. Er hat mehrere andere Romane veröffentlicht, darunter 2009 das Selbstporträt „Der gebrauchte Jude". Er hatte in München über eineinhalb Jahre eine Liebesbeziehung mit einer Frau, die der ersten Ehe ihrer türkischen Mutter entstammte, heiratete und 1989 den Bundesfilmpreis für ihre Rolle eines türkischen Mädchens, das sich in einen deutschen Jungen verliebt, in dem Fernsehfilm „Yasmin" bekam. Die damalige Partnerin von *Biller* hat aus ihrer inzwischen geschiedenen Ehe eine später schwer erkrankte Tochter. Die Mutter der früheren Freundin von *Biller* hat den Alternativen Nobelpreis für ihren erfolgreichen Kampf gegen umweltschädlichen Goldabbau in der Türkei erhalten.

Wegen dieser frappanten Parallelen zur Wirklichkeit ist der im Übrigen zunächst von der Literaturkritik durchaus positiv aufgenommene Roman „Esra"[11] als Schlüsselroman oder gar als Schlüssellochroman, „Schlüssel ohne Roman"[12] oder Skandalroman bezeichnet worden. *Biller* selbst bestreitet, einen Schlüsselroman verfasst zu haben. Schon die ursprüngliche Fassung des Romans enthält am Schluss den üblichen Vermerk: „Sämtliche Figuren und Handlungen dieses Romans sind frei erfunden. Alle Ähnlichkeiten mit Lebenden und Verstorbenen sind deshalb rein zufällig und nicht beabsichtigt."

III. Prozessgeschichte

Die Parteien der verschiedenen vom Roman ausgelösten Gerichtsverfahren waren *Billers* Ex-Partnerin und ihre Mutter auf der einen, der Verlag Kiepenheuer & Witsch auf der anderen Seite. Die beiden Frauen betrachteten „Esra" als bloßes, allerdings verzerrt wiedergegebenes Abbild ihres Lebens, da es der Autor an jeder künstlerischen Verarbeitung des dem realen Leben entnommenen Stoffes habe fehlen lassen. Ihre weitgehende Übereinstimmung mit den Romanfiguren Esra und Lale im äußeren Erscheinungsbild, Lebens- und Berufsweg und familiären Umfeld ermögliche dem mit ihren Verhältnissen einigermaßen vertrauten Leser unschwer, sie als Personen zu identifizieren, ohne dass der Leser dabei im Einzelnen zwischen Wahrheit und Erfindung unterscheiden könne. Sie würden durch die Darstellung vornehmlich von Umständen aus der Intim- und Privatsphäre und durch unwahre Behauptungen besonders über die Mutter diffamiert und herabgewürdigt.

Der Verlag bestritt das Vorliegen eines Schlüsselromans. In dem Roman vermischten sich fiktive und reale Elemente, wobei der Bereich des Fiktiven wesentlich größer sei als von den beiden Frauen dargestellt. Der Leser könne daher überhaupt nicht von der Realität der im Roman dargestellten Geschehnisse ausgehen.

1. Unterlassungsverfahren

a) Einstweiliges Verfügungsverfahren

Die frühere Freundin von *Biller* und ihre Mutter erwirkten zunächst beim LG München I eine einstweilige Verfügung, die dem Verlag die Veröffentlichung, die Auslieferung und den Vertrieb des Buches sowie die Werbung für dieses verbot.[13] Von dem Roman waren inzwischen rund 4.000 Exemplare verkauft worden. Der Verlag bot daraufhin den Verfügungsklägerinnen in mehreren durch sein Obsiegen im Hauptsacheverfahren auflösend bedingten Unterlassungsverpflichtungserklärungen bestimmte Änderungen der ursprünglichen Textfassung an, insbesondere die Umbenennung des Bundesfilmpreises in „Fritz-Lang-Preis" und des Alternativen Nobelpreises in „Karl-Gustav-Preis". Die Verfügungsklägerinnen nahmen das letzte Angebot zwar an, erklärten aber, sie würden auch gegen die geänderte Fassung gerichtlich vorgehen. Auf die Berufung des Verlages gegen das im Widerspruchsverfahren ergangene LG-Urteil, das die einstweilige Verfügung aufrecht erhalten hatte, hob das OLG München das Urteil auf und wies den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurück, aber nur deshalb, weil es wegen der Unterlassungsangebote des Verlages bis zur Hauptsacheentscheidung eine Wiederholungsgefahr verneinte.[14]

b) Hauptsacheverfahren vor den Zivilgerichten

Mit ihrer Hauptsacheklage begehrten die Klägerin zu 1 (Tochter) und die Klägerin zu 2 (Mutter) ein Verbot auch der geänderten Romanfassung wie auch einer vom Verlag angebotenen mit weiteren Änderungen versehenen Fassung. Das LG München I verurteilte daraufhin den beklagten Verlag antragsgemäß zur Unterlassung der Veröffentlichung, der Auslieferung, des Vertriebes dieser Fassung und der Werbung hierfür.[15] Von der veränder-

11 Überblick über die Kritiken bei *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 45 ff.

12 So *Jens Jessen,* Schlüssel ohne Roman, zeit.de vom 13.03.2003, http://www.zeit.de/2003/12/schluessel_ohne_Roman, (Abruf v. 13.08.2010).

13 LG München I, ZUM 2003, 692 ff.

14 OLG München, ZUM 2003, 870 ff.

15 LG München I, ZUM 2004, 234 ff.

ten Fassung waren inzwischen rund 1.000 Exemplare verkauft worden. Die Berufung des Verlages wies das OLG München zurück.[16] Auch die Revision des Verlages blieb zunächst erfolglos. Der VI. Zivilsenat des BGH bestätigte das Berufungsurteil vollumfänglich.[17]

c) Verfassungsbeschwerde

Die vom Verlag erhobene Verfassungsbeschwerde, mit der eine Verletzung des Grundrechts der Kunstfreiheit durch die zivilgerichtlichen Urteile gerügt wurde, hatte teilweise Erfolg. Der Erste Senat des BVerfG bejahte eine Verletzung des Grundrechts des Verlages durch die Zivilurteile bezüglich der Klägerin zu 2, nicht aber bezüglich der Klägerin zu 1 und verwies die Sache insoweit an den BGH zurück.[18] Die Entscheidung erging mit 5:3 Stimmen. Die überstimmten Richter hielten in ihren abweichenden Voten die Verfassungsbeschwerde auch im Hinblick auf die Verurteilung des Verlages im Verhältnis zur Klägerin zu 1 für begründet.

d) Zweites Revisionsurteil

Nach der teilweisen Aufhebung des ersten Revisionsurteils durch das BVerfG musste der BGH über die Revision erneut entscheiden. Mit dem zweiten Revisionsurteil hob er die Verurteilung des Verlages gegenüber der Klägerin zu 2 auf und wies deren Klage ab.[19]

2. Entschädigungsverfahren

Die Tochter begehrte nach ihrem Obsiegen mit der Unterlassungsklage auch die Verurteilung des Autors und des Verlages als Gesamtschuldner zur Zahlung einer Entschädigung von mindestens 50.000 €. Das LG München I verurteilte die Beklagten antragsgemäß.[20] Auf deren Berufung wies das OLG München die Klage ab.[21] Die Revision der Klägerin wurde vom BGH zurückgewiesen.[22]

IV. Lösung des Falls „Esra“ durch die Rechtsprechung

1. Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung des Romans (Romanverbot)

a) Grundlage für den Unterlassungsanspruch

Die von den beiden Klägerinnen begehrte Verurteilung des beklagten Verlages zur Unterlassung der Veröffentlichung, der Auslieferung und des Vertriebs des Romans „Esra“ sowie der Werbung für diesen konnte – mangels Bestehens einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen den Parteien – nur auf einen negatorischen Anspruch gestützt werden. Diese *actio negatoria* ist gegeben, wenn ein absolutes Recht des Anspruchstellers vom Anspruchsgegner rechtswidrig beeinträchtigt worden ist und weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Für die Beeinträchtigung bestimmter absoluter Rechte ist diese Klage ausdrücklich normiert, so für das Namensrecht (§ 12 BGB), das Recht an der Firma (§ 37 Abs. 2 HGB) und das Eigentum (§ 1004 BGB); es ist aber anerkannt, dass die negatorische Klage auch bei Beeinträchtigung aller übrigen absoluten Rechte gegeben sein muss, was mit einer Rechtsanalogie zu den genannten Vorschriften begründet wird.[23] Daher kann auch der in einem der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter und (absoluten) Rechte Beeinträchtigte von dem Störer die Unterlassung des Eingriffs verlangen.

Als durch den Roman verletztes Recht der Klägerinnen kam deren Persönlichkeitsrecht in Betracht. Gesetzlich als absolute Rechte anerkannt sind eine Reihe von Persönlichkeitsrechten, die jeweils einzelne bestimmte Rechtsgüter der Person schützen, wie den bereits erwähnten Namen (§ 12 BGB), ferner Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit (§ 823 Abs. 1 BGB), das eigene Bild (§§ 22 ff. KUG), die Urheberpersönlichkeit (§§ 12 ff., 97 Abs. 1 UrhG) usw. Da die Verletzung eines dieser besonderen Persönlichkeitsrechte hier ausschied, konnte nur eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerinnen gegeben sein. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist auf den Schutz der Persönlichkeit als solcher in ihrer Gesamtheit, in allen ihren Aspekten und Ausstrahlungen gerichtet. Es handelt sich um das Recht jedes Menschen, in der Gesellschaft als Person in ihrer jeweils einmaligen Existenz zu gelten, anerkannt und geachtet zu werden. Aus diesem Recht folgt daher einerseits der Schutz der Außendarstellung der Person, ihrer Wirkung gegenüber ihren Mitmenschen, ihrem sozialen Umfeld (Ehrenschutz) und andererseits der Schutz eines Bereichs, der der Person allein zusteht und in dem sie erfolgreich vor Eingriffen anderer geschützt sein muss (Recht auf Privatheit), insbesondere der Schutz der Privat- und Intimsphäre.[24] Dieser letztgenannte Schutzbe-

16 OLG München, NJOZ 2005, 4343 ff.

17 BGH, JZ 2006, 193 ff. m. Anm. *Eva Ines Obergfell,* Persönlichkeitsrechtsschutz bei der Erkennbarkeit einer realen Person in einer Romanfigur, JZ 2006, 196 ff.

18 BVerfGE 119, 1 ff.

19 BGH, NJW 2008, 2587 ff.

20 LG München I, ZUM 2008, 537 ff. m. abl. Anm. *Karl-Heinz Ladeur,* Zur Frage der Entschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Erkennbarkeit des Verletzten in autobiographischen Schriftwerken, ZUM 2008, 540 ff.

21 OLG München, ZUM 2008, 984 ff.

22 BGH, NJW 2010, 763 ff. m. zust. Anm. *Karl-Heinz Ladeur,* NJW 2010, 765 ff.

23 Vgl. etwa *Hans Brox/Wolf-Dieter Walker,* Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl. 2010, § 45 II 1 a, Rn. 5.

24 Vgl. *Christoph Degenhart,* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG, JuS 1992, 361 ff.; auch *Horst Ehmann,*

reich ist bei Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts durch Literaturwerke besonders einschlägig.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist, anders als die besonderen Persönlichkeitsrechte, gesetzlich nicht geregelt, ja nicht einmal ausdrücklich erwähnt. Die Verfasser des BGB und ebenso das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[25] haben die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgelehnt. Dies änderte sich nach 1945 unter dem Eindruck der ungeheuerlichen Menschenrechtsverletzungen durch das NS-Regime und dem Einfluss des Grundgesetzes, das – nicht zuletzt in Reaktion auf die NS-Verbrechen – in Art. 1 die Unantastbarkeit der Menschenwürde und in Art. 2 Abs. 1 das grundsätzliche Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit normiert. Der BGH hat daher schon 1954 in einem Grundsatzurteil das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein vom Grundgesetz durch die Garantie der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit zu einem auch im Privatrecht von jedermann zu achtendes Grundrecht bezeichnet.[26] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt seit diesem Urteil trotz der missglückten Begründung mit einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte auch im Privatrecht als fester Bestandteil der deutschen Privatrechtsordnung. Dogmatisch hat der BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht in ständiger Rechtsprechung als „sonstiges Recht" i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB eingeordnet.[27] Das BVerfG hat keinen Anlass gesehen, dieser innerhalb der zivilrechtlichen Dogmatik verbleibenden Qualifikation, die allerdings im Schrifttum teilweise zugunsten einer Qualifikation der einzelnen Persönlichkeitsgüter als den benannten Rechtsgütern Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit zuzuordnen abgelehnt wird,[28] von Verfassungs wegen entgegenzutreten.[29] Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als eines „sonstigen Rechts" kann daher als (gelungene) richterliche Rechtsfortbildung bezeichnet werden. Damit weist das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch den Charakter eines absoluten Rechts auf mit der Folge, dass eine rechtswidrige Verletzung auch dieses Rechts den Unterlassungsanspruch des Verletzten gegen den Störer auslöst. Der von den Klägerinnen geltend gemachte Unterlassungsanspruch war daher aufgrund der entsprechend anzuwendenden §§ 12, 1004, 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 GG zu prüfen.

b) Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerinnen durch den Beklagten

aa) Problematik des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Eine grundlegende Schwäche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die auch der Grund für dessen Ablehnung seitens der BGB-Verfasser und des Reichsgerichts war, besteht in der mangelnden Konturiertheit dieses Rechts. Sein Inhalt kann wegen seines die gesamte Persönlichkeit umfassenden Gegenstandes nicht eindeutig und abschließend festgelegt sein. Diese Offenheit des Rechts ist auch durchaus erwünscht, denn seine Funktion besteht ja gerade darin, als Auffangrecht für alle möglichen für schutzwürdig erachteten Bereiche der Persönlichkeit zu dienen, die nicht bereits durch ein besonderes Persönlichkeitsrecht erfasst werden. Insbesondere können sich ganz neuartige Schutzbereiche aus der rasant fortschreitenden technischen Entwicklung, vor allem der Kommunikationsmittel, ergeben. Die „generalklauselartige Weite und Unbestimmtheit" des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als eines ausfüllungsbedürftigen „Rahmenrechts" macht die Bestimmung des Schutzbereichs dieses Rechts und damit der Tatbestandsmäßigkeit seiner Verletzung wie auch der – für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen – Rechtswidrigkeit eines Verletzungserfolges besonders schwierig.[30] In der heutigen Leistungs- und Wettbewerbsgesellschaft, in der die Individuen bei der Verfolgung ihrer jeweiligen oft gegenläufigen Interessen und Ziele zu intensiver Kommunikation genötigt sind, wirken die Gesellschaftsglieder, von denen das eine seine Persönlichkeit ebenso zu entfalten berechtigt ist wie das andere, unausweichlich in mannigfacher Weise gegenseitig auf ihre Persönlichkeitsbereiche ein. Würde jede derartige Einwirkung als eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen gewertet, die mangels Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes einen Unterlassungs- und bei hinzutretendem Verschulden einen Schadensersatzanspruch zur Folge hätte, so wäre ein gedeihliches Zusammenleben der Rechtsgenossen unmöglich. Anders als bei den in § 823 Abs. 1 BGB benannten Persönlichkeitsgütern Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, deren relativ klare Umgrenzung i. d. R. die eindeutige Feststellung eines Verletzungserfolges erlaubt, dessen Rechtswidrigkeit lediglich das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes (Notwehr, Einwilligung usw.) erfordert, muss deshalb beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Schutzumfang des von einer Einwirkung betroffenen Rechts besonders bestimmt werden. Auch wenn hiernach eine Verletzung zu bejahen ist, indiziert diese Tatbestandsmäßigkeit noch nicht ohne weiteres die Rechtswidrigkeit. Es ist also nicht nur das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes zu prüfen, sondern die Rechtswidrigkeit muss

Zur Struktur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, 193 ff., der fünf verschieden Schutzbereiche dieses Rechts unterscheidet.

25 Grundlegend RGZ 69, 401 (403 f.).

26 BGHZ 13, 334 (338).

27 So z. B. BGHZ 26, 349 (354); BGHZ 50, 133 (143); BGHZ 143, 214 (218).

28 Vgl. etwa *Dieter Medicus/Jens Petersen,* Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009 , § 24 II 2 d, Rn. 615.

29 BVerfGE 34, 269 (281 f.); hierzu *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris,* Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. 1994, § 80 I 5.

30 Vgl. BGHZ 35, 363 (368 f.); BGHZ 39, 124 (133); zu dieser Problematik eingehend *Karl Larenz,* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521 ff.; ferner *Horst Ehmann* (Fn. 24), JuS 1997, 193 ff.

positiv ermittelt werden. Dieses Vorgehen ist insbesondere dann notwendig, wenn die Einwirkung auf ein Persönlichkeitsrecht in Ausübung eines dem Einwirkenden zustehenden Grundrechts erfolgt, wie des Grundrechts der Kunstfreiheit im Falle der Verwendung realer Personen als Vorbilder für literarische Figuren. Die erforderliche Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verlangt daher eine Abwägung dieses Rechts gegen ein ggf. dem auf das Persönlichkeitsrecht Einwirkenden zustehendes Grundrecht mit dem Ziel, den Vorrang des einen oder des anderen Rechts in der gegebenen Konstellation zu ermitteln.[31] Für die hier interessierende Fallgruppe der Einwirkung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der als Vorbilder für Gestalten eines Romans dienenden Personen hat die Rechtsprechung die nachstehend dargelegten und auch im Fall „Esra" zugrunde gelegten Abwägungsgrundsätze entwickelt.

bb) Individuelle Betroffenheit der Klägerinnen

Die erste Voraussetzung eines Unterlassungsanspruchs erblicken die Gerichte darin, dass der Anspruchsteller durch den Inhalt des Romans individuell betroffen ist.[32] Fehlt es schon an der Betroffenheit, so kommt eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts von vornherein nicht in Betracht und die Unterlassungsklage ist ohne weiteres abweisungsreif; einer Heranziehung des Grundrechts der Kunstfreiheit des Anspruchsgegners bedarf es dann nicht. Mit dem Erfordernis der Betroffenheit soll also der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für den konkreten Fall festgelegt werden.

Die Betroffenheit des Anspruchstellers wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn er als reales Vorbild („Urbild") für eine Romanfigur („Abbild") erkennbar ist.[33] Für die Bestimmung der Erkennbarkeit stellt sich zunächst die Frage nach dem Personenkreis, für den diese Erkennbarkeit gegeben sein muss, d. h. der aufgrund einer Lektüre des Romans den Vorbildcharakter des Anspruchsstellers für die Romanfigur erschließen kann. In seinem „Mephisto"-Beschluss stellte das BVerfG für die Erkennbarkeit von *Gründgens* in der Person des Höfgen auf die Identifizierbarkeit durch „einen nicht unbedeutenden Leserkreis"des Romans „Mephisto" ab.[34] Im „Esra"-Beschluss schließt sich das BVerfG[35] demgegenüber der im ersten Revisionsurteil vertretenen Ansicht des BGH[36] an und lässt die Erkennbarkeit „durch einen mehr oder minder großen Bekanntenkreis" des Anspruchstellers genügen. Diese Einschränkung des für die Erkennbarkeit relevanten Personenkreises ist zu begrüßen, denn bei Maßgeblichkeit allein eines nicht unbedeutenden Leserkreises käme praktisch nur prominenten Romanvorbildern wie *Gründgens* als einer Person der Zeitgeschichte der Persönlichkeitsschutz gegenüber der Kunstfreiheit zustatten, während dieser Schutz bei nur in ihrer näheren Umgebung bekannten und daher nur innerhalb dieses Umkreises identifizierbaren Personen schon mangels Betroffenheit scheitern würde.

In sachlicher Hinsicht werden an die Erkennbarkeit strenge Anforderungen gestellt. Sie ist nicht schon dann gegeben, wenn es literarisch bewanderten Lesern oder gar nur Literaturwissenschaftlern möglich ist, durch intensive Recherche, den Anspruchsteller als Vorbild der Romanfigur zu entschlüsseln. Die Identifizierbarkeit des Abbildes mit dem Urbild muss sich vielmehr jedenfalls für den mit den Umständen vertrauten Leser geradezu aufdrängen.[37] Es wird also eine Art Offenkundigkeit der Vorbildfunktion für den relevanten Leserkreis gefordert. Auch dem ist zuzustimmen, da bei einer nicht zutage liegenden, sondern erst mehr oder weniger mühsam zu erschließenden Entsprechung von realer Person und Romanfigur die für die Erzählkunst unverzichtbare Freiheit des Autors, seine Figuren an reale Personen anzulehnen, in einer mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG kaum zu vereinbarenden Weise eingeschränkt würde. Die sich aufdrängende Erkennbarkeit muss sich dabei aus im Roman geschilderten Tatsachen und Vorgängen ergeben, die eine Parallelität zu entsprechenden Umständen in der Wirklichkeit aufweisen – das BVerfG spricht hier von einer „Kumulation von Identifizierungsmerkmalen" –, die im Schrifttum als „*hard facts*" bezeichnet werden.[38] Das eindeutigste Identifikationsmerkmal ist sicher die Namensgleichheit von wirklicher Person und Romanfigur, die aber nicht notwendigerweise vorhanden sein muss; in Betracht kommen auch sonstige Merkmale wie (weitgehende) Übereinstimmungen von Lebensalter, Familienverhältnissen, Wohnort, beruflicher Tätigkeit, persönlichen Eigenheiten usw.

Im Fall „Esra" bejahen die Zivilgerichte und das BVerfG die Erkennbarkeit und damit die Betroffenheit beider Klägerinnen nach den obigen Grundsätzen auch in der geänderten Fassung des Romans.[39] Die Gerichte sehen eine Fülle von Merkmalen als gegeben an, die eine eindeutige Zuordnung der Klägerin zu 1 zu der Figur der Esra und der Klägerin zu 2 zu der Figur der Lale zweifelsfrei nahelegen. In erster Linie wird hierbei auf die beiden Preisverleihungen (Bundesfilmpreis an die Tochter und an Esra, Alternativer Nobelpreis an die Mutter und an Lale) abgestellt, da diese Preise jeweils nur einmal an zwei türkische Frauen (Tochter und Mutter) verliehen worden sind, was in der türkischen Gemeinde in Deutschland als dem für die Erkennbarkeit maßgeblichen Publikum sei-

31 BGH, JZ 2006, 193 (194) m. Anm. *Obergfell* (Fn. 17), JZ 2006, 196 ff.; auch BGHZ 50, 133 (143).

32 BVerfGE 119, 1 (24 ff.); BGH, JZ 2006, 193 ff.; OLG München, NJOZ 2005, 4343 ff.; LG München I, ZUM 2004, 234 (236).

33 Siehe die Angaben Fn. 32; *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), KUR 2003, 81 (87 f.) lehnt hingegen das Kriterium der Erkennbarkeit als zu unscharf ab zugunsten einer durch wertende Betrachtung unter kunstspezifischem Aspekt zu ermittelnden objektiven Ähnlichkeit des Abbildes mit dem Urbild. Dieses Abgrenzungsmerkmal dürfte aber eher weniger prägnant sein.

34 BVerfGE 30, 173 (198).

35 BVerfGE 119, 1 (25), Rn. 75.

36 BGH, JZ 2006, 193; vgl. zust. Anm. *Obergfell* (Fn. 17), JZ 2006, 196 (198).

37 BVerfGE 119, 1 (25 f.), Rn. 76.

38 Vgl. *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 1), ZUM 2004, 426 (434 f.).

39 Hierzu und zum Folgenden BVerfGE 119, 1 (26), Rn. 77; BGH, JZ 2006, 193 f.; OLG München, NJOZ 2005, 4343 (4345); LG München I, ZUM 2004, 234 (236).

nerzeit erhebliches Aufsehen erregt hatte, sodass in diesen Kreisen Esra und Lale nach dem Erscheinen des Romans sogleich mit den Klägerinnen identifiziert worden sind. Die Umbenennung der Preise in der geänderten Romanfassung beseitige die Erkennbarkeit angesichts der auch in der Neufassung gleich gebliebenen Gründe für die Verleihung nicht. Als weitere die Erkennbarkeit begründende Merkmale werden angesehen die sonstigen weitgehenden Ähnlichkeiten zwischen Roman und Wirklichkeit hinsichtlich der handelnden Personen, ihrer Familien- und Lebensverhältnisse, vor allem natürlich hinsichtlich der Beziehung zwischen Esra und Adam und zwischen der Klägerin zu 1 und dem Autor *Biller* sowie der Krankheit der Tochter von Esra und derjenigen der Tochter der Klägerin zu 1, bis hin zur Beschreibung der Örtlichkeiten in München. Dieser Beurteilung ist zu folgen, stimmen doch Romaninhalt und Realität, abgesehen von den geänderten Namen der Akteure, fast vollständig überein.[40] Gleichfalls zuzustimmen ist der Auffassung, wonach der die Personen und Handlungen des Romans als frei erfunden bezeichnende Vermerk an dessen Schluss die Erkennbarkeit der Klägerinnen ebenso wenig zu beseitigen geeignet ist wie die von der Gegenseite angekündigte Voranstellung eines die fiktiven Romanfiguren als durch reale Personen nur angeregt bezeichnenden Vorworts[41]; ein Leser, der aufgrund des Romaninhalts die Klägerinnen mit Esra und Lale identifiziert, wird den allgemeinen und formelhaften Verwahrungen in solchen „Disclaimern" kaum Glauben schenken. Schließlich kann auch nicht eingewandt werden, die Klägerinnen hätten durch die Erwirkung der einstweiligen Verfügung gegen die ursprüngliche Romanfassung und das dadurch ausgelöste Medienecho ihre Identifizierbarkeit durch eine breitere Öffentlichkeit erst selbst herbeigeführt; die Ergreifung der statthaften rechtlichen Maßnahmen kann ihnen nicht zum Nachteil gereichen.[42]

cc) Erfüllung des Unrechtstatbestandes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die Betroffenheit des Anspruchstellers durch den Roman (s. o. zu IV. 1. b) bb)) begründet nicht auch schon die Beeinträchtigung, die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen, sie ist hierfür also nur eine notwendige, nicht auch eine hinreichende Bedingung.[43] Einer den Unterlassungsanspruch begründenden rechtswidrigen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts könnte nämlich das Grundrecht des Autors des Romans und des Verlegers auf Freiheit der Kunst gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG entgegenstehen. Dies macht eine Untersuchung der Reichweite dieses Grundrechts im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Vorbildes einer Romanfigur erforderlich.

(1) Schutzbereich der Kunstfreiheit

Dazu muss zunächst der Schutzbereich des Grundrechts der Kunstfreiheit bestimmt werden. Hierbei ist zwischen dem sachlichen und dem persönlichen Schutzbereich zu unterscheiden.

(a) Sachlicher Schutzbereich

Um den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit zu unterfallen, muss es sich bei dem Roman „Esra" überhaupt um „Kunst" i. S. d. Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG handeln. Die Bestimmung eines verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs, der eine einigermaßen eindeutige Abgrenzung zwischen Kunst und Nichtkunst ermöglicht, begegnet deshalb außerordentlichen Schwierigkeiten, weil für eine solche Definition von dem außerjuristischen Selbstverständnis der Kunst auszugehen wäre. Zumindest in der heutigen Kunsttheorie der Gegenwart besteht aber in der Frage, was Kunst eigentlich ist, nichts weniger als Uneinigkeit. Zudem waren und sind die Auffassungen von Kunst in besonderem Maße dem historischen Wandel unterworfen, indem künstlerische Avantgarden immer wieder bisher als kanonisch erachtete Regeln über die an „wahre Kunst" zu stellenden Anforderungen in Frage stellen und schließlich überwinden, um dann ihrerseits „klassisch" zu werden (klassische Moderne). Gerade im Kunstgeschehen der Gegenwart ist die Tendenz unverkennbar, in Betonung einer vollständigen Autonomie von Kunst die Grenze zwischen Kunst und Nichtkunst zu verwischen und unter Kunst alle Hervorbringungen zu verstehen, die deren Schöpfer als Kunst definiert.[44] Dieser tatsächliche Befund macht erfolgreiche Versuche zur Gewinnung eines juristisch operationalisierbaren Kunstbegriffs so schwierig, da der Gefahr vorgebeugt werden muss, bestimmte Formen oder Richtungen dem Schutzbereich der Kunstfreiheit zu entziehen. Umgekehrt könnte aber ein Verzicht auf jedwede Beschreibung des verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs, gar ein „Definitionsverbot", zu einer uferlosen Ausweitung des Schutzbereichs der Kunstfreiheitsgarantie und in Reaktion darauf zu dem Bedürfnis führen, dieses an sich vorbehaltlos gewährte Grundrecht (vgl. u. IV. 1. b) cc) (3)) doch gewissen Beschränkungen zu unterwerfen, etwa durch die „allgemeinen Gesetze" entsprechend Art. 5 Abs. 2 GG.[45] Das Dilemma wird etwa deutlich bei der Frage,

40 Ebenso *Berhard v. Becker,* Verbotene Bücher. Eine Anmerkung zum Urteil des LG München – Maxim Biller, ZUM 2003, 675 (676): „Es ist in dem Roman so gut wie alles real außer den Namen der beteiligten Personen und den Wohnadressen"; *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), KUR 2003, 81 (86); *Jens Jessen,* Mehr Fantasie, bitte, Die Zeit Nr. 43 v. 18.10.2007, S. 1 konstatiert „eine nahezu redundante Eins-zu-eins-Identifikation der Figuren mit ihren lebenden Vorbildern".

41 BGH, JZ 2006, 193 (194); zust. *Endress Wanckel,* Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken, NJW 2006, 578 (579); gebilligt von BVerfGE 119, 1 (31), Rn. 95.

42 LG München I, ZUM 2004, 234 (236).

43 Vgl. das Sondervotum des Richters *Wolfgang Hoffmann-Riem* zum „Esra"-Beschluss, BVerfGE 119, 1 (48 f.).

44 Vgl. hierzu die eingehende Schilderung bei *Luhmann,* Die Kunst der Gesellschaft (Fn. 1), S. 469 ff., S. 472: „Das Reich des Erlaubten, des künstlerisch Möglichen wird riesig, sofern nur beobachtbar bleibt, dass das, was es ausfüllt, als Symbol steht dafür, dass nur noch das Ausschließen ausgeschlossen ist", S. 476: „Wieso ein Kunstwerk überhaupt ein Kunstwerk ist, bleibt, abgesehen von der bloßen Behauptung, rätselhaft […]".

45 Dies betont *Sophie Charlotte Lenski,* Grundrechtsschutz zwischen Fiktion und Wirklichkeit – Zum „Esra"-Beschluss des BVerfG, NVwZ 2008, 281 (282 f.) mit Zitat von *Joseph Isensee*: „Was der

ob es sich bei dem Besprayen von Gebäudewänden um eine neuartige Kunstform handelt – bejahendenfalls unter welchen Anforderungen –, die immerhin schon einen Vorprüfungsausschuss des BVerfG beschäftigt hat, der sie aber dahinstehen lassen konnte, weil *in casu* das Besprayen gegen den Willen der Hauseigentümer erfolgt war und sich der Schutzbereich der Kunstfreiheit nicht auf die Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zwecks künstlerischer Entfaltung erstreckt.[46] Das BVerfG vermeidet angesichts dieser Schwierigkeit eine abschließende Definition des Kunstbegriffs[47] und legt nur gewisse Merkmale fest, die eine Produktion aufweisen muss, um als unter Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG fallendes Kunstwerk zu gelten, nämlich „eine freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache […] zur Anschauung gebracht werden".[48] Im Fall „Esra", in dem das Medium einer bestimmten Formensprache die Formensprache des Romans ist, sahen das BVerfG wie auch die Zivilgerichte diese Merkmale des Kunstwerks durch den Roman von *Biller* als erfüllt an, da jedenfalls der Anspruch des Autors auf künstlerische Gestaltung der Wirklichkeit in dem Werk deutlich werde und es wegen der häufig unauflöslichen Verbindung von Anknüpfungen an die Wirklichkeit mit deren künstlerischer Gestaltung nicht möglich sei, Kunst und Nichtkunst nach dem Maß des Gelingens der künstlerischen Verfremdung zu unterscheiden.[49] Diese Einordnung als Kunstwerk ist überzeugend. Trotz der engen Anlehnung der Romanhandlung an wirkliches Geschehen ist „Esra" nicht lediglich ein als Roman etikettierter Erlebnisbericht des Autors – ein solcher würde sicher nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst –; die Realität wird nicht sozusagen nur verbal abgebildet, sondern der Autor bemüht sich erkennbar um eine künstlerische Verarbeitung dieser Wirklichkeit. Das umstrittene Ausmaß der künstlerischen Verfremdung kann für die Einordnung in den Schutzbereich noch nicht maßgeblich sein, sondern ist erst eine Frage des Verhältnisses der Kunstfreiheit zum Persönlichkeitsrecht des Betroffenen. So genießt denn auch der Schlüsselroman grundsätzlich den Schutz des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG[50], wobei die Zuordnung von „Esra" zu dieser Romangattung noch nicht einmal zweifelsfrei ist.[51]

Umfangmäßig umfasst der sachliche Schutzbereich der Garantie der Kunstfreiheit einmal das Kunstschaffen als solches, die Herstellung des Kunstwerkes durch den Künstler, in der Belletristik die Abfassung des Werkes durch dessen Autor, den sog. Werkbereich der Kunst. Auf den Schutz des Werkbereichs kann sich aber das Grundrecht nicht beschränken. Denn alle Werke des Kunstschaffens sind darauf ausgerichtet, einem Publikum zur Kenntnis gebracht und seiner (kritischen) Beurteilung unterworfen zu werden und damit eine Kommunikation zwischen Künstler und Öffentlichkeit herzustellen. Entbehrte dieser sog. Wirkbereich des Schutzes, könnte das Grundrecht der Kunstfreiheit seine Funktion nicht erfüllen. Das BVerfG unterstellt daher zu Recht auch den Wirkbereich dem Schutz dieses Grundrechts.[52]

(b) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des Grundrechts des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ergibt sich aus dem dargelegten sachlichen Schutz des Werk- wie des Wirkbereichs des Kunstwerks. Geschützt werden muss hiernach nicht nur der Künstler als Schöpfer des Werkes selbst, sondern der Schutz muss auch denjenigen zugutekommen, die für dessen Verbreitung sorgen. Bei einem literarischen Werk ist dies in erster Linie der Verleger, ohne dessen Tätigkeit das Werk seine Wirkung nicht entfalten kann. Auf den Schutz des Grundrechts kann sich damit auch der Verleger berufen.[53] Im Fall „Esra" war daher der beklagte und von den Zivilgerichten verurteilte Verlag des Romans für die erhobene Verfassungsbeschwerde aktivlegitimiert.

(2) Eingriff

Weiterhin ist das Vorliegen eines Eingriffs der Staatsgewalt in das Grundrecht des beklagten Verlages zu untersuchen. Hier stellt sich das Problem, dass das Grundrecht der Kunstfreiheit ja in erster Linie ein Abwehrrecht des Kunstschaffenden gegen staatliche Eingriffe in den Kunstbetrieb, gegen eine staatliche Kunstzensur ist. Würden sich die Freiheitsrechte des Grundgesetzes und damit auch die Kunstfreiheit gemäß ihrem traditionellen liberalen Verständnis auf diese Abwehrfunktion beschränken, hätten sie aber für das Privatrecht keine Bedeutung, so könnte ein Zivilurteil trotz seiner Eigenschaft als Hoheitsakt schon *per se* nicht in das Kunstfreiheitsrecht der unterlegenen Partei eingreifen, da es ja nur über Rechte und Rechtsverhältnisse zwischen Privaten entscheidet, die außerhalb des grundrechtlichen Schutzbereichs lägen. Nach seit langem gefestigter und allgemein anerkannter Rechtsprechung des BVerfG enthalten die Grundrechte aber neben ihrer primären Funktion als Abwehrrechte auch objektive Wertentscheidungen, hier für die Freiheit

Staat nicht definieren kann, kann er auch nicht schützen"; vgl. auch *Günter Erbel,* Ein „Definitionsverbot" für den verfassungsrechtlichen Begriff „Kunst" (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)?, DVBl 1969, 863 ff., Die Tragfähigkeit des von *Erbel* befürworteten Kriteriums des Schöpferischen, der „persönlichen Note" (S. 865) begegnet aber unter den heutigen Verhältnissen ebenso starken Zweifeln wie die Lösung von *Martin Schick,* Der verfassungsrechtliche Begriff des Kunstwerks, JZ 1970, 645 (646 f.), der die – für den Richter verbindliche – „Drittanerkennung" eines Produkts als Kunstwerk seitens auch nur eines einzigen Kunstsachverständigen maßgeblich sein lässt.

46 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), NJW 1984, 1293 ff. in dem Auslieferungsverfahren gegen den „Sprayer von Zürich" an die Schweiz; allg. zur Kollision der Kunstfreiheit mit anderen Rechtsgütern *Peter Lerche,* Kunstfreiheit inmitten aktueller Grundrechtskonzepte, in: Rainer Jacobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag, 2006, 215 ff.

47 Kritisch hierzu *Lenski* (Fn. 45), NVwZ 2008, 281 (282).

48 So BVerfGE 30, 173 (188 f.); BVerfGE 119, 1 (20 f.), Rn. 59.

49 BVerfGE 119, 1 (21).

50 Vgl. *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), KUR 2003, 81 (82).

51 *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), KUR 2003, 81 (87) sieht in „Esra" den „privaten Schlüsselroman einer Medienfigur".

52 BVerfGE 30, 173 (189); BVerfGE 119, 1 (21 f.) m. w. N.

53 BVerfGE 30, 173 (191); BVerfGE 119, 1 (22).

der Kunst, die auch zwischen Privaten zwar nicht unmittelbar gelten, jedoch bei der Anwendung privatrechtlicher Normen zu berücksichtigen sind. Mit einem Zivilurteil, das es an dieser Berücksichtigung der Kunstfreiheitsgarantie fehlen lässt, greift der Staat folglich ebenfalls in dieses Grundrecht ein, indem er seiner gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG neben der Achtungspflicht bestehenden Schutzpflicht gegenüber dem Grundrecht nicht gerecht wird. Das Verbot eines Romans ist dabei der denkbar schwerste Eingriff in die Kunstfreiheit.[54] Wegen der Schwere dieses Eingriffs hat das BVerfG im „Esra"-Beschluss den Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Zivilurteile über die seinerzeit im „Mephisto"-Beschluss gezogenen Grenzen hinaus erweitert. In der letztgenannten Entscheidung hatte das Gericht die Überprüfung darauf beschränkt, ob die Zivilurteile bei der Anwendung der den Unterlassungsanspruch rechtfertigenden bürgerlich-rechtlichen Normen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts der Kunstfreiheit beruhen oder ob das Auslegungsergebnis selbst dieses Grundrecht verletzt.[55] In der „Esra"-Entscheidung nimmt das BVerfG hingegen eine Befugnis zur Prüfung der angegriffenen Urteile auf deren Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit auch auf der Grundlage der konkreten Umstände des von den Zivilgerichten festgestellten Sachverhalts für sich in Anspruch[56] und folgt damit ausdrücklich der im „Mephisto"-Verfahren in dem Sondervotum des Richters *Stein* erhobenen Forderung[57].

(3) Schranken der Kunstfreiheit

Die Ausübung von Kunst muss sich im Werk- wie im Wirkbereich innerhalb der Schranken der Kunstfreiheitsgarantie bewegen. Nun nennt aber der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG für die Freiheit von Kunst, Wissenschaft und Forschung gerade keine ausdrücklichen Schranken, im Gegensatz zu der in Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Meinungs-, Medien- und Informationsfreiheit, als deren Schranken Art. 5 Abs. 2 GG die allgemeinen Gesetze, die gesetzlichen Bestimmungen zum Jugendschutz und das Recht der persönlichen Ehre festlegt. Eine Geltung dieser Schranken auch für die in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG genannten Freiheiten und damit auch für die Kunstfreiheit wird vom BVerfG und der heute wohl einhelligen Ansicht in der Rechtswissenschaft abgelehnt.[58] Gleiches gilt bezüglich der in Art. 2 Abs. 1 GG für das „Mutterfreiheitsrecht" der allgemeinen Handlungsfreiheit normierten Schrankentrias der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes.[59] Eine Geltung auch der nicht mit einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt versehenen Grundrechte nur innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze, also ein ungeschriebener genereller Gesetzesvorbehalt, wird für das Grundgesetz gleichfalls nicht anerkannt. Eine völlige Schrankenlosigkeit der Kunstfreiheit wie der übrigen vorbehaltslos gewährleisteten Freiheitsrechte würde aber zu unannehmbaren Ergebnissen führen, insbesondere bei Kollisionen mit anderen Grundrechten. Das BVerfG sagt deshalb auch sehr richtig, dass auch die nicht mit einem Vorbehalt versehenen Freiheitsrechte und damit auch die Kunstfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet sind. Solche Schranken müssen sich jedoch aus dem Grundgesetz selbst ergeben, müssen in anderen Bestimmungen der Verfassung ihre Grundlage haben.[60] Zu den verfassungsrechtlich geschützten Rechten gehört auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Person, das seine Grundlage in der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Handlungsfreiheit in Verbindung mit der Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG als dem Höchstwert des Grundgesetzes findet.[61] Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kommt deshalb Grundrechtscharakter zu. Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines von einem Romanwerk in dem oben zu IV. 1. b) bb) dargelegten Sinne Betroffenen können sich daher grundsätzlich Schranken für die Freiheit der Kunst ergeben.

Die Schrankenfunktion des Persönlichkeitsrechts für die Kunstfreiheit kann aber nicht bedeuten, dass diese gegenüber jener stets zurücktreten müsste. Dem steht schon die prinzipielle Gleichrangigkeit beider Grundrechte entgegen. Beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht kommt entscheidend noch dessen offener Charakter (s. o. zu IV. 1. b) aa)) hinzu; würde jedwede Beeinträchtigung dieses stärkere und schwächere Ausstrahlungen aufweisenden Rechts eine Berufung auf die Freiheit der Kunst ausschließen, so bedeutete dies eine unvertretbare Reduzierung der Reichweite dieser Freiheit. Die Kunstfreiheit zieht daher ihrerseits dem Persönlichkeitsrecht Grenzen.[62] Beide Grundrechte müssen folglich im Sinne einer „praktischen Konkordanz" zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Zur Herstellung dieses Ausgleichs stellt das BVerfG auf die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch die schriftstellerische Tätigkeit ab. Nur eine zweifelsfrei festgestellte schwerwiegende Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist nicht durch die Freiheit der Kunst gerechtfertigt. Nicht ausreichend ist hingegen eine nur geringfügige Beeinträchtigung oder die bloße Möglichkeit einer solchen.[63]

54 Vgl. BVerfGE 119, 1 (21); auch *Ulrich Vosgerau,* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Universalschranke der Kunstfreiheit – ein Irrweg der Rechtsprechung, Der Staat 48 (2009), 107 (124).

55 BVerfGE 30, 173 (188, 197).

56 BVerfGE 119, 1 (22), Rn. 66.

57 Abweichende Meinung Richter *Erwin Stein,* BVerfGE 30, 173 (201 f.).

58 BVerfGE 30, 173 (191).

59 BVerfGE 30, 173 (191 f.).

60 BVerfGE 30, 173 (193); BVerfGE 67, 213 (228); BVerfGE 119, 1 (23); enger *Christian Bamberger,* Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt?, Der Staat 39 (2000), 355 (bes. 372 ff.): Grenzen nur kollidierende Grundrechte Dritter.

61 BVerfGE 119, 1 (23 f.).

62 So BVerfGE 119, 1 (26).

63 BVerfGE 67, 213 (228); BVerfGE 119, 1 (27), Rn. 79, 80.

(4) Bestimmung der Schwere der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Zur Beantwortung der Frage, ob die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer als Vorbild für eine Romanfigur verwendeten realen Person so schwerwiegend ist, dass demgegenüber die Kunstfreiheit zurücktreten muss, hält das BVerfG zwei Momente für maßgeblich. Zum einen kommt es an auf das Maß des dem Leser vom Autor nahegelegten Bezuges des Werkinhalts auf wirkliche Personen, zum anderen auf die Intensität der bei Herstellung dieses Bezuges verursachten Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts.[64] Hinsichtlich des ersten Moments betont das BVerfG nunmehr die Notwendigkeit einer kunstspezifischen Betrachtung, da der Autor – auch bei Anknüpfung an die Realität – eine „neue ästhetische Wirklichkeit", eine gegenüber der außerkünstlerischen realen Welt „wirklichere Wirklichkeit" schafft. Die künstlerische Darstellung kann deshalb nicht am Maßstab der Welt der Realität, sondern nur an einem kunstspezifischen, ästhetischen Maßstab gemessen werden.[65] Mit dieser Hervorhebung der Spezifika belletristischen Schaffens weicht der „Esra"-Beschluss wiederum in einem entscheidenden Punkt vom „Mephisto"-Beschluss ab, an dem, wie auch an den dortigen Zivilurteilen[66], in den Sondervoten und in der Reaktion des Schrifttums die Berücksichtigung allein der realen Wirklichkeitsebene des Romans von *Klaus Mann* bei weitgehender Ignorierung der ästhetischen Realität kritisiert worden ist;[67] auch insoweit schließt sich die „Esra"-Entscheidung ausdrücklich der abweichenden Meinung des Richters *Stein* im Fall „Mephisto" an – unter teilweise wörtlicher Übernahme der Formulierungen. Damit die kunstspezifische Betrachtung ihre Wirksamkeit entfalten kann, müsse von einem „mündigen" Leser ausgegangen werden, der zwischen der Schilderung tatsächlicher Gegebenheiten und einer fiktiven Erzählung zu unterscheiden imstande ist. Da ein Literaturwerk – im Unterschied zu einem nur als Roman bezeichneten Sachbericht – deshalb „zunächst einmal" als Fiktion anzusehen sei, komme ihm eine „Vermutung der Fiktionalität" zugute,[68] deren Intensität der Stärke der Verselbstständigung des Abbilds gegenüber dem realen Urbild im Roman entspreche.[69] Ein Romanwerk entfalte damit eine „Doppelwirkung", einmal auf der ästhetischen Ebene des Fiktionalen, zum anderen auf der Ebene der außerliterarischen Wirklichkeit. Für die Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit könne nicht ausschließlich auf eine der beiden Wirkungen abgestellt werden. Bei einer Berücksichtigung der Wirkung allein in der Realität würde sich die Kunstfreiheit niemals gegen das Persönlichkeitsrecht der betroffenen realen Vorbilder durchsetzen, bei einer Maßgeblichkeit allein der Fiktionalität bliebe das Persönlichkeitsrecht gegenüber der Kunstfreiheit ungeschützt. Eine Lösung könne daher nur im Wege einer beiden Grundrechten gerecht werdenden Abwägung gefunden werden.[70]

Für diese Abwägung kommt es nach Ansicht des BVerfG auf das zweite Moment an, die Stärke der Intensität, mit der das Persönlichkeitsrecht betroffen ist. Die Intensität bestimmt das Gericht im Wege der sog. „Sphärentheorie" danach, welche der unterschiedlich stark geschützten Bereiche („Sphären") des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Wirkung des Romans in der Wirklichkeit betroffen sind. Üblicherweise wird hierbei unterschieden zwischen der Intimsphäre, die besonders die Sexualsphäre umfasst und absoluten Schutz genießt, der ebenfalls noch stark, aber nicht mehr unbedingt geschützten Privatsphäre und der für Einwirkungen noch offeneren Sozialsphäre[71]; auch das BVerfG folgt dieser Einteilung.[72] Zwischen dem Maß der in dem Roman geschaffenen von der Wirklichkeit abgelösten ästhetischen Realität und der Intensität der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts nimmt das Verfassungsgericht eine „Wechselwirkung" an, die es wie folgt umschreibt: „Je stärker Abbild und Urbild übereinstimmen, desto stärker wirkt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Je mehr die künstlerische Darstellung die besonders geschützten Dimensionen des Persönlichkeitsrechts berührt, desto stärker muss die Fiktionalisierung sein, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen."[73] Dem Autor scheint damit eine gewisse Flexibilität bei der Gestaltung des Werkes eingeräumt zu sein: Er soll sich entscheiden können, entweder den Wirklichkeitsbezug sehr deutlich werden zu lassen, z. B. einen Schlüsselroman zu schreiben, mit der Folge eines entsprechend behutsamen Umgangs mit dem Persönlichkeitsrecht der in dem Roman erkennbaren wirklichen Personen oder umgekehrt die persönliche Sphäre tiefgreifend zu berühren um den Preis einer genügenden „Verfremdung" der Urbilder der Romangestalten.[74]

64 BVerfGE 119, 1 (27), Rn. 81.

65 So wörtlich BVerfGE 119, 1 (28).

66 Revisionsurteil BGHZ 50, 133 ff.

67 Abweichende Meinungen des Richters *Erwin Stein,* BVerfG, NJW 1971, 1645 (1648 f.) und der Richterin *Wiltraud Rupp-v. Brünneck,* BVerfG, NJW 1971, 1645 (1652 f.); *Karl-Heinz Ladeur/Tobias Gostomzyk,* Mephisto reloaded – Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen, NJW 2005, 566 (568).

68 BVerfGE 119, 1 (28).

69 Vgl. BVerfGE 119, 1 (29).

70 BVerfGE 119, 1 (29); der These von der Doppelwirkung zust. *Eva Ines Obergfell,* Dichtung oder Wahrheit? Anmerkungen zum Spannungsverhältnis zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz sowie zum Beschluss des BVerfG, ZUM 2007, 829 – Esra, ZUM 2007, 910 (913 f.) unter Ablehnung der eine Wirkung auch in den Realien verneinenden Gegenansicht.

71 Vgl. *Degenhart* (Fn. 24), JuS 1992, 361 (363 f.); kritisch zur „Sphärentheorie" *Ehmann* (Fn. 24), JuS 1997, 193 (197).

72 Vgl. BVerfGE 119, 1 (29 f.).

73 BVerfGE 119, 1 (30), Rn. 90; grundsätzlich zust. *Obergfell* (Fn. 70), ZUM 2007, 910 (914).

74 Zur Kritik an dieser Konzeption s. u. Teil V. 2.

(5) Anwendung dieser Grundsätze auf die Klägerinnen im Fall „Esra"

(a) Klägerin zu 1 (Tochter)

In Bezug auf die Tochter bejaht das BVerfG eine so schwerwiegende Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts, dass demgegenüber das Grundrecht der Kunstfreiheit nicht durchgreift,[75] und bestätigt insoweit die Beurteilung durch die Zivilgerichte. Die Figur der Esra, in der die Klägerin zu 1 dem maßgeblichen Leserkreis ohne weiteres erkennbar sei, und deren Rolle in der Romanhandlung weisen einen sehr deutlichen Bezug zur Wirklichkeit auf. Die zentralen Geschehnisse im Roman sind unmittelbar der außerliterarischen Realität entnommen. Als solche führt das BVerfG an die intimen Beziehungen der Esra zu dem Icherzähler Adam, die Ehe der Esra, die lebensbedrohliche Erkrankung ihrer Tochter und die von ihr eingegangene neue Beziehung. Besondere Bedeutung misst das Gericht hierbei dem Umstand zu, dass diese Vorgänge als eigenes Erleben des seinerseits unschwer mit dem Autor *Biller* zu identifizierenden Icherzählers geschildert werden. Wegen dieser weitgehenden Entsprechung von Roman und Wirklichkeit wird dem Leser die Fiktionalität der literarischen Gestalten und Vorgänge nicht nahegelegt.

Angesichts dieser sehr starken Bezugnahme des Werkes auf die Wirklichkeit hätte gemäß dem vom Verfassungsgericht entwickelten Gedanken der Wechselwirkung (s. o. IV. 1. b) cc) (4)) die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Tochter nur von entsprechend schwacher Intensität sein dürfen. Davon kann aber, wie das BVerfG ausführt, keine Rede sein. Im Gegenteil verletzen die detaillierten Schilderungen aus dem innersten Lebensbereich der Esra die Intimsphäre der in dieser Romangestalt erkennbaren Klägerin zu 1.[76] Die Intimsphäre ist aber als zum Kern der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) gehörig absolut gegen Beeinträchtigungen geschützt, ihre Verletzung kann deshalb auch nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt sein. Desgleichen kommt es nicht darauf an, ob die die Intimsphäre betreffenden Schilderungen im Roman der Wirklichkeit in Bezug auf das Urbild entsprechen, sodass der Beweis ihrer Wahrheit oder Unwahrheit weder möglich noch zumutbar ist. Die Intimsphäre einer Person geht Außenstehende nichts an, sie hat für die Öffentlichkeit tabu zu sein. Als weitere schwere Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Tochter wertet das Verfassungsgericht zu Recht auch die Schilderung der lebensbedrohenden Krankheit des Kindes der Esra und damit des Kindes der Klägerin zu 1. Die Schwere dieser Beeinträchtigung der Privatsphäre wird zutreffend aus der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern und der Mutter-Kind-Beziehung hergeleitet.[77] Die Abfassung und Verbreitung des Romans „Esra" beeinträchtigt damit rechtswidrig das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin zu 1.

75 Hierzu und zum Folgenden BVerfGE 119, 1 (33 f.), Rn. 101.

76 Vgl. i. E. BVerfGE 119, 1 (33), Rn. 102.

77 BVerfGE 119, 1 (34 f.), Rn. 103.

(b) Klägerin zu 2 (Mutter)

Die Zivilgerichte hatten eine schwere und damit rechtswidrige Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts auch der Mutter angenommen.[78] Diese Sicht teilt das BVerfG – anders als bezüglich der Tochter – nicht und bescheinigt den Gerichten insoweit einen Verstoß gegen das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.[79] Den entscheidenden Grund für diesen Mangel erblickt das Verfassungsgericht darin, dass die Zivilurteile der gebotenen kunstspezifischen Betrachtung „nicht in jeder Hinsicht gerecht" geworden seien. Das BVerfG betrachtet bei der Klägerin zu 2 die Vermutung der Fiktionalität ihres Abbildes, der Figur der Lale, nicht als widerlegt und lässt die Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung an dem fehlenden Wirklichkeitsbezug scheitern. Trotz gegebener Erkennbarkeit der Klägerin zu 2 in der Lale und trotz deren nur geringer Verfremdung könne ein „literarisch verständiger Leser" nicht von einer weitgehenden Identität der Mutter mit der Lale ausgehen. Obwohl der Autor, wie das BVerfG einräumt, mit der Verschränkung von Wahrheit und Fiktion spielt und insoweit „bewusst Grenzen verschwimmen lassen" will, lasse sich die literarische Ebene von der Ebene der Wirklichkeit unterscheiden. Dies begründet das Verfassungsgericht hauptsächlich mit zwei Erwägungen:[80] Der Roman gleite bei der Schilderung der Lale nicht in eine Schmähung ab, sondern der Autor stelle deren Verhältnis zum Icherzähler durchaus differenziert dar, indem er diesen auch nach dessen Schuld an der Zerrüttung der Beziehung fragen lasse. Ferner zeichne er die Charaktereigenschaften der Lale ganz überwiegend nicht aus eigenem Erleben, sondern aus Berichten anderer, wobei er deren Wahrheitsgehalt offen halte. Allein aus der Erkennbarkeit der Klägerin zu 2 in der Lale und aus deren negativen Charakterzügen sei daher eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht herzuleiten. Eine schwere Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin zu 2 wird deshalb verneint.

c) Wiederholungsgefahr

Ein negatorischer Anspruch erfordert, wie dies §§ 12 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB für das Namensrecht und das Eigentum ausdrücklich normieren, die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen des betreffenden Rechts. Über den von „weiteren" Beeinträchtigungen sprechenden Wortlaut der Vorschriften hinaus wird aber der Anspruch schon bei einer erstmaligen Besorgnis künftiger Beeinträchtigungen gewährt,[81] worauf es aber vorliegend angesichts der bereits erfolgten Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die erschienenen Romanfassungen nicht ankommt. Das Berufungsgericht hat – vom BGH nicht beanstandet –

78 BGH, JZ 2006, 193 (195) m. Anm. *Obergfell* (Fn. 17), JZ 2006, 196; OLG München, NJOZ 2005, 4343 (4348); LG München I, ZUM 2004, 234 (237 f.).

79 BVerfGE 119, 1 (30), Rn. 92.

80 BVerfGE 119, 1 (32), Rn. 96, 97.

81 *Karl Larenz/Manfred Wolf,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 8 VI 1 Rn. 54.

die Wiederholungsgefahr bejaht, da die Textänderungen, die der Verlag in einem im Berufungsverfahren abgegebenen weiteren Unterlassungsversprechen angekündigt hatte, die Persönlichkeitsrechtsverletzungen der Klägerin zu 1 nicht ausräumten.[82]

d) Verhältnismäßigkeit

Da die Klägerinnenseite die Verurteilung des Verlages zur Unterlassung der Veröffentlichung usw. des Romans „Esra" schlechthin, nicht nur seiner als Persönlichkeitsrechtsverletzung anzusehenden Teile, beantragt hatte, stellte sich den Gerichten schließlich noch die Frage der Vereinbarkeit eines solchen Gesamtverbotes mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit auch im Übrigen rechtmäßiger staatlicher Eingriffe in die Rechte der Bürger. Diese Frage gewann sogar noch erhöhte Bedeutung dadurch, dass der „Esra"-Beschluss die Verfassungsbeschwerde bezüglich der Klägerin zu 2 durchgreifen ließ, die diese Klägerin betreffenden Romanpassagen als solche hiernach deren Persönlichkeitsrecht nicht rechtswidrig beeinträchtigen. Das Problem der Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch für Eingriffe durch lediglich über private Rechte entscheidende Zivilurteile konnten die Gerichte hier dahinstehen lassen.[83] Denn nach Ansicht der Zivilgerichte[84], die das BVerfG ungeachtet der von ihm verneinten schweren Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin zu 2 gebilligt hat[85], war auch ein Totalverbot nicht unverhältnismäßig. Als verhältnismäßig ist ein solches Verbot in der Rechtsprechung dann anerkannt, wenn die beanstandeten Textteile für die Gesamtkonzeption des Werks bzw. für das Verständnis des mit ihm verfolgten Anliegens von Bedeutung sind. Eine bloße Streichung der inkriminierten Passagen würde den Rest zu einem Torso machen, der wiederum durch neue rechtlich einwandfreie Darstellungen ergänzt werden müsste. Für diese Änderungen sind aber zahlreiche Varianten möglich, zwischen denen sich der Autor nach Inhalt und Formulierung muss entscheiden können. Würde stattdessen das Gericht diese Änderungen (im Tenor oder den Entscheidungsgründen des Urteils) vorschreiben, so wäre das Ergebnis ein Roman nicht mehr des Autors, sondern des Gerichts. Allerdings folgt aus der Kunstfreiheit ein Anspruch von Autor und Verlag darauf, dass das Urteil die Wege zur Beseitigung der rechtlichen Mängel aufzeigt, was das BVerfG hinsichtlich der allein beeinträchtigten Klägerin zu 1 für erfolgt hält. Diese Argumentation ist überzeugend.

e) Ergebnis

Auf Grund seiner dargelegten Wertung des Verhältnisses zwischen Persönlichkeitsrecht und Freiheit der Kunst im Fall „Esra" stellt das BVerfG eine Verletzung des Grundrechts der Kunstfreiheit des Verlages durch die Zivilurteile insoweit fest, als diese Urteile auch der Klägerin zu 2 einen Unterlassungsanspruch zugesprochen hatten. Es hob daher das (erste) Revisionsurteil des BGH unter Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde im Übrigen auf. Die Sache wurde gemäß § 95 Abs. 2 BVerfGG an den BGH zurückverwiesen, da nicht ausgeschlossen werden konnte, dass das Revisionsgericht bei Beachtung der vom BVerfG gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere der gebotenen kunstspezifischen Betrachtung, anders entschieden hätte.

In seinem zweiten Revisionsurteil[86] schloss sich der BGH der Auffassung des BVerfG vollumfänglich an und wies die Klage der Klägerin zu 2 unter Zurückweisung der Revision im Übrigen ab. Mit der vom Verfassungsgericht gegebenen Begründung wurde eine die Kunstfreiheit des beklagten Verlages verdrängende schwere Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dieser Klägerin verneint. Damit war der Rechtsstreit über den Unterlassungsanspruch abgeschlossen. Da aber die Klägerin zu 1 mit ihrem Unterlassungsbegehren durchdrang, blieb es bei dem als nicht unverhältnismäßig zu betrachtenden Gesamtverbot des Romans. Das teilweise Obsiegen der Beklagtenseite wirkte sich daher nur in einer Minderung der von dieser zu tragenden Verfahrenskosten aus.[87]

2. Entschädigung in Geld

a) Natur des Anspruchs

Als Grundlage für einen Anspruch der im Roman als Vorbild für die Figur der Esra aufscheinenden ehemaligen Freundin von *Biller* – im Folgenden auch „Klägerin" – gegen diesen und den Verlag als Gesamtschuldner auf Zahlung von 50.000 € wegen Beeinträchtigung ihres Persönlichkeitsrechts käme zunächst § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. einer schadenersatzrechtlichen Norm, etwa § 251 Abs. 1 BGB, in Betracht. Hier besteht aber die Schwierigkeit, dass es sich hierbei um den Ersatz eines Nichtvermögensschadens handeln würde, ein auf Geld gerichteter Ersatz eines solchen Schadens aber nach § 253 Abs. 1 BGB nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen verlangt werden kann, unter denjenigen Rechtsgütern, deren Verletzung nach (nunmehr) § 253 Abs. 2 BGB einen Geldersatz des immateriellen Schadens begründen kann, ist jedoch das Persönlichkeitsrecht nicht genannt. Gleichwohl hat der BGH schon kurz nach der von ihm 1954 vollzogenen Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (s. o. IV. 1. a) m. Fn. 26) in dem berühmten „Herrenreiter"-Ur-

82 OLG München, NJOZ 2005, 4343 (4348).

83 So ausdrücklich OLG München, NJOZ 2005, 4343 (4348).

84 BGH, JZ 2006, 193 (195 f); OLG München, NJOZ 2005, 4343 (4348).

85 Hierzu und zum Folgenden BVerfGE 119, 1 (35 f.), Rn. 104, 105.

86 BGH, NJW 2008, 2587 ff.

87 Die Prozesskosten waren hier nach der sog. „Baumbachschen Formel" (hierzu *Peter Hartmann,* in: Adolf Baumbach/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 68. Aufl. 2010, § 100 Rn. 52) in der Weise zu verteilen, dass die Gerichtskosten je zur Hälfte von der Klägerin zu 2 und dem beklagten Verlag zu tragen waren. Die vollständig unterlegene Klägerin zu 2 musste außerdem ihre eigenen außergerichtlichen Kosten zur Gänze und diejenigen des Beklagten zur Hälfte tragen. Der Klägerin zu 1 hatte der Beklagte die außergerichtlichen Kosten voll zu erstatten.

teil von 1958 dem dortigen in seinem Persönlichkeitsrecht verletzten Kläger wegen dieses Nichtvermögensschadens einen Geldersatzanspruch zuerkannt und dies, ohne den § 253 BGB dort auch nur zu erwähnen, mit der seiner Ansicht nach aus den Artt. 1 und 2 GG folgenden Notwendigkeit eines Schutzes gegen aus der Verletzung des Persönlichkeitsrechts resultierende wesenseigentümliche Schäden begründet.[88] Diese Rechtsprechung hat der BGH, unbeeindruckt von der anfangs beträchtlichen Kritik im Schrifttum,[89] seitdem ständig beibehalten, ausgebaut und verfeinert.[90] Der Anspruch wird allerdings heute nicht mehr, wie im „Herrenreiter"-Urteil, aus einer entsprechenden Anwendung des ein Schmerzensgeld wegen Verletzung u. a. der Freiheit gewährenden (damaligen) § 847 Abs. 1 BGB hergeleitet i. S. e. Schmerzensgeldes wegen Freiheitsberaubung „im Geistigen",[91] sondern als Entschädigungsanspruch eigener Art unmittelbar auf die gegenüber dem BGB vorrangigen Verfassungsnormen der Artt. 1 und 2 GG gestützt.[92] Das BVerfG hat daher in der Zuerkennung einer Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen keinen Verstoß gegen die in Art. 20 Abs. 3 GG angeordnete Gesetzesbindung der Rechtsprechung gesehen, da hierdurch der in § 253 BGB normierte Grundsatz nicht beseitigt, sondern den gesetzlich vorgesehenen Fällen einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden ein weiterer Fall zur Seite gestellt werde.[93] Die damit vom Verfassungsgericht als „legitimierter Bestandteil der Rechtsordnung" gebilligte Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist deshalb heute im Prinzip allgemein anerkannt.

b) Voraussetzungen des Anspruchs

Ein Anspruch auf Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfordert zunächst die Erfüllung des Verletzungstatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB. Der Anspruchsgegner muss also das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein „sonstiges Recht" des Anspruchsgegners widerrechtlich verletzt haben. Insoweit handelt es sich im Wesentlichen um die gleichen Voraussetzungen, die auch für den Unterlassungsanspruch (s. o. IV. 1. b)) gegeben sein müssen. Die dort bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit der Verletzung, insbesondere bei einer Kollision des Persönlichkeitsrechts des Anspruchsstellers mit Grundrechten des Anspruchsgegners, bestehenden Probleme treten damit auch hier auf. Für den Entschädigungsanspruch ist ferner – anders als für den Unterlassungsanspruch – gemäß § 823 Abs. 1 BGB noch ein Verschulden des Anspruchsgegners bezüglich der rechtswidrigen Persönlichkeitsrechtsverletzung notwendig.

Der Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist allerdings – anders als ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung anderer Rechtsgüter und absoluter Rechte – nicht bereits dann gegeben, wenn aus der rechtswidrigen und schuldhaften Verletzung des Rechts ein – hier immaterieller – Schaden des Verletzten resultiert. Dem steht auch hier die generalklauselartige Unbestimmtheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entgegen, die einen Entschädigungsanspruch bei jeder nur geringfügigen Beeinträchtigung des Rechts verbietet.[94] Hinzu kommt, dass der von der Rechtsprechung entwickelte Geldersatzanspruch seine Rechtfertigung in der Notwendigkeit eines Schutzes der Rechtsgenossen gegen sonst sanktionslos bleibende Verletzungen der Ehre, des gesellschaftlichen Ansehens, der Privat- und Intimsphäre usw. findet und dieses Schutzbedürfnis nach Meinung der Judikatur nur durch einen solchen Anspruch angemessen befriedigt werden kann, wobei hier durchaus die Genugtuungsfunktion gegenüber der Ausgleichsfunktion im Vordergrund steht.[95] Der Geldersatzanspruch erscheint damit als eine Art unentbehrliches letztes Mittel zur Gewährleistung eines auf andere Weise nicht zu erreichenden wirksamen Persönlichkeitsschutzes. Der BGH macht deshalb diesen Anspruch von mehreren zusätzlichen Erfordernissen abhängig:[96] Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts muss zum einen schwerwiegend sein. Das Vorliegen einer schwerwiegenden Beeinträchtigung bemisst sich dabei besonders nach ihrer Bedeutung und Tragweite, ferner nach Anlass und Beweggrund des Verletzers sowie dem Grad seines Verschuldens. Das zweite Erfordernis besteht darin, dass der Verletzte einen befriedigenden Ausgleich nicht in anderer Weise erlangen kann, etwa im Wege der Naturalherstellung durch einen Widerruf der ehrenkränkenden Behauptung o. ä.

c) Anwendung auf den Fall „Esra"

Die Klage hatte zunächst im ersten Rechtszug Erfolg. Das LG München I[97] bejahte auch im Verfahren über den Entschädigungsanspruch eine rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin durch beide Beklagte, wobei es den Ausführungen des BVerfG im einige Monate zuvor erlassenen „Esra"-Beschluss im Wesentlichen folgte. Desgleichen wurde auch ein Verschulden der Beklagten angenommen, da sich diese der Erkennbarkeit der Klägerin in der Esra und der sich aus der Schilderung der Beziehung der Titelheldin zu ihrer Tochter im Roman für die Mutter-Kind-Beziehung in der Wirklichkeit ergebenden Gefahren bewusst gewesen seien; die Beklagten seien ferner das Risiko eines Verbotsirrtums bewusst eingegangen und könnten sich daher auf

88 BGHZ 26, 349 (354 f.).

89 Überblick über den Meinungsstand bis Anfang der 70er Jahre des 20. Jhs. in: BVerfGE 34, 269 (275 f.).

90 Vgl. u. a. BGHZ 35, 363 (367 f.) („Ginseng-Wurzel"); BGHZ 39, 124 (130 ff.) („Fernsehansagerin").

91 So BGHZ 26, 349 (355 ff.).

92 So BGHZ 128, 1 (15); BGHZ 143, 214 (218 f.) („Marlene Dietrich"); BGHZ 160, 298 (302 f.) („Caroline v. Monaco II").

93 BVerfGE 34, 269 (292).

94 BGHZ 35, 363 (368 f.).

95 BGHZ 35, 363 (369).

96 BGHZ 128, 1 (12); BGHZ 160, 298 (306).

97 LG München I, ZUM 2008, 537 ff. m. abl. Anm. *Ladeur* (Fn. 20), ZUM 2008, 540.

einen solchen nicht berufen.[98] Das LG wertete die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin auch als schwerwiegend.[99] Wegen der Verletzung der absolut geschützten Intimsphäre und der ebenso geschützten Mutter-Kind-Beziehung und des durch den Roman ausgelösten Medienechos seien die Bedeutung und die Tragweite der Beeinträchtigung erheblich. Gleiches gelte für den Grad des Verschuldens, weil die Beklagten die Persönlichkeitsrechtsverletzung „sehenden Auges" in Kauf genommen hätten.

Nach dem Erlass des zweiten Revisionsurteils des BGH, das die Unterlassungsklage der Mutter der Klägerin abwies, begründete das OLG München die Abweisung der Klage im Berufungsverfahren damit, dass es trotz Vorliegens einer schweren und rechtswidrigen Persönlichkeitsrechtsverletzung an dem für einen Entschädigungsanspruch erforderlichen schweren Verschulden der Beklagten gefehlt habe.[100] Ein vorsätzliches Handeln der Beklagten sei zu verneinen und angesichts der vor dem „Esra"-Beschluss unklaren Rechtslage, der gerecht zu werden sich die Beklagten überdies während des Prozesses bemüht hätten, sei nur eine leichte, keine grobe Fahrlässigkeit anzunehmen. Bei der Einschätzung von Bedeutung und Tragweite der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin müsse auch berücksichtigt werden, dass den Beklagten durch das im Unterlassungsprozess ergangene Gesamtverbot des Romans dessen wirtschaftliche Verwertung genommen worden sei.[101]

Der BGH[102] setzt in der Begründung seines die Klageabweisung bestätigenden Revisionsurteils etwas andere Akzente als das Berufungsgericht. Auch das Revisionsgericht verneint ein schweres Verschulden der Beklagten insbesondere, weil der Autor die Kunstform eines Romans nicht zu einer persönlichen Abrechnung mit der Klägerin missbraucht habe, um diese zu beleidigen oder herabzuwürdigen.[103] Der Schwerpunkt der Argumentation liegt aber darin, dass der BGH schon in dem rechtskräftig gewordenen Romanverbot einen genügenden Ausgleich für die auch von ihm als schwer betrachtete Rechtsbeeinträchtigung der Klägerin erblickt, sodass es des demgegenüber subsidiären Geldentschädigungsanspruchs nicht bedürfe, zumal andernfalls in die Freiheit der Kunst zu stark eingegriffen würde.[104]

Die Ablehnung eines Entschädigungsanspruchs neben dem Unterlassungsanspruch überzeugt. Die Gewährung einer Entschädigung nach bereits erfolgtem Romanverbot würde den Eindruck eines „Draufsattelns" erzeugen und bedeutete eine Überspannung des Persönlichkeitsschutzes zu Lasten der Kunstfreiheit. Dieses Grundrecht würde unvertretbar beeinträchtigt, wenn über den Köpfen der Autoren das Damoklesschwert u. U. existenzvernichtender Entschädigungspflichten hinge. Andererseits genügt den schutzwürdigen Interessen der in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzten Vorbildern von Romanfiguren in der Regel auch ein Verbot des Romans. Nur in Extremfällen (Schmähung, Beleidigung) ist eine andere Beurteilung angezeigt. Um eine solche Fallgestaltung handelt es sich hier aber eindeutig nicht.

98 LG München I, ZUM 2008, 537 (539).

99 LG München I, ZUM 2008, 537 (539 f.).

100 OLG München, ZUM 2008, 984 (989 f.).

101 OLG München, ZUM 2008, 984 (991).

102 BGH, NJW 2010, 763 ff. m. zust. Anm. *Ladeur* (Fn. 22), NJW 2010, 765 ff.

103 BGH, NJW 2010, 763 (765), Rn. 18.

104 BGH, NJW 2010, 763 (764).

V. Reaktionen auf die „Esra"-Rechtsprechung. Eigene Stellungnahme

1. Die wesentlichen Kritikpunkte

Der „Esra"-Beschluss des BVerfG ist in dem lebhaften Echo, das der gesamte Fall ausgelöst hat, nicht ohne auch grundsätzliche Kritik geblieben. Dies ist nicht verwunderlich, da die Entscheidung des Ersten Senats gegen die Stimmen von drei Mitgliedern ergangen ist und diese Richter in ihren abgegebenen Minderheitsvoten den Beschluss nicht nur in der Begründung, sondern hinsichtlich der Verfassungsbeschwerde gegen die Verurteilung des Verlages zur Unterlassung gegenüber der Klägerin zu 1 (Tochter) auch im Ergebnis abgelehnt haben. Auf diese abweichenden Meinungen stützen sich auch wesentlich die verschiedenen Einwände des Schrifttums, die sich hauptsächlich auf folgende Schwerpunkte konzentrieren:

a) Unzureichende Berücksichtigung der Eigenart von (erzählender) Literatur

Einhellig begrüßt werden die grundsätzlichen Aussagen des „Esra"-Beschlusses, die im Vergleich zur „Mephisto"-Entscheidung eine Stärkung der Kunstfreiheit intendieren. Neben der Erweiterung des Umfangs der verfassungsgerichtlichen Prüfung der Zivilurteile statt nur auf die grundsätzlich richtige Erkenntnis von Bedeutung und Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG auch auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf der Grundlage der konkreten Umstände des zu entscheidenden Falles (s. o. IV. 1. b) cc) (2)) gilt dies vor allem für das aufgestellte Postulat der Zugrundelegung eines kunstspezifischen Maßstabs bei der Beantwortung der Frage, ob ein Roman das Persönlichkeitsrecht der realen Urbilder der auftretenden Figuren rechtswidrig beeinträchtigt (s. o. IV. 1. b) cc) (4)).[105] Der entscheidende Kritikpunkt lautet aber, das BVerfG habe die eigene Maxime bei der Entwicklung eines subsumtionsfähigen Obersatzes und bei der Subsumtion nur unzulänglich beachtet und zentrale Schilderungen des Romans doch wieder allein nach dem Maßstab der außerliterarischen Wirklichkeit beurteilt.[106] Diese Widersprüchlichkeit folge gerade aus der verfas-

105 Vgl. die abweichenden Meinungen der Richterin *Christine Hohmann-Dennhardt* und des Richters *Reinhard Gaier* zum „Esra"-Beschluss, BVerfGE 119, 1 (37 f.).

106 In diesem Sinne *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 105), BVerfGE 119, 1 (38); *Tobias Gostomzyk,* Wahrheit, keine Dichtung, NJW 2008, 737 (738); *Lenski* (Fn. 45), NVwZ 2008, 281 (283 f.); *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (114), Fn. 44; *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 80 ff.

sungsgerichtlichen Annahme einer Wechselwirkung zwischen dem Maß der Fiktionalisierung von Personen und Geschehnissen und der Intensität der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts, sodass eine starke Intensität eine entsprechend erhöhte Fiktionalisierung erfordere, um eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auszuschließen. Damit käme es letztlich doch auf das Verhältnis der trotz Fiktionalisierung verbleibenden Erkennbarkeit der realen Person in der Romanfigur zur Intensität der Beeinträchtigung an, würde nämlich vom Autor wegen der Stärke der Intensität eine so weitgehende Fiktionalisierung verlangt, dass in der Romanfigur das reale Vorbild gar nicht mehr erkennbar wäre, so fehlte es schon an der Betroffenheit und eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts schiede damit aus (vgl. o. zu IV. 1. b) bb)). Die Erkennbarkeit begründe aber nur die Möglichkeit einer Beeinträchtigung, sie sei jedoch kein Kriterium für die Unterscheidung zwischen literarischer und außerliterarischer Wirklichkeit. Denn die literarische Wirklichkeit sei mit ihrer untrennbaren Mischung von Fiktion und Realem gegenüber der außerliterarischen qualitativ verschieden, mithin besage eine noch so starke Erkennbarkeit nichts für einen Bezug der Romanfigur und ihres geschilderten Verhaltens auf deren Urbild in der Welt der Realität. Dann könne umgekehrt auch eine noch so tiefgreifende Intensität der Beeinträchtigung der persönlichen Sphäre bis hin in den absolut geschützten Intimbereich eine Persönlichkeitsverletzung der realen Person nicht begründen, denn auch die drastischste Ausmalung sexueller Szenen bezöge sich nur auf die betreffenden Romangestalten, ließe aber keinen Schluss auf entsprechende Verhaltensweisen ihrer Vorbilder zu.[107] Im Fall „Esra“ sei es daher verfehlt, die im Roman geschilderten Sexualpraktiken zwischen dem Icherzähler und der Esra sowie das Verhältnis der Esra zu ihrer Tochter auf Geschehnisse zwischen dem Autor und der Klägerin zu 1 und auf das Mutter-Tochter-Verhältnis in der Realität zu beziehen, wie dies das BVerfG tue und hier sogar einen Ausgleich durch einen höheren Fiktionalisierungsgrad ablehne; mangels Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin zu 1 hätte der Verfassungsbeschwerde des Verlages auch insoweit stattgegeben werden müssen.[108] Hinsichtlich der Klägerin zu 2 sei der Erfolg der Verfassungsbeschwerde nur im Ergebnis zu billigen, während die für die Annahme einer ausreichenden Verfremdung gegebene Begründung des Berichts nicht überwiegend aus eigenem Erleben des Icherzählers verfehlt sei, da dieses Stilmittel nichts über einen fehlenden Wirklichkeitsbezug der der Lale zugeschriebenen Charaktereigenschaften besage.[109] Die vom BVerfG praktizierte Abwägung nach der „Je-desto-Formel“ wird von den Kritikern damit als auf einer Kategorienverwechslung beruhend angesehen. Bei Anwendung dieser Formel würde sich der Autor zudem zwischen Skylla und Charybdis bewegen, denn er beeinträchtigte das Persönlichkeitsrecht der Urbilder in jedem Fall, entweder durch geringe Verfremdung wegen der Ähnlichkeit zwischen Romanfigur und Vorbildern, bei zu starker Verfremdung geschähe dies in Form der Verbreitung unwahrer Tatsachen über die realen Personen, eine Situation, die die (frühere) Vorsitzende Richterin des VI. Zivilsenats des BGH als „Paradoxie der Fiktionalität“ bezeichnet hat.[110] Bei konsequentem Festhalten an der kunstspezifischen Betrachtung wäre eine Abwägung zwischen beiden Grundrechten überflüssig. Da der Roman eine gegenüber der realen Wirklichkeit eigenständige künstlerische Wirklichkeit darstelle, könne durch ihn das Persönlichkeitsrecht der realen Romanvorbilder schon *a limine* nicht beeinträchtigt werden. Voraussetzung sei allerdings, dass es sich auch wirklich um einen Roman handelt, nicht um einen Missbrauch der Romanform für die Schilderung realer Personen und Verhältnisse. Dies könne im Einzelfall nicht aus der Leserperspektive, sondern nur durch „literarischen Sachverstand“ festgestellt werden.[111] Die Kritik von Teilen des Schrifttums richtet sich letztlich gegen das vom BVerfG praktizierte Konzept einer einzelfallbezogenen Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit. Die Abwägungsdogmatik führe zu einem konturlosen Richtervorbehalt, der die Entscheidungen kaum noch prognostizierbar werden lasse.[112] Der Grund hierfür wird in der Vagheit und Allgemeinheit der in Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einerseits und in Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG andererseits umschriebenen Grundrechte gesehen, die eine verlässliche Konkretisierbarkeit verhindere und nur nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidungen zulasse.[113]

b) Kunstfreiheitsgarantie unter Zivilrichtervorbehalt

Die vom BVerfG angenommene unmittelbare Beschränkung des Grundrechts der Kunstfreiheit durch das ebenfalls als Grundrecht anerkannte allgemeine Persönlichkeitsrecht wird ferner kritisiert, weil diese Ansicht zu einer Überschreitung der Grenzen führe, die der (Zivil-) Recht-

107 *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 105), BVerfGE 119, 1 (40); ferner *Hoffmann-Riem* (Fn. 43), BVerfGE 119, 1 (51, 57): „Was den Anspruch auf Fiktionalität erhebt, kann auch Persönlichkeitsrechte anderer nicht verletzen“; *Lenski* (Fn. 45), NVwZ 2008, 283 f.; auch *Obergfell* (Fn. 17), JZ 2006, 196 (198) bezüglich des Angebots der Verlages, bestimmte bes. brisante Stellen des Romans zu streichen, da es bei purer Fiktionalität der Romanhandlungen gar keine streichfähigen Passagen geben könne.

108 *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 105), BVerfGE 119, 1 (43 f.).

109 *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 105), BVerfGE 119, 1 (42 f.).

110 *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 80 m. Fn. 103; *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (110 f.).

111 *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 54), BVerfGE 119, 1 (45); *Hoffmann-Riem* (Fn. 43), BVerfGE 119, 1 (58 f.).

112 *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 1), ZUM 2004, 426 (433 f.); *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 67), NJW 2005, 566 ff.; *Horst-Peter Götting,* Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, in: Rainer Jacobs et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag, 2006, 427 (428); auch *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 88.

113 Pointiert *Götting,* in: FS Raue (Fn. 112), 427 (428): „Das BVerfG hat es bis heute nicht vermocht, ein in sich schlüssiges Konzept des Verhältnisses von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz zu entwickeln, das den Rechtsunterworfenen und Rechtsanwendern auch nur ein Mindestmaß an Orientierung ermöglicht. Stattdessen hangelt es sich von Einzelfall zu Einzelfall, ohne dass eine übergreifende Dogmatik erkennbar wird.“ Diese Sätze sind zwar vor Erlass des „Esra“-Beschlusses geschrieben worden, der Verfasser dürfte aber seine Beurteilung auf Grund dieses an der Abwägung festhaltenden Beschlusses nicht geändert haben.

sprechung gegenüber der Gesetzgebung von der Verfassung gezogen seien. Das Grundrecht der Kunstfreiheit entfalte als Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen und damit auch gegenüber dem Eingriff durch ein Zivilurteil, das einer Unterlassungsklage auf Grund des Persönlichkeitsrechts eines von einem Kunstwerk Betroffenen stattgibt, eine unmittelbare Wirkung, die von dem gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an das Grundrecht gebundenen Gericht nach Art. 1 Abs. 2 S. 2 GG zu achten sei.[114] Die Beschränkungen der Kunstfreiheit wie der übrigen vorbehaltslos gewährleisteten Grundrechte durch Grundrechte anderer und sonstige grundlegende Verfassungsbestimmungen (s. o. IV. 1. b) cc) (3)) wirkten hingegen nicht unmittelbar, sondern für sie gelte, da sie die Abwehrbefugnis des Trägers des vorbehaltslos garantierten Grundrechts beeinträchtigten, der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Diese Grundrechtsschranken bedürften daher zu ihrer Verbindlichkeit für die Rechtsprechung, die deren Schutzpflicht nach Art. 1 Abs. 2 S. 2 GG auslöst, erst einer Konkretisierung und „Mediatisierung" durch ein (einfaches) Gesetz. Bei diesem Gesetz müsse es sich um ein der „Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG genügendes Parlamentsgesetz handeln.[115] Für die Beschränkung der Kunstfreiheit durch das im BGB und sonstigen Gesetzen als solches gar nicht erwähnte allgemeine Persönlichkeitsrecht sei aber eine solche gesetzliche Konkretisierung (bisher) nicht erfolgt,[116] obwohl hierfür angesichts der Offenheit und Unbestimmtheit dieses Rechts ein besonderes Bedürfnis bestehe. Die Einordnung als „sonstiges Recht" i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB und die darauf beruhende Herleitung der negatorischen Klage aus einer Analogie zu den §§ 12 S. 2 und 1004 Abs. 1 S. 2 BGB reiche hierfür keineswegs aus.[117] Die bisher erreichte Konkretisierung des Rechts durch die Judikatur genüge für eine eindeutige Schrankenbestimmung der Kunstfreiheit ebenfalls nicht und sie sei vor allem nicht von dem dafür zuständigen parlamentarischen Gesetzgeber vorgenommen worden. Indem die Zivilgerichte aus dem von ihnen selbst kreierten allgemeinen Persönlichkeitsrecht mit Billigung durch das BVerfG unmittelbare Schranken der Kunstfreiheit herleiten, stellten sie das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG statt unter den erforderlichen Gesetzesvorbehalt unter den Vorbehalt der Zivilrechtsprechung.[118]

2. Stellungnahme

Der Fall „Esra" hat erneut die enormen rechtspolitischen Schwierigkeiten ins Licht gerückt, vor denen die Rechtsprechung bei der Erfüllung ihrer Aufgabe gestellt ist, den Konflikt zwischen dem auf Bewahrung ihres persönlichen Bereichs vor den Blicken der Öffentlichkeit gerichteten Interesse der als Vorbild für Figuren der erzählenden Literatur verwendeten realen Personen und dem Interesse der Kunstschaffenden an einer ungehinderten Ausübung ihrer Kunst einer juristisch und rechtspolitisch allgemein befriedigenden Lösung zuzuführen. Als Grund für dieses Dilemma hat sich das Fehlen von einer unmittelbaren Subsumtion des relevanten Tatsachenstoffs zugänglichen Normen in der Rechtsordnung herausgestellt.[119] Das als solches gesetzlich nicht geregelte allgemeine Persönlichkeitsrecht, das für den rechtlichen Schutz der „Urbilder" von Romanfiguren in Betracht kommt, bedarf wegen seiner generalklauselartigen Weite erst der Konkretisierung und Ausfüllung und der die Kunst ohne jeden ausdrücklichen Vorbehalt für frei erklärende Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sagt über mögliche Schranken des Grundrechts gar nichts. Eine „praktische Konkordanz" beider Grundrechte, die einerseits die von einem Romanwerk betroffenen Personen ausreichend schützt, ohne andererseits die Kunstfreiheit in einem ihrer vorbehaltlosen Gewährleistung widersprechenden Maße zu beschneiden, muss daher von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft hergestellt werden.

Die vom BVerfG entwickelte und von den Zivilgerichten als den zuständigen Fachgerichten praktizierte Lösung im Wege einer Abwägung zwischen beiden Grundrechten lässt wegen ihrer Bezogenheit auf den jeweiligen Einzelfall die Bestimmung klarer Grundsätze, an denen sich die Rechtsgenossen für künftige Fälle orientieren können, wie von der Kritik insoweit zu Recht angemerkt, als wenig erfolgreich erscheinen.[120] Im „Esra"-Beschluss selbst wird dies etwa an der Inkonsequenz deutlich, mit der das BVerfG von seiner – an sich zustimmungswürdigen (s. u.) – These der „Doppelwirkung" eines Romans auf literarischer und auf außerliterarischer Ebene für Schilderungen aus der Intim- und Sexualsphäre sowie der Mutter-Kind-Beziehung abgeht, indem es hier einen Ausgleich der Intensität der Beeinträchtigung durch ein entsprechend hohes Maß an Fiktionalisierung nicht zulässt, sondern allein auf die Wirkung im außerliterarischen Bereich abstellt. Ebensowenig zu überzeugen vermag die Begründung für die unterschiedliche Entscheidung bezüglich der beiden Klägerinnen. Der Umstand, dass der Autor den Icherzähler negative Charakterzüge usw. der Lale nicht aus eigenem Erleben heraus, sondern auf Grund von Information durch Dritte schildern lässt, erlaubt keinen Schluss auf die Fiktionalität des Geschilderten und damit auf dessen fehlende Zuordnung zu der Vorbildperson. Das BVerfG hätte das Ausmaß der Fik-

114 *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (115), m. Fn. 49.

115 *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (116, 122 f.).

116 Überblick über die bisher diesbezüglich unternommenen (gescheiterten) Versuche bei *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (120 ff.).

117 *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (108), Fn. 10.

118 *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (108).

119 Treffend *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 10: „In einem Bereich, auf dem es weder eindeutige gesellschaftliche Regeln noch kodierte Normen gibt, muss […] ein Gericht sozusagen von heute auf morgen, weil ein Kläger dies beantragt, über Sachverhalte entscheiden, für deren Entscheidung es kaum Grundlagen oder Anhaltspunkte gibt."

120 *Josef Isensee,* Kunstfreiheit im Streit mit Persönlichkeitsschutz, AfP 1993, 619 (625): „Es geht um die Abwägung gleichartiger Güter der Verfassung. Doch es ist unklar, wie viel sie wiegen, worin das richtige Gleichgewicht besteht, wie die Waage zu halten ist. […] Folge [*scil.* der Abwägung durch die Judikatur] ist der Rekurs auf den Einzelfall, damit aber der Verzicht auf operationable rechtliche Maximen, der Verlust an Berechenbarkeit und Transparenz, die Entwertung des Gesetzes."

tionalisierung unabhängig von diesem Umstand ermitteln und je nach dem sich daraus ergebenden Verhältnis zur Intensität der Beeinträchtigung der Klägerin zu 2 über die Verfassungsbeschwerde auch hinsichtlich dieser Klägerin entscheiden müssen. In der vom BVerfG gegebenen Begründung des Ergebnisses (insoweit Erfolg der Verfassungsbeschwerde) liegt sicher die größte Schwäche des Beschlusses.

Es soll nunmehr noch knapp auf einige der von den Kritikern der Abwägungsdogmatik favorisierten Alternativlösungen eingegangen werden. Diese Vorschläge, bei denen es sich allerdings teilweise nur um einzelne Überlegungen und Anregungen, nicht um ausgearbeitete Konzeptionen handelt, müssten besser prognostizierbare und dabei den legitimen Interessen beider Seiten gerecht werdende Entscheidungen gewährleisten.

Die hauptsächlich in den beiden Sondervoten zum „Esra"-Beschluss näher entwickelte Auffassung, die auch einem sich mehr oder weniger eng an die reale Welt anlehnenden Werk der erzählenden Literatur unter Ablehnung der von der Senatsmehrheit konstatierten Doppelwirkung eine Wirkung ausschließlich im literarisch-ästhetischen Bereich zuschreibt (s. o. V. 1. a)), führt im Allgemeinen gewiss zu eindeutigeren Ergebnissen. Käme den Figuren und Geschehnissen des Romans lediglich Fiktionalität zu, so könnte das Persönlichkeitsrecht der außerliterarischen Urbilder in der Tat niemals beeinträchtigt werden, sodass sich eine Abwägung dieses Rechts mit dem Grundrecht der Kunstfreiheit von vornherein erübrigen würde und ein Unterlassungsanspruch zu verneinen wäre; das Persönlichkeitsrecht könnte sich dann, wie dies die Senatsmehrheit als Grund für die Ablehnung dieser Ansicht formuliert, gegen die Kunstfreiheit niemals durchsetzen.[121] Die These von der Wirkung des Romans allein als Fiktion steht und fällt mit der Richtigkeit ihrer Voraussetzung, der Leser, jedenfalls der literarisch einigermaßen bewanderte, werde den Romaninhalt als rein fiktional auffassen und deshalb keine Parallele zur Welt des Realen annehmen. Diese eine Tatsachenbehauptung, nicht ein rechtliches Postulat darstellende Prämisse dürfte aber kaum realitätsnah sein. Die optimistische Annahme, der Leser literarischer Texte gehe – auch bei noch so deutlicher Anlehnung an die Wirklichkeit – stets oder typischerweise von der reinen Fiktionalität des Geschilderten aus, ist, wie gerade auch Kenner des Literaturbetriebs betonen, in dieser Allgemeinheit nicht zu halten.[122] Auch ein mit Literatur vertrauter „mündiger" Leser ist nur ein Mensch und als solcher nicht frei von der zutiefst menschlichen Eigenschaft der Neugier, die ihn beim Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte zu Spekulationen darüber veranlassen kann, welche Romanfiguren Vorbilder in welchen realen Personen haben („who is who"[123]) und ob die Verhaltensweisen der Abbilder im Roman denjenigen der Urbilder in der Wirklichkeit entsprechen, wobei, ebenfalls natürlich, die Intim- und Sexualsphäre mit den wichtigsten Gegenstand dieser Neugier ausmacht. Dies gilt zumal für gewisse Tendenzen der Literatur der Postmoderne, die Ähnlichkeit von Romanwelt und realer Welt, auch außerhalb des Schlüsselromans im eigentlichen Sinne, bewusst als „ästhetischen Stimulus"[124] einzusetzen, die eine Scheidung des Fiktiven vom Nichtfiktiven vollends illusorisch werden lässt. Sind aber schon im Werk selbst Fiktion und Wirklichkeit untrennbar miteinander verschränkt, so ist der Leser zu einer Trennung beider Bereiche erst recht außerstande.[125] Dass ein Romanwerk eine Wirkung in der Literatur, aber auch in der Realität entfaltet, wie dies das BVerfG meint, lässt sich hiernach kaum bestreiten.[126]

Überdies ist auch die eine Wirkung ausschließlich in der literarischen Sphäre behauptende Gegenmeinung zu einer Abgrenzung mit den entsprechenden Grauzonen gezwungen, nämlich zwischen Literatur und Nichtliteratur oder allgemeiner zwischen Kunst und Nichtkunst, da ein fälschlicherweise als Roman bezeichnetes, aber der Sache nach Reales darstellendes Schriftwerk natürlich keine Wirkung in der Fiktionalität auslösen kann. Damit stellt sich letztlich das Problem einer Definition des Kunstbegriffs, die in der heutigen von ständigen „Revolutionen" im Kunstbereich[127] gekennzeichneten Zeit außerordentlichen Schwierigkeiten begegnet.[128] Vor diesen Schwierigkeiten steht natürlich auch der Literatursachverständige, der im Rechtsstreit über die Romaneigenschaft der streitgegenständlichen Schrift entscheiden soll, wobei sogar eine Verbindlichkeit des Sachverständigengutachtens für das Gericht, also insoweit eine Durchbrechung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung gefordert worden ist.[129] Damit hinge der Prozessausgang von der spezifischen Kunstauffassung des (zufällig) vom Gericht bestellten Sachverständigen ab.[130] Der mangelnde Konsens in der Kunsttheorie über den Kunstbegriff

121 BVerfGE 119, 1 (29), Rn. 85.

122 Vgl. *Remigius Bunia,* Warum stört es die Literaturwissenschaft, dass Literatur Wirkungen hat?, FAZ v. 13.10.2007, Nr. 238, S. 39; *Zielcke,* Nach dem „Esra"-Verbot: Denn sie wissen genau, was sie tun, SZ v. 16.10.2003.

123 Hierzu *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 15.

124 So *Zielcke* (Fn. 122), SZ v. 16.10.2003.

125 Treffend *Obergfell* (Fn. 70), ZUM 2007, 910 (913).

126 Zutreffend *Obergfell* (Fn. 70), ZUM 2007, 910 (913 f.).

127 Treffende Charakterisierung im Sondervotum *Hoffmann-Riem* (Fn. 43), BVerfGE 119, 1 (48, 50): „Kunst erfindet die Art der Konstruktion von Realität immer neu, stellt den Maßstab des Ästhetischen immer wieder in Frage und bestimmt ihn variierend. Viele Kunstwerke zielen auf Überschreitung bisher anerkannter Grenzen und die Künstler beteiligen sich an Entgrenzungen und Vermischungen hinsichtlich tradierter und neu entwickelter Kategorien."

128 *Isensee* (Fn. 120), AfP 1993, 619 (622): Die im 19. Jh. noch leidliche Konturiertheit des Kunstbegriffs ist „in der neueren Entwicklung wieder zerflossen in der permanenten Abkehr vom Hergebrachten, in immer rascherer Veränderung, in ästhetischer Destruktion, im Aleatorischen, in der Entgrenzung des Kunstbegriffs. Wer unter der heutigen Produktion zwischen Kunst und Nichtkunst unterscheiden will, kann sich nicht auf anerkannte Maßstäbe stützen. Er findet keine handwerklichen Standards, an die seine ästhetische Wertung anknüpfen könnte. Es gibt keine Kanones."

129 So von *Schick* (Fn. 45), JZ 1970, 645 ff.

130 *Isensee* (Fn. 120), AfP 1993, 619 (622): „ […] hier verschiebt sich nur das Dilemma, was Kunst ist, zu der Frage, wer Kunstsachverständiger ist. In praxi fällt die Rolle den Vertretern des etablierten Kulturbetriebs zu, den Oligarchen des Feuilletons und des Nachtstudios."

spricht auch gegen in Teilen des Schrifttums angedachte Lösungsversuche im Wege einer vom BVerfG bisher vermiedenen stärkeren Konturierung des verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs und damit einer Konkretisierung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit durch Einschränkung von dessen Umfang. Diese Einschränkung lasse dann den wirklichen Kunstwerken einen „weiten Spielraum", der eine Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Grundrechtsschranken teilweise überflüssig machen würde.[131] Auch nach dieser Ansicht ist also eine Abwägung nicht völlig entbehrlich, wobei es sich allerdings um eine nach bestimmten Kriterien vorzunehmende „Risikoabwägung" handeln soll.[132] Einer Anwendung des Grundsatzes „*in dubio pro libertate*" steht überdies entgegen, dass es hier nicht um die Kunstfreiheit als Abwehrrecht gegen die Staatsgewalt geht, sondern um das Verhältnis zweier Privater als Grundrechtsträger; eine Erweiterung der Freiheit des einen (Kunstschaffenden) hätte dann eine entsprechende Beschränkung der Freiheit des anderen (Inhabers des Persönlichkeitsrechts) zur Folge.[133] In die gleiche Richtung einer Differenzierung nach der Werkqualität zielt die Überlegung, für die Frage einer rechtswidrigen Persönlichkeitsbeeinträchtigung auf den Rang des betreffenden Romans abzustellen. Je höher dieser Rang zu bemessen ist, desto weniger soll ein Unterlassungs- oder Entschädigungsanspruch des Betroffenen in Betracht kommen.[134] Eine Verwirklichung dieses Vorschlags würde zwar die immer wieder geäußerte Befürchtung beseitigen, unter der gegenwärtigen Rechtsprechung wären auch manche großen Werke der Weltliteratur (*Goethes* „Werther", *Thomas Manns* „Buddenbrooks", *Prousts* „Auf der Suche nach der verlorenen Zeit", ja selbst *Dantes* „Göttliche Komödie") einem Verbot wohl nicht entgangen.[135] Der Rang eines Kunstwerks ist aber – gerade bei dem heutigen Fehlen auch nur einigermaßen unbestrittener Kriterien – im für die rechtliche Betrachtung entscheidenden Grenzbereich auch bei sachverständiger Beratung des Gerichts kaum mit der notwendigen Eindeutigkeit zu bestimmen und er ist ferner dem zeitlichen Wandel unterworfen, z. B. scheint sich in jüngster Zeit eine neue Beurteilung der bisher als leichte Unterhaltungsliteratur eingeordneten Romane von *J. M. Simmel* in Richtung anspruchsvollerer Erzählkunst abzuzeichnen. Vor allem aber dürften die klassischen Werke jenes von der Rechtsprechung zur Vermeidung einer Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung der Vorbildpersonen geforderte Maß an Verfremdung der Wirklichkeit fraglos durchweg aufweisen.[136]

Den vorstehend behandelten Lösungsvorschlägen und Anregungen kann hiernach keine durchschlagende Überlegenheit über die Konzeption der Rechtsprechung bescheinigt werden. Viel geholfen wäre, wenn es endlich zu einer schon zweimal versuchten, aber von der Medienlobby verhinderten gesetzlichen Regelung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts käme, die schon zur Wahrung des Vorbehalts des Gesetzes erforderlich ist (vgl. o. V.1.b)). Hierbei dürfte sich aber der Gesetzgeber nicht darauf beschränken, lediglich die von der Rechsprechung zu diesem Recht entwickelten Grundsätze in Paragraphenform zu gießen, sondern der Inhalt des Persönlichkeitsrechts müsste möglichst prägnant umschrieben werden, soweit dies mit seinem Charakter als Auffangrecht vereinbar ist. Einen Schwerpunkt der Regelung müsste die Bestimmung des Verhältnisses zur Kunstfreiheit bilden. Damit würden die verfassungsimmanenten Schranken dieses Grundrechts konkretisiert, was Aufgabe des (einfachen) Gesetzgebers ist und wozu ihm auch ein eigener Entscheidungsspielraum zuzuerkennen ist.[137]

Mit dem Erlass eines Gesetzes zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist jedoch in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Als Möglichkeit, gleichwohl präzisere Entscheidungsgrundlagen zu gewinnen, verdient der Vorschlag Beachtung, die der in den §§ 22, 23 KUG getroffenen Regelung zugrunde liegende Konzeption des Rechts am eigenen Bild für die Problematik der unautorisierten Verwendung einer Person als Vorbild für eine Romanfigur fruchtbar zu machen.[138] Eine solche Verwendung könnte dann in entsprechender Anwendung der Ausnahmetatbestände des § 23 Abs. 1 KUG, insbesondere der dort in Nr. 1 (Personen der Zeitgeschichte) und Nr. 4 (höheres Interesse der Kunst) normierten, ohne Einwilligung der Vorbildperson zulässig sein, sodass die erwünschte Differenzierung zwischen prominenten, wie im Fall „Mephisto", und nicht prominenten Betroffenen, wie im Fall „Esra", möglich wäre. Dogmatische Voraussetzung wäre aber die Anerkennung eines Rechts der (natürlichen) Person, über ihre Verwendung als Vorbild für eine literarische Figur zu bestimmen, etwa als „Recht am eigenen Lebensbild"[139] oder als „Recht auf mediale Selbstbestimmung"[140], aus dem sich das – durch die Ausnahmen analog § 23 Abs. 1 KUG durchbrochene – grundsätzliche Einwilligungserfordernis entsprechend § 22 KUG ergäbe. Ob ein derartiges Recht, aus dem dann eine Schranke der Kunstfreiheit folgen würde, anzuerkennen ist, erscheint aber als problematisch. Ein Recht am eigenen Lebensbild, das dar-

131 In diesem Sinne *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 1), ZUM 2004, 426 (433 ff.); *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 67), NJW 2005, 566 ff.; *Lenski* (Fn. 45), NVwZ 2008, 281 (282 f.); ähnlich *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), KUR 2003, 81, 88; vgl. auch schon *Erbel* (Fn. 45), DVBl 1969, 863 ff.

132 *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 67), NJW 2005, 566 (568).

133 So zutr. *Isensee* (Fn. 120), AfP 1993, 619 (628).

134 So *Raue,* Die neue Klagelust (Fn. 4), S. 157, 162; für Berücksichtigung der „Schöpfungshöhe" als einen Abwägungsgesichtspunkt auch *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 102 f.

135 So u. a. *Hans-Joachim Keller,* Zum Verhältnis von Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, UFITA 79 (1977), 89; *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 1), ZUM 2004, 426; *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat (2009), 107 f.; *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2) S. 16 ff.; Sondervotum *Hohmann-Dennhardt/Gaier* (Fn. 54), BVerfGE 119, 1 (37, 41).

136 *Ulrich Greiner,* Die Rechte der Person, Die Zeit v. 27.07.2006: „Die Größe der Genannten [(*scil. Goethe* usw.)] besteht eben darin, dass es ihnen gelang, die Elemente der Realität derart in ihrem Werk einzuformen, dass Ähnlichkeit erkennbar wurde, nicht aber Identität. […] Biller kam es ganz offensichtlich darauf an, konkrete Personen identifizierbar zu machen."

137 So zu Recht *Isensee* (Fn. 120), AfP 1993, 619 (628).

138 Vgl. *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 93 ff.; *Götting,* in: FS Raue (Fn. 112), 427 (435 ff.).

139 Hierzu *v. Becker,* Fiktion (Fn. 2), S. 93 ff.

140 So *Götting,* in: FS Raue (Fn. 112), 427 (435 ff.).

auf gerichtet wäre, nicht als Vorbild für eine literarische Gestalt zu dienen, lehnt das BVerfG explizit ab[141] und nach einer im Schrifttum vertretenen Meinung kann ein solches Recht nur durch ein formelles Gesetz begründet werden.[142] Zudem müsste bei Erfüllung eines Ausnahmetatbestandes analog § 23 Abs. 1 KUG ein der Verwendung als Romanvorbild entgegenstehendes berechtigtes Interesse entsprechend § 23 Abs. 2 KUG geprüft werden, was letztlich wiederum eine Abwägung mit dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG) bzw. dem Kunstinteresse (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG) erforderte.

VI. Schlussbemerkung

Das aus der Untersuchung des Falles „Esra" zu gewinnende Fazit fällt ernüchternd aus. Eine präzise rechtliche Grundlage, die eine über die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls hinausgehende Entscheidung der Kollisionsfälle von Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit möglich machte, liefert auch der „Esra"-Beschluss des BVerfG nur in beschränktem Maße. Jedoch eignen sich die diversen anderweitigen Lösungsversuche im Schrifttum hierfür oft noch weniger. Dieses Dilemma ist in der Sache selbst begründet; es beruht auf der weitgehenden Unbestimmtheit der Schranken der sich hier gegenüberstehenden Grundrechtspositionen, die auch eine befriedigende gesetzliche Regelung als fraglich erscheinen lässt. Die „Esra"-Entscheidung ist angesichts dieser grundlegenden Schwierigkeit trotz gewisser dogmatischer Schwächen und innerer Widersprüche zur Entscheidung sicher immer wieder auftretender künftiger Fälle prinzipiell durchaus geeignet. Dies gilt vornehmlich für die gegenüber dem „Mephisto"-Beschluss stärkere Betonung des fiktionalen Charakters eines Romaninhalts, aber auch für das statuierte Erfordernis, daneben auch die Wirkung insbesondere eines „realistischen" Literaturwerkes in der außerliterarischen Welt angemessen zu berücksichtigen. Es bleibt somit abzuwarten, wie die Zivilgerichte die vom BVerfG entwickelten Maximen, die einen weiten Spielraum für Einzelfallerwägungen eröffnen, in Zukunft handhaben werden. Ein neuer Rechtsstreit könnte schon mit dem soeben erschienenen Roman „Die ganze Wahrheit" von *Norbert Gstrein* ins Haus stehen, dessen Hauptfigur deutliche Ähnlichkeit mit der Witwe von *Siegfried Unseld,* dem früheren Chef des Suhrkamp-Verlages, aufweist, die nach dem Tode ihres Mannes die Leitung des Verlages übernommen hat. Zur juristischen Absicherung gegen eine mögliche Klage dieses „Urbildes" soll *Gstrein* seinen Roman bewusst unter Berücksichtigung der Vorgaben des „Esra"-Beschlusses konzipiert haben.[143]

141 BVerfGE 119, 1 (28), Rn. 84.

142 So *Vosgerau* (Fn. 54), Der Staat 48 (2009), 107 (125).

143 Vgl. hierzu *Richard Kämmerlings,* Die ganze Wahrheit über Suhrkamp, FAZ v. 18.06.2010, Nr. 138, S. 33; *ders.,* Den Teufel siezt man schließlich auch nicht, FAZ v. 14.08.2010, Nr. 187, Literatur Z 5; *Urs Jenny,* So ein verrücktes Huhn, in: Der Spiegel v. 09.08.2010, Nr. 32, S. 106 („Möchtegernschlüsselroman").