

Commercieel portretrecht in Duitsland

MARTIN SENFTLEBEN*

Het Duitse ‘Recht am eigenen Bild’ heeft zijn verdere ontwikkeling in het jongere verleden ongetwijfeld in betekende mate te danken aan Caroline von Monaco.¹ Centraal staat de zaak Hannover/Duitsland waarin het EHRM de hoogste Duitse gerechten uiteindelijk een overtreding van art. 8 EVRM attesteerde.² De zaak had betrekking op de publicatie van foto’s waarop de prinses bij het verrichten van privé-handelingen, zoals boodschappen doen en fietsen, werd getoond. Voor zover het niet om privacybescherming maar om verzilverbare populariteit gaat, is in de afgelopen jaren echter een andere ‘grande dame’ in het voetlicht van gerechtelijke uitspraken getreden. De zaken omtrent Marlene Dietrich hebben de Duitse rechter aanleiding gegeven om het portretbegrip, de contouren van het commerciële portretrecht en de voorwaarden voor ongeautoriseerd portretgebruik nader uit te werken en tevens de vraag van portretmerken aan de orde te stellen.³ In deze bijdrage zullen na enkele inleidende opmerkingen deze aspecten van het Duitse portretrecht worden besproken.

* Martin Senftleben is hoogleraar Intellectuele eigendom aan de Vrije Universiteit Amsterdam en rechtsanwalt bij Bird & Bird, Den Haag.

1 Zie BGHZ 128, p. 1, GRUR 1995, p. 224 – Caroline von Monaco I; BGHZ 131, p. 332, GRUR 1996, p. 923 – Caroline von Monaco II. Zie verder BGH GRUR 1999, p. 1034 – Ernst August von Hannover; BVerfG 26 april 2001, NJW 2001, p. 1921 – Ernst August von Hannover; BGH 6 maart 2007, zaaknummer VI ZR 13/06, NJW 2007, p. 1981; GRUR 2007, p. 523 m. nt. H.P. Götting; BGH 1 juli 2008, zaaknummer VI ZR 67/08, online verkrijgbaar op www.bundesgerichtshof.de. Voor een bespreking van de recente uitspraken zie C. Teichmann, ‘Abschied von der absoluten Person der Zeitgeschichte’, NJW 2007, p. 1917.

2 Zie EHRM 24 juni 2004, zaaknummer 59320/00, Mf 2004, p. 252 m. nt. G.A.I. Schuijt; NJW 2004, p. 2647; JZ 2004, p. 1015 m. nt. R. Stürner. Het BVerfG was het in die zaak grotendeels eens met het BGH. Zie BVerfG 15 december 1999, zaaknummer 1 BvR 653/96 – Caroline von Monaco, BVerfGE 101, p. 361, NJW 2000, p. 1021, GRUR 2000, p. 446, aan de ene kant en BGH – Caroline von Monaco I, supra noot 1, aan de andere kant. Voor een bespreking van de uitspraken zie A. Ohly, ‘Harmonisierung des Persönlichkeitsrechts durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte?’, GRUR Int. 2004, p. 902; S. Engels/U. Jürgens, ‘Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz’, NJW 2007, p. 2517.

3 Zie BGH 1 december 1999, zaaknummer I ZR 49/97 – Marlene Dietrich, BGHZ 143, p. 214, NJW 2000, p. 2195, GRUR 2000, p. 709 m. nt. G. Wagner, JZ 2000, p. 1056 m. nt. H. Schack; BGH 1 december 1999, zaaknummer I ZR 226/97 – Der blaue Engel, GRUR 2000, p. 715; BGH 14 mei 2002, zaaknummer VI ZR 220/01 – Marlene Dietrich II, GRUR 2002, p. 690; BGH 24 april 2008, zaaknummer I ZB 21/06 – Marlene-Dietrich-Bildnis, GRUR 2008, p. 1093 m. nt. H.P. Götting; BPatG 9 november 2005, zaaknummer 29 W (pat) 147/03 – Porträtfoto Marlene Dietrich, GRUR 2006, p. 333.

INLEIDING

Wie in het Duitse Urheberrechtsgesetz (UrhG) op zoek gaat naar regels met betrekking tot portretten komt in het hoofdstuk over beperkingen van het auteursrecht slechts een beperking van de auteursrechten van de portretmaker tegen. Volgens § 60 UrhG mogen met name de opdrachtgever (resp. diens rechtsopvolger) en de geportretteerde (resp. na diens dood zijn nabestaanden) het portret zonder toestemming verveelvoudigen en voor niet-commerciële doeleinden verspreiden. De auteursrechtelijke regeling blijft dus beperkt tot een in wezen auteurscontractenrechtelijke maatstaf voor het gebruik van in opdracht gemaakte portretten.⁴

Wat betreft het recht van de geportretteerde om zelf de verspreiding en openbaarmaking van zijn portret te controleren zijn daarentegen nog steeds de regels beslissend die in het Kunsturhebergesetz (KUG) van 9 januari 1907 – een voorloper van het 1965 in werking getreden Urheberrechtsgesetz – zijn neergelegd.⁵ § 22 KUG bevat de grondregel dat portretten ‘nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden [dürfen].’ Van de vereiste toestemming mag in geval van twijfel worden uitgegaan indien de geportretteerde een honorarium voor het portretteren heeft ontvangen. Post mortem is tijdens een periode van 10 jaren de toestemming van de nabestaanden vereist.⁶

§ 23 lid 1 KUG biedt in een reeks uitzonderingsgevallen ruimte voor het gebruik van portretten zonder toestemming van de geportretteerde. De bepaling beoogt de informatievrijheid te waarborgen.⁷ In de (pers-)praktijk speelt met name § 23 lid 1 nr. 1 – de ongeautoriseerde openbaarmaking van ‘Bildnisse[n] aus dem Bereiche der Zeitgeschichte’ – een centrale rol. Vrijgesteld van het toestemmingsvereiste zijn daarnaast ‘Bilder, auf den Personen nur als Beiwerk [...] erscheinen’, ‘Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen’, evenals de openbaarmaking van portretten ten behoeve van ‘einem höheren Interesse der Kunst’.⁸ De uitzonderingen van § 23 lid 1 zijn echter onderhevig aan een aanvullende belangen-

4 Dienovereenkomstig worden afwijkende contractuele overeenkomsten toelaatbaar geacht. Zie M. Vogel, in: G. Schricker, ‘Urheberrecht – Kommentar’, derde druk, München: C.H. Beck 2006, p. 1168. Ten opzichte van de omvangrijkere, in de Nederlandse Auteurswet opgenomen regeling zie J.H. Spoor/D.W.F. Verkade/D.J.G. Visser, ‘Auteursrecht’, derde druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 303.

5 Zie § 141 nr. 5 UrhG waarin het KUG wordt opgeheven ‘soweit es nicht den Schutz von Bildnissen betrifft’.

6 Deze regels zijn expliciet in § 22 KUG opgenomen. Nabestaanden in de zin van het KUG zijn volgens § 22 ‘der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten, und wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.’

7 Ten opzichte van de ratio van § 23 KUG zie H.P. Götting, in: G. Schricker, ‘Urheberrecht – Kommentar’, derde druk, München: C.H. Beck 2006, p. 1199.

8 Zie § 23 lid 1 nr. 2-4 KUG.

afweging. Volgens § 23 lid 2 mag een uit het eerste lid voortvloeiende bevoegdheid de legitieme belangen van de geportretteerde (resp. van zijn nabestaanden na diens dood) niet schenden.

Vanuit systematisch perspectief constitueert het in § 22 KUG neergelegde ‘Recht am eigenen Bild’ een bijzondere vorm van het in Duitsland erkende algemene persoonlijkheidsrecht.⁹ Volgens de rechtspraak van het BGH en het BVerfG rust het algemene persoonlijkheidsrecht op de artt. 2 lid 1 en 1 lid 1 van het Duitse Grundgesetz (GG).¹⁰ Als een ‘sonstiges Recht’ in de zin van § 823 lid 1 van het Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) geniet het op civielrechtelijk terrein bescherming tegen onrechtmatige daad. Het verband tussen het bijzondere portretrecht (§ 22 KUG) en het algemene persoonlijkheidsrecht (artt. 1 en 2 GG) heeft belangrijke gevolgen: Buiten het toepassingsgebied van de bijzondere, in §§ 22, 23 KUG neergelegde, regels blijft een beroep op het algemene persoonlijkheidsrecht mogelijk.

Deze aanvullende werking is vooral in twee opzichten relevant. Ten eerste betreft § 22 KUG slechts het verspreiden en uitstellen van portretten. Een verbod van andere handelingen, zoals het maken en verveelvoudigen, wordt door een beroep op het algemene persoonlijkheidsrecht mogelijk.¹¹ Ten tweede beperkt § 22 KUG de beschermingsduur van het portretrecht tot 10 jaren na de dood van de geportretteerde. Het algemene persoonlijkheidsrecht kan op basis van de garantie van ‘Menschenwürde’ in art. 1 lid 1 GG een langere, post mortem voortdurende beschermingstermijn opleveren. In de zaak Emil Nolde werd bijvoorbeeld ook 30 jaren na overlijden een beroep op het algemene persoonlijkheidsrecht toegelaten.¹² In tegenstelling tot de vaste termijn van 10 jaren uit § 22 KUG is het voortduren van het algemene persoonlijkheidsrecht echter afhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval. Beslissend is volgens het BGH een ‘fortwirkende[s] Lebensbild der Persönlichkeit’.¹³ Bovendien dient rekening te worden gehouden met het vereiste dat het aanzien van de overledene op ongeoorloofde wijze wordt gekleineerd.¹⁴

9 Hetzelfde geldt voor het uit § 12 BGB volgende ‘Recht zum Gebrauch eines Namens’.

10 Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 711-712; BVerfG – Caroline von Monaco, supra noot 2, NJW 2000, p. 1021.

11 Zie Götting, supra noot 7, p. 1187-1188.

12 Zie BGH 8 juni 1989, BGHZ 107, 384 – Emil Nolde, GRUR 1995, p. 668, JZ 1990, p. 37 m. nt. H. Schack. Dat het algemene persoonlijkheidsrecht ook post mortem kan voortduren werd reeds eerder erkend in de Mephisto-zaak. Zie BGHZ 50, p. 133, NJW 1968, p. 1773, GRUR 1968, p. 552; BVerfGE 30, p. 173.

13 Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 713.

14 Zie Götting, supra noot 7, p. 1194.

PORTRETBEGRIIP

Wat is het verband tussen ‘blauwe engelen’ en dit vlechtwerk van persoonlijkheidsrechten? Het antwoord ligt besloten in een 1993 verschenen krantenadvertentie waarin met een scène uit de film ‘Der blaue Engel’ met Marlene Dietrich in de hoofdrol van een barzangeres reclame voor een fotokopieerapparaat werd gemaakt. De advertentie betrof de beroemde scène waarin Marlene Dietrich zittend, in adembenemende pose het lied ‘Ich bin von Kopf bis Fuß auf Liebe eingestellt’ zingt. De overname van deze scène had op zich weinig aanleiding gegeven om de reikwijdte van het portretbegrip te verduidelijken. De advertentie bevatte echter geen reproductie van de originele filmscène met de ‘echte’ Marlene Dietrich. Veeleer was sprake van een imitatie. In plaats van Marlene Dietrich was in de krant een double met andere gelaatstrekken te zien. De reclame riep met andere woorden niet onmiddellijk de persoon van Marlene Dietrich op – maar wél Marlene Dietrich in de rol van de barzangeres in ‘Der blaue Engel’.



In zijn bespreking van deze bijzondere constellatie definieert het BGH het portret in de zin van § 22 KUG ruim. Het gaat om ‘die Darstellung einer Person, die deren äußere Erscheinung in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt.’¹⁵ Beslissend is dus de herkenbaarheid voor derden. De afbeelding van een dubbelganger valt volgens deze maatstaf als portret van de beroemde persoon te beschouwen, indien de indruk ontstaat dat de dubbelganger de beroemde persoon was. Met het oog op de concrete constellatie maakt het BGH verder duidelijk dat het in deze context niet van belang is op grond van welke uiterlijke kenmerken de beroemde persoon herkenbaar wordt. De imitatie van de barzangeres uit ‘Der blaue Engel’ is dus voldoende om het portretrecht van Marlene Dietrich te schenden. Het BGH concludeert dat daardoor de indruk van een afbeelding van Marlene Dietrich in deze rol wordt gewekt:

‘In der Abbildung eines Doppelgängers, der einer berühmten Person täuschend ähnlich sieht, liegt ein Bildnis dieser Person. Das gleiche gilt, wenn der Eindruck, es handele sich um die berühmte Person, nicht aufgrund einer Ähnlichkeit der Gesichtszüge, sondern auf andere Weise (hier durch Nachstellen einer berühmten Szene mit Marlene Dietrich aus dem Film ‘Der blaue Engel’) erzeugt wird.’¹⁶

¹⁵ Zie BGH – Der blaue Engel, supra noot 3, GRUR 2000, p. 716.

¹⁶ Zie BGH – Der blaue Engel, supra noot 3, GRUR 2000, p. 715 en 717.

Het BGH hanteert dus een ruime maatstaf van herkenbaarheid. Zelfs de imitatie van een beroemde filmscène leidt tot de herkenbaarheid van Marlene Dietrich en levert een portret van de grote actrice op. Wordt op deze manier niet eigenlijk stilzwijgend een associatiecriterium in het Duitse portretrecht geïntroduceerd?¹⁷

CONTOUREN VAN HET COMMERCIEËLE PORTRECHT

De mijlpaal in de ontwikkeling van het commerciële portretrecht is echter een ander vonnis dat eveneens betrekking heeft op de persoonlijkheid van Marlene Dietrich. Een jaar na de dood van Marlene Dietrich op 6 mei 1992, werd in Berlijn de musical ‘Sag mir, wo die Blumen sind’ in première gebracht. De producent van dit werk over het leven van Marlene Dietrich had de autofabrikant Fiat het recht verleend om naar aanleiding van de première een speciale productie van de Lancia Y 10 onder de naam ‘Marlene’ op de markt te brengen en in het kader van desbetreffende reclame een portret van Marlene Dietrich te gebruiken. Het programmabladd van de musical bevatte een advertentie van Ellen Betrix, waarin onder de titel ‘Marlene-Look’ met een tekening van Marlene Dietrich reclame voor cosmetica werd gemaakt. Verder ging de musicalproductie gepaard met de verkoop van mokken, horloges, T-shirts etc. die van Marlene-portretten waren voorzien. Maria Riva, de dochter en enige erfgename van Marlene Dietrich, zag in deze marketingactiviteiten een inbreuk op de commerciële persoonlijkheidsrechten die na het overlijden van haar moeder op haar waren overgegaan.

Het BGH had reeds in eerdere uitspraken de mogelijkheid om in te gaan op de commerciële aspecten van het portretrecht. In het eerste vonnis, gewezen in 1956 in de zaak Paul Dahlke, werd een hypothetische licentievergoeding voor ongeautoriseerd portretgebruik in een reclame toegewezen.¹⁸ Dezelfde koers blijkt uit latere arresten.¹⁹ De marketingactiviteiten omtrent de musical ‘Sag mir, wo die Blumen sind’ bood uiteindelijk de mogelijkheid om deze eerdere tendensen samen te vatten en in het grotere kader van het algemene persoonlijkheidsrecht te plaatsen.

In zijn oordeel stelt het BGH voorop dat het door § 823 lid 1 BGB beschermde algemene persoonlijkheidsrecht en zijn bijzondere vormen, zoals het portretrecht (§ 22 KUG) en het naamsrecht (§ 12 BGB), niet alleen de bescherming van ideële maar ook van commerciële belangen van een persoonlijkheid beogen. Het portret, de naam, alsmede andere kenmerken van de persoonlijkheid, zoals de stem, kunnen volgens het BGH een aanzienlijke commerciële waarde hebben. Deze waarde berust op de – meestal door bijzondere prestaties verworven – bekendheid en

¹⁷ Vgl. de bijdrage van Bas Pinckaers over het object van bescherming elders in deze bundel.

¹⁸ Zie BGHZ 20, p. 345, GRUR 1956, p. 427 – Paul Dahlke.

¹⁹ Zie BGH GRUR 1959, p. 430 – Caterina Valente; GRUR 1961, p. 138 – Familie Schölermann; NJW 1979, p. 2205 – Fußballspieler; GRUR 1987, p. 128 – Nena; GRUR 1992, p. 557 – Joachim Fuchsberger.

populariteit van een persoon. Vervolgens is er sprake van een bijzonder belang van bekende personen bij de commerciële exploitatie van hun persoonlijkheidskenmerken, met name in reclame-uitingen.²⁰

De integratie van dit belang in het systeem van persoonlijkheidsrechten vergt specifieke regels. In eerdere arresten had het BGH ten opzichte van ideële aspecten, met name de bescherming van aanzien en waardigheid, uit de grondrechtelijke garanties van artt. 1 en 2 GG het beginsel afgeleid dat het persoonlijkheidsrecht noch overdraagbaar noch erfelijk was. Post mortem kunnen ideële belangen door wettelijk gerechtigde, zoals de nabestaanden in het geval van het portretrecht (§ 22 KUG), of speciaal hiervoor aangewezen in het geval van andere persoonlijkheidsrechten worden gewaarborgd.²¹ Voor commerciële aspecten gelden deze regels echter niet. Het BGH acht in zijn uitspraak over de Marlene Dietrich-musical veeleer erfelijkheid van de commerciële tak van het persoonlijkheidsrecht – waaronder commercieel portretrecht – noodzakelijk om post mortem het portret, de naam en andere verzilverbare persoonlijkheidskenmerken te beschermen tegen aanhaken door een niet gerechtigde derde.²² De vraag betreffende de overdracht en licentiëring van commerciële persoonlijkheidsrechten laat het BGH echter open. Om deze reden is nog steeds omstreden of in het geval van het commerciële persoonlijkheidsrecht sprake is van een volledig intellectueel eigendomsrecht.²³

Een verder verschil tussen de bescherming van ideële en commerciële aspecten betreft de mogelijkheid van schadevergoeding. Smartengeld voor de schending van ideële belangen kan alleen worden toegekend, indien sprake is van een zwaarwegende schending die niet op een andere manier kan worden gecompenseerd.²⁴ Na de dood is deze vorm van schadevergoeding volgens het BGH niet langer realiseerbaar, omdat een overledene geen schade meer kan lijden dat door geld gecompenseerd zou kunnen worden.²⁵ Het vereiste van een zwaarwegende schending geldt echter niet voor de vergoeding van materiële schade die voortvloeit uit de schending van commerciële aspecten van het persoonlijkheidsrecht. Om de bescherming van commerciële persoonlijkheidsrechten ook post mortem tanden te geven en de prestatie van de overledene persoon aan zijn erfgenamen te doen toekomen oordeelt het BGH in de Marlene Dietrich-zaak bovendien dat schade-

²⁰ Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 711-712.

²¹ Zie BGHZ 50, p. 133, NJW 1968, p. 1773, GRUR 1968, p. 552 – Mephisto.

²² Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 713.

²³ Zie de kritische beschouwingen in de noot van Schack, JZ 2000, p. 1062, aan de ene kant en de noot van Wagner, GRUR 2000, p. 718, aan de andere kant. Vgl. de bijdragen van Dick van Engelen en Bernt Hugenholtz elders in deze bundel.

²⁴ Zie BGH – Caroline von Monaco I, supra noot 1, GRUR 1995, p. 224.

²⁵ Zie BGH GRUR 1974, p. 794 – Todesgift; GRUR 1974, p. 797 – Fiete Schulze; GRUR 2000, p. 709 – Marlene Dietrich; onlangs nog eens bevestigd in GRUR 2006, p. 252 – Postmortaler Persönlichkeitsschutz.

vergoeding op grond van de schending van commerciële belangen ook na de dood geclaimd kan worden. Erfgenamen, zoals Maria Riva, beschikken in beginsel over dezelfde aanspraken als de levende rechthebbende.²⁶

Het is opmerkelijk dat het BGH in afwijking van deze differentiërende benadering de twee takken van het persoonlijkheidsrecht op een laatst, centraal punt in de Marlene Dietrich-zaak niet wilde scheiden. Wat betreft de beschermingsduur nam hij de overweging tot uitgangspunt dat de commerciële exploitatie van persoonlijkheidskenmerken zich uit de bescherming van ideële belangen heeft ontwikkeld. Daarom leek het het BGH aannemelijk dat de bescherming van commerciële belangen post mortem even lang kan voortduren als de bescherming van ideële belangen. Houvast biedt in dit verband volgens het BGH de specifieke regeling in § 22 KUG waaruit een beschermingstermijn van 10 jaren na overlijden volgt. Het BGH liet echter de mogelijkheid open dat een langere, uit het algemene persoonlijkheidsrecht (artt. 1 en 2 GG) volgende, bescherming van ideële belangen gepaard kan gaan met eveneens voortdurende bescherming van commerciële aspecten.²⁷

De flexibele beschermingstermijn voor ideële belangen werd zodoende overgenomen in het systeem van commerciële persoonlijkheidsrechten – een beslissing waaronder met name de rechtszekerheid te lijden kan hebben. Om deze reden werd in de literatuur in plaats van de flexibele termijn gepleit voor een parallel met de auteursrechtelijke termijn van 70 jaren post mortem.²⁸ Inmiddels heeft het BGH in de zaak ‘kinski-klaus.de’ echter gekozen voor de generalisering van de termijn uit § 22 KUG:

‘Die Schutzdauer der vermögenswerten Bestandteile des postmortalen Persönlichkeitsrechts ist wie das Recht am eigenen Bild (§ 22 S.3 KUG) auf zehn Jahre nach dem Tod der Person begrenzt.’²⁹

Op deze manier wordt de beschermingsduur voor ideële en commerciële belangen uiteindelijk toch ontkoppeld. Na overlijden genieten alle commerciële belangen – waaronder commercieel portretrecht – tijdens een periode van 10 jaren bescherming. Wat betreft ideële belangen houdt het BGH echter uitdrukkelijk vast aan de mogelijkheid van een langere, flexibele beschermingstermijn.³⁰

²⁶ Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 713-714. Ten opzichte van schadeclaims betekent dit drie mogelijkheden van schadeberekening: concrete schade, hypothetische licentievergoeding en winstafdracht. Vgl. de noot van Wagner, GRUR 2000, p. 718.

²⁷ Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 714.

²⁸ Zie de noot van Wagner, GRUR 2000, p. 719, en Götting, supra noot 7, p. 1197.

²⁹ Zie BGH 5 oktober 2006, zaaknummer I ZR 277/03 – kinski-klaus.de, GRUR 2007, p. 168 m. nt. H.P. Götting.

³⁰ Zie BGH, ibid., p. 170.

Het Marlene Dietrich-arrest leidt tot een bijzonder beschermingsregime voor commerciële persoonlijkheidsrechten. De commerciële tak van het persoonlijkheidsrecht is vatbaar voor erfopvolging en biedt ook na het overlijden van de persoon de mogelijkheid van schadeclaims. De beschermingsduur bedraagt 10 jaren post mortem. De vergaande scheiding van ideële en commerciële aspecten van het persoonlijkheidsrecht blijkt met name uit het feit dat deze aspecten verschillende rechthebbenden kunnen hebben. Terwijl het ideële portretrecht volgens § 22 KUG post mortem in de handen van nabestaanden ligt en andere ideële persoonlijkheidsrechten door speciaal hiervoor aangewezenen gewaarborgd kunnen worden, komt het commerciële portretrecht, net zoals andere commerciële persoonlijkheidsrechten, aan de erfgenamen toe.³¹ De daaruit volgende potentiële splitsing van postmortale ideële en commerciële bevoegdheden strookt met desbetreffende regels op auteursrechtelijk terrein.³²

ONGEAUTORISEERD PORTRETGEBRUIK

Zoals reeds eerder aangeduid laat § 23 KUG de openbaarmaking van portretten zonder de toestemming van de geportretteerde onder bijzondere omstandigheden toe. In het geval van commercieel portretrecht komt een daarop gebaseerd verweer meestal neer op een verwijzing naar § 23 lid 1 nr. 1. Volgens deze bepaling is geen toestemming vereist mits het gaat om afbeeldingen op het gebied van contemporaine geschiedenis. Het BGH maakt in deze context onderscheid tussen absolute en relatieve personen van de contemporaine geschiedenis. Absolute personen staan op grond van hun afkomst, positie, prestatie of daden permanent in de belangstelling van het publiek. Om in algemene informatiebehoeften te voorzien is met betrekking tot portretten van deze personen regelmatig een beroep op § 23 lid 1 nr. 1 mogelijk. Marlene Dietrich valt bijvoorbeeld in deze categorie.³³ Relatieve personen hebben daarentegen slechts een tijdelijke verbinding met de contemporaine geschiedenis. Het toepassingsgebied van § 23 lid 1 nr. 1 blijft in dit geval beperkt tot de concrete gebeurtenis waarin de relatieve persoon een rol speelt.³⁴

Onafhankelijk van de status van de betrokken persoon vergt de toepassing van § 23 KUG een zorgvuldige belangenafweging die in het geval van commercieel gebruik niet zelden uitloopt op een beslissing ten nadele van de gebruiker. Dat geldt met name voor een beroep op § 23 lid 1 nr. 1 in het kader van reclameactiviteiten. In de twee besproken Marlene-arresten kon het BGH bijvoorbeeld volstaan met de volgende opmerking:

31 In die zin uitdrukkelijk BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 714.

32 Zie artt. 2 lid 1 en 25 lid 2 Aw; §§ 11, 28 lid 1, 29 lid 1 UrhG. Wat betreft de situatie in Duitsland dient rekening te worden gehouden met het monistische concept van de Duitse wetgeving dat eveneens het resultaat van gesplitste bevoegdheden kan opleveren. Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 714, en de noot van Schack, JZ 2000, p. 1061. Vgl. Spoor/Verkade/Visser, supra noot 4, p. 3-4.

33 Zie BGH – Marlene Dietrich II, supra noot 3, GRUR 2002, p. 691.

34 Zie Götting, supra noot 7, p. 1204-1214.

‘Auf die Ausnahmebestimmung des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG kann sich jedoch derjenige nicht berufen, der mit der Veröffentlichung keinem schutzwürdigen Informationsinteresse der Allgemeinheit nachkommt, sondern durch Verwertung des Bildnisses eines anderen zu Werbezwecken allein sein Geschäftsinteresse befriedigen will.’³⁵

Dat de vraag van een beroep op § 23 lid 1 nr. 1 KUG in verband met reclame ook genuanceerder kan liggen blijkt uit een verder arrest dat betrekking heeft op Marlene Dietrich. De zaak betrof een op televisie uitgezonden reclamespot waarin de krant ‘Bild’ adverteerde voor een bijzondere bijlage met de titel ‘50 Jahre Deutschland’. Afbeeldingen en documenten van gebeurtenissen uit de geschiedenis van de Bondsrepubliek passeren in deze bijlage de revue. De reclamespot toonde een filmopname met Marlene Dietrich en Hildegard Knef uit de ‘Deutsche Wochenschau’ van 1959. De bijlage van ‘Bild’ bevatte wél een kort bericht en een portret van Marlene Dietrich. Het beeldmateriaal uit de reclamespot was echter niet terug te vinden in de bijlage.

In zijn oordeel stelt het BGH voorop dat door de pers gemaakte reclame voor persproducten onder de grondrechtelijke, in art. 5 lid 1 GG gegarandeerde, persvrijheid valt. Ook al is sprake van portretgebruik voor reclaimedoeleinden, ‘Bild’ mag om deze reden het privilege uit § 23 lid 1 nr. 1 KUG niet van tevoren worden onttrokken. Veeleer is een afweging nodig tussen het grondrechtelijk gegarandeerde persoonlijkheidsrecht enerzijds en de eveneens grondrechtelijk gewaarborgde persvrijheid anderzijds.³⁶ In het kader van deze afweging kan op grond van de persvrijheid niet doorslaggevend worden geacht of het reclaimedoel ook met precies hetzelfde portret bereikt had kunnen worden dat daadwerkelijk in de aangekondigde perspublicatie is opgenomen. Deze maatstaf had de rechter in de vorige instantie gehanteerd. Beslissend is volgens het BGH of gebruik van een ander portret in de reclame in grotere mate afbreuk doet aan het persoonlijkheidsrecht van de geportretteerde dan het gebruik van het portret uit de publicatie. Grotere schade zou kunnen volgen uit het gebruik van een bijzonder onvoordelige afbeelding of het verplaatsen van een portret in een heel andere context. Invloed op de beslissing heeft verder de manier waarop het portret in de reclame wordt gepresenteerd. Indien de indruk wordt gewekt dat de geportretteerde het reclameproduct aanbeveelt en aanprijst, kan inbreuk op het portretrecht voor de hand liggen.³⁷ Zulke omstandigheden deden zich in het concrete geval niet voor. Ondanks gebruik voor reclaimedoeleinden werd het beroep van ‘Bild’ op § 23 lid 1 nr. 1 KUG dus met succes bekroond.

³⁵ Zie BGH – Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2000, p. 714, en BGH – Der blaue Engel, supra noot 3, GRUR 2000, p. 717.

³⁶ Zie BGH – Marlene Dietrich II, supra noot 3, GRUR 2002, p. 691.

³⁷ Zie BGH – Marlene Dietrich II, supra noot 3, GRUR 2002, p. 692. Vgl. BGH GRUR 1979, p. 425 – Fußballspieler; GRUR 1996, p. 195 – Abschiedsmedaille; GRUR 1997, p. 125 – Künstlerabbildung.

PORTRETMERKEN

Rechterlijke uitpraken omtrent afbeeldingen van Marlene Dietrich betreffen ook het gebied van het merkenrecht. De poging om een portret van Marlene Dietrich als merk te deponeren heeft het BGH in een recente beslissing de mogelijkheid geboden om nader in te gaan op de vraag voor welke waren of diensten portretten voldoende onderscheidend vermogen hebben.³⁸ De vorige instantie – het BPatG – had in dit opzicht een opmerkelijk verband gelegd tussen de erkenning van het commerciële portretrecht en de voortschrijdende commercialisering van persoonlijkheidskenmerken enerzijds en het onderscheidend vermogen van portretten anderzijds. Volgens het BPatG brengt de toenemende exploitatie van portretten in het kader van reclame- en merchandisingactiviteiten met zich mee dat de consument het gebruik van portretten van beroemde persoonlijkheden, zoals Marlene Dietrich, in het economisch verkeer slechts als reclamemiddel en niet als herkomstaanduiding opvat. Vervolgens kunnen portretmerken bij gebrek aan onderscheidend vermogen met name niet voor waren worden ingeschreven die als merchandisingartikelen in aanmerking komen. De beroemde persoon zelf heeft echter wél de mogelijkheid om haar portret als merk voor reclamediensten te laten deponeren.³⁹

Het BGH wijst deze redenering af. Het BPatG heeft zijn beoordeling ten onrechte toegespitst op het gebruik van portretten als middel van reclame en merchandising. In verband met de vraag of een portret (concreet) onderscheidend vermogen in de zin van § 8 lid 2 nr. 1 van het Duitse Markengesetz (MarkenG) mist, dient volgens het BGH rekening te worden gehouden met potentiële verdere, in de praktijk belangrijke en voor de hand liggende mogelijkheden van gebruik waarbij een portret van het publiek zonder meer als merk opgevat zou worden.⁴⁰ Het BGH noemt de mogelijkheid dat een portret op het etiket aan de binnenkant van kleding, schoenen of hoofddeksele aangebracht zou kunnen worden. De inschrijving van een portret voor waren die (onder meer) als merchandisingartikelen in aanmerking komen hoeft dus niet noodzakelijkerwijs op grond van mankerend onderscheidend vermogen schipbreuk te lijden.⁴¹

Op een ander punt stemde het BGH echter wél in met het BPatG. Wat betreft waren of diensten die thematisch verbonden zijn met de films, liederen, het leven of de persoon van Marlene Dietrich, zoals posters, foto's, briefkaarten, boeken, DVDs en CDs, ontbreekt het onderscheidend vermogen in de zin van § 8 lid 2

³⁸ Zie BGH – Marlene-Dietrich-Bildnis, supra noot 3, GRUR 2008, p. 1093.

³⁹ Zie BPatG – Porträtfoto Marlene Dietrich, supra noot 3, GRUR 2006, p. 335-337. Vgl. H.P. Götting, 'Persönlichkeitsmerkmale von verstorbenen Personen der Zeitgeschichte als Marke', GRUR 2001, p. 615; K. Sahr, 'Die Marken- und Eintragungsfähigkeit von Persönlichkeitsmerkmalen – Zugleich Anmerkung zu BPatG "Porträtfoto Marlene Dietrich" und "Georg-Simon-Ohm"', GRUR 2008, p. 461.

⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 2001, p. 240 – Swiss Army; GRUR 2005, p. 414 – Russisches Schaumgebäck.

⁴¹ Zie BGH – Marlene-Dietrich-Bildnis, supra noot 3, GRUR 2008, p. 1096.

nr. 1 MarkenG. Met betrekking tot deze waren of diensten wordt het portret van het publiek slechts als een beschrijvende aanduiding van productkenmerken maar niet als herkomstaanduiding begrepen. Beslissend is in zoverre het gewone gebruik van het portret in de desbetreffende branche. In het geval van waren of diensten die met het leven en werk van Marlene Dietrich verband houden, volgt uit deze redenering reeds een weigering op grond van § 8 lid 2 nr. 1 MarkenG. De vraag of aanvullend de weigeringsgrond van § 8 lid 2 nr. 2 MarkenG (beschrijvende tekens) toepasselijk zou zijn laat het BGH onbeantwoord.⁴²

SLOT

Op 11 maart 1999 nam de toenmalige Duitse minister van financiën Oskar Lafontaine – na relatief korte tijd in deze functie – ontslag. Naar aanleiding van deze politieke ontwikkeling gebruikte de autoverhuurder ‘Sixt’ een portret van Oskar Lafontaine in een krantenadvertentie met de slogan ‘Sixt verleast auch Autos für Mitarbeiter in der Probezeit’. Het BGH kreeg op deze manier de mogelijkheid om een oud dogma van het Duitse commerciële portretrecht te heroverwegen. In 1958 had het BGH in de Herrenreiter-zaak geoordeeld dat voor het claimen van een hypothetische licentievergoeding vereist was dat de geportretteerde zijn portret in beginsel wél commercieel exploiteert of tenminste in het concrete geval het portretgebruik goedgekeurd zou hebben.⁴³ Personen die hun portret principieel niet commercieel exploiteren konden om deze reden vaak geen aanspraak op hypothetische licentievergoeding doen gelden. Materiële schadeclaims op basis van het commerciële portretrecht bleven vooral een wapen van personen die op het terrein van persoonlijkheidsmarketing actief zijn.⁴⁴ In het vonnis inzake Oskar Lafontaine neemt het BGH echter afscheid van het Herrenreiter-dogma:

‘Die unbefugte kommerzielle Nutzung eines Bildnisses begründet im Allgemeinen [...] einen Anspruch auf Zahlung der angemessenen Lizenzgebühr, ohne dass es darauf ankommt, ob der Abgebildete bereit oder in der Lage gewesen wäre, gegen Entgelt Lizenzen für die Verbreitung und öffentliche Wiedergabe seines Bildnisses einzuräumen.’⁴⁵

Volgens het BGH blijkt uit het gebruik van de afbeelding van een persoon voor commerciële doeleinden dat het portret een commerciële waarde heeft voor de gebruiker. Daaruit vloeit voort dat de gebruiker – vanuit het oogpunt van schade-

⁴² Zie BGH – Marlene-Dietrich-Bildnis, supra noot 3, GRUR 2008, p. 1094-1095.

⁴³ Zie BGH GRUR 1958, p. 407 – Herrenreiter.

⁴⁴ Zie de kritische opmerkingen van Götting, supra noot 7, p. 1238-1241.

⁴⁵ Zie BGH 26 oktober 2006, zaaknummer I ZR 182/04 – Rücktritt des Finanzministers, online verkrijgbaar op www.bundesgerichtshof.de.

vergoeding of ongerechtvaardigde verrijking – die commerciële waarde moet vergoeden.⁴⁶ Is de essentie van deze uitspraak dus de erkenning van ‘commercieel portretrecht voor iedereen’?⁴⁷

De zaak roept bovendien de vraag van satirisch portretgebruik op. In het licht van het fundamentele, in art. 5 lid 1 GG neergelegde recht op vrije meningsuiting komt het BGH om deze reden uiteindelijk tot de conclusie dat de persoonlijkheidsrechtelijke belangen van Oskar Lafontaine geen voorrang hebben. Veeleer is sprake van geoorloofde reclame die satirisch op een ontwikkeling in de contemporaine geschiedenis reageert.⁴⁸

Naast het ‘Leitmotiv’ Marlene Dietrich, levert de ontwikkeling van het commerciële portretrecht in Duitsland dus voldoende materiaal voor verdere ontdekkingsreizen op. De charme van de ‘blauwe engelen’ biedt het onderwerp echter slechts in verband met de grote actrice.

⁴⁶ Zie BGH, *ibid.*, p. 7.

⁴⁷ Zie de bijdrage van Jacqueline Schaap elders in deze bundel. Vgl. G.A.I. Schuijt/D.J.G. Visser, ‘Portretrecht voor iedereen’, Amsterdam: Mets & Schilt 2003. De vraag of deze ontwikkeling wenselijk kan worden geacht is in de Duitse literatuur omstreden. Zie bijvoorbeeld de uitvoerige bespreking door K.N. Peifer, ‘Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblicher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen’, Tübingen: Mohr Siebeck 2001.

⁴⁸ Zie BGH, *ibid.*, p. 10-12. Vgl. de bijdrage van Madeleine de Cock Buning elders in deze bundel.