

186). Im Eintragungsverfahren sei eine vollständige Bestimmbarkeit der Farbmarke nicht möglich, der Konflikt zwischen größtmöglicher Bestimmtheit von registrierten Marken einerseits und dem Interesse am Markenschutz für konturlose Farben andererseits sei vom BGH zugunsten der Farbmarke und damit zwangsläufig zu Lasten der Bestimmtheit entschieden (*Ströbele*, GRUR 1999, 1041, 1046, 1047).

Teilweise wird auf der Grundlage des Art. 2 der Richtlinie in Verbindung mit § 3 Abs. 1 MarkenG gefordert, der Bestimmtheitsgrundsatz sei so zu interpretieren, daß er im Lichte der neuen Markenform der „abstrakten Farbmarke“ neu zu definieren sei (*Grabrucker*, GRUR 1999, 850, 853; vgl. auch *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdn. 267 b, S. 231). Die Bestimmtheit der Marke liege also in dem gemeinsamen Nenner: „Farben, figürlich nicht festgelegt in einer geometrischen Grundfigur und stets sich in den Konturen ändernd“. (*Grabrucker*, GRUR 1999, 850, 853). Diese Auffassung versucht allerdings lediglich die Unbestimmtheit zu rechtfertigen.

Die Frage der Bestimmtheit der Markenform einer „abstrakten Farbmarke“ ist ein zentrales Problem der Markenfähigkeit (*Ströbele*, GRUR 1999, 1041, 1045). Bei der „Farbmarke“, die gerade nicht auf eine konkrete Kontur oder Gestaltung beschränkt sein soll und damit nicht klar abgegrenzt und definiert ist, fehlt die Bestimmtheit (*Ströbele*, a. a. O.). Das gilt insbesondere für Kombinationen mehrerer Farben, die eine unübersehbare Fülle von Verbindungen und Gestaltungsformen betreffen können und insoweit die Grenze der Bestimmtheit jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der herkömmlichen Markenformen weit überschreiten (*Ströbele*, a. a. O.).

#### H. Graphische Darstellbarkeit

Soweit Rechtsprechung und Literatur die Markenfähigkeit „abstrakter Farbmarken“ bejahen, sehen sie die graphische Darstellbarkeit im Sinne des Art. 2 der Richtlinie (§ 8 Abs. 1 MarkenG) durch die Einreichung eines Farbmusters oder die Beschreibung mittels Bezugnahme auf ein Farbklassifikationssystem (Angabe beispielsweise der RAL- oder Pantone-Nummern) – jedenfalls wenn beides vorliegt – als erfüllt an (vgl. z. B. BGH GRUR 1999, 491 – Farbmarke gelb/schwarz; BGH GRUR 1999, 730, 731 – Farbmarke magenta/grau; BGH GRUR 2001, 1154, 1155 – Farbmarke violettfarben; HABM GRUR Int. 1999, 543, 545 – LIGHT GREEN; HABM MarkenR 1999, 326, 327 – YELLOW/GREY; von *Schultz*, GRUR 1997, 714, 717; *Völker/Semmler*, GRUR 1998, 93, 98; *Jaeger-Lenz*, WRP 1999, 290, 294; *Wittenzellner*, Festgabe für Beier, S. 333, 335; *Fezer*, MarkenR 1999, 73, 76 f.; *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdn. 267 b, S. 231).

Es bedürfe nicht der graphischen Wiedergabe der Marke selbst (BGH a. a. O. – Farbmarke magenta/grau). In den konkreten Farbangaben liege jedenfalls eine mittelbare graphische Darstellung der Marke (BGH a. a. O. – Farbmarke gelb/schwarz). Die Darstellung der Marke müsse nicht der konkreten Erscheinungsform ihrer späteren Benutzung entsprechen; für abstrakte Farbmarken reiche daher die Vorlage eines Farbmusters aus (*Völker/Semmler*, a. a. O.).

Die Bejahung der graphischen Darstellbarkeit einer „abstrakten Farbmarke“ erscheint jedoch äußerst bedenklich. Da der Schutzgegenstand durch die Angabe von Farbtönen und das Farbmuster lediglich abstrakt bezeichnet wird und daher eine zur Benutzung geeignete Zeichengestaltung unbestimmt ist, bleibt unverständlich, wie eine „abstrakte Farbmarke“, deren Form sich insbesondere gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. a der Richtlinie (§ 26 Abs. 3 MarkenG) aus der Eintragung ergeben muß, sich graphisch darstellen lassen soll. Bei abstrakt bezeichneten Farbzusammenstellungen, die noch nicht einmal eine Vorstellung über die Verteilung, die Konturen oder Relationen der Farben oder einen bestimmten Gesamteindruck eines konkreten Zeichens vermitteln können, wird das Problem einer graphischen Darstellung besonders deutlich.

Selbst entschiedene Befürworter der Anerkennung der Markenfähigkeit „abstrakter Farbmarken“ räumen ein, daß die Konkretisierung einer Mehrfarbenmarke – etwa als Muster von Streifen, Wellenlinien oder Quadraten oder in Aufteilung der Farben auf verschiedene Produktteile – erst mit bestimmten Benutzungsformen eintritt und das konkrete Markendesign einer Mehrfarbenmarke auf Grund des optischen Eindrucks von unterschiedlicher Wirkung auf den Verbraucher sein kann (*Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdn. 267 b, S. 231).

Daraus ergibt sich jedoch schon, daß die Bezeichnung der (konkreten) Farbtöne und ein Farbmuster (eine Farbprobe) nicht die „Farbmarke“ im Umfang ihres Schutzgegenstandes, sondern allenfalls eine von mehreren Eigenschaften graphisch darzustellen vermag. Wie eine solche „abstrakte Farbmarke“ in der Komplexität ihrer unendlichen Vielzahl konkreter Erscheinungsmöglichkeiten, für die insgesamt mit einer nur durch den einzigen Faktor der Farben bedingten Markenbildungsoption Schutz beansprucht wird, graphisch darstellbar sein könnte, ist nicht ersichtlich.

## Großbritannien

### Persönlichkeitsrecht

Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) Art. 8, 10; Human Rights Act 1998 Sec. 12, Sch. 1; Breach of confidence; Right of personal privacy – *Douglas v. Hello!*

1. Das englische Recht erkennt nunmehr ein Recht auf Privatsphäre (right of personal privacy) an. Dieses Recht leitet sich zum einen aus Vertrauensbruch (breach of confidence) nach common law, zum anderen aus den Vorschriften des Human Rights Act 1998 ab. In den Schutzbereich der Privatsphäre fallen private Umstände, die der Betreffende ausdrücklich oder schlüssig der Öffentlichkeit entzieht.

2. Wer einer Exklusivveröffentlichung von Bildern aus seiner Privatsphäre gegen Entgelt zustimmt, kann sich gegen eine Veröffentlichung entsprechender Bilder durch ein Konkurrenzmagazin nicht im Wege der Unterlassungsklage wehren. Denn es geht in diesem Fall weniger um den Schutz der Privatsphäre als um ein kommerzielles Interesse, dessen Verletzung sich durch einen Anspruch auf Schadenersatzzahlung kompensieren lässt.

*Court of Appeal, Civil Division, Entscheidung v. 21. 12. 2000 (Douglas and others v. Hello! Ltd.)*

### Sachverhalt

The first and second claimants, D and Z, two internationally-famous film stars, were engaged to be married. They entered into an agreement with the third claimant, N plc, the publisher of a weekly celebrity magazine, giving it exclusive rights to publish colour photographs of their wedding. Under the agreement, D and Z retained rights of approval over anything that was to be published, and undertook to use their best efforts to ensure that no other media were permitted access to the wedding and that no guests or anyone else present would be allowed to take photographs. To that end, all service companies involved in the wedding were required to enter confidentiality agreements, prohibiting them and their employees from keeping, disclosing, using or selling any photograph, film or videotape obtained at the wedding reception. In addition, the wedding invitations stated that the couple 'would appreciate' no photography or video devices at the ceremony or reception, and guests were only given access to the wedding after being checked by a professional security service for cameras, videotape machines and other recording devices. Two days after the wedding, Z warned N plc that another magazine was about to publish unauthorised

photographs of the wedding. Later that evening, a judge granted an interim injunction restraining H Ltd, the publisher of a rival celebrity magazine, from publishing the disputed photographs. At a hearing the next day, another judge continued the injunction until trial or further order. On H Ltd's appeal, the court considered the interrelationship between the right to respect for private life in art 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 (as set out in Sch 1 to the Human Rights Act 1998); the right to freedom of expression in art 10(1) of the convention; the qualification to that right in art 10(2) (such restrictions as were prescribed by law and were necessary in a democratic society for, inter alia, the protection of the reputation or rights of others and preventing the disclosure of information received in confidence); and the provisions of s 12 of the 1998 Act, which applied if a court was considering granting any relief which, if granted, might affect the convention right to freedom of expression. Under s 12(3), no such relief was to be granted so as to restrain publication before trial unless the court was satisfied that the applicant was likely to establish that the publication should not be allowed. Section 12(4) required the court to have particular regard to the importance of the convention right to freedom of expression and, where the proceedings related to journalistic, literary or artistic material, to, inter alia, any relevant privacy code. In that context, D and Z relied on c 3 of the Press Complaints Commission's Code of Practice (the press code) which provided, inter alia, that everyone was entitled to respect for his private and family life. Issues arose as to whether s 12(3) gave art 10 priority over art 8; if so, whether that subsection was compatible with the convention; and whether English law protected a person from unwanted intrusions into a person's privacy in the absence of an obligation of confidence.

#### Aus den Entscheidungsgründen

...  
SEDLEY LJ.

...  
The injunction

138. In his opening argument Mr Carr, having submitted (acceptably for present purposes) that this case is a case of breach of confidence or nothing, sought to stifle that cause of action at birth by arguing that pictures such as the defendant was proposing to publish were not information at all. This had the makings of an own goal, since it might well have excluded art 10 of the convention and with it s 12 of the Human Rights Act from the defendants' own armoury. But it is plainly wrong. The offending photographs convey the simple information: 'This is what the wedding and the happy couple looked like'.

139. It is also as information, however, that the photographs invade the privacy of Mr Douglas and Ms Zeta-Jones: they tell the world things about the wedding and the couple which the claimants have not consented to. On the present evidence, whoever took the photographs probably had no right to be there; if they were lawfully there, they had no right to photograph anyone; and in either case they had no right to publicise the product of their intrusion. If it stopped there, this would have been an unanswerable case for a temporary injunction and no doubt in due course for a permanent one; perhaps the more unanswerable, not the less, for the celebrity of the two principal victims. Article 8 of the convention, whether introduced indirectly through s 12 or directly by virtue of s 6 of the Human Rights Act, will of course require the court to consider 'the rights and freedoms of others', including the art 10(1) right of Hello!. And art 10, by virtue of ss 6 and 12, will require the court, if the common law did not already do so, to have full regard to Hello!'s right to freedom of expression. But the circumstances in which the photographs must have been obtained would have robbed

those rights and freedoms of substance for reasons which should by now be plain.

140. The facts, however, do not stop here. The first two claimants had sold most of the privacy they now seek to protect to the third claimant for a handsome sum. If all that had happened were that Hello! had got hold of OK!'s photographs, OK! would have proprietary rights and remedies at law, but Mr Douglas and Ms Zeta-Jones would not, I think, have any claim for breach of the privacy with which they had already parted. The present case is not so stark, because they were careful by their contract to retain a right of veto over publication of OK!'s photographs in order to maintain the kind of image which is professionally and no doubt also personally important to them. This element of privacy remained theirs and Hello!'s photographs violated it.

141. Article 8 of the convention, however, gives no absolute rights, any more than does the law of breach of confidence or privacy. Not only are there the qualifications under art 8(2); what para (1) requires is respect for, not inviolability of, private and family life. Taking it for the present that it is the state, represented by the court, which must accord that respect, what amounts to respect must depend on the full set of circumstances in which the intrusion has occurred. This intrusion was by uncontrolled photography for profit of a wedding which was to be the subject of controlled photography for profit.

142. Thus the major part of the claimants' privacy rights have become the subject of a commercial transaction: bluntly, they have been sold. For reasons more fully spelt out by Brooke LJ the frustration of such a transaction by unlawful means, if established, is in principle compensable in money, whether by way of an account of profits or damages. There is no reason in law why the cost to the wrongdoer should not be heavy enough to demonstrate that such activity is not worthwhile. The retained element of privacy, in the form of editorial control of OK!'s pictures, while real, is itself as much a commercial as a personal reservation. While it may be harder to translate into lost money or an account of profits, it can readily be translated into general damages of a significant amount.

143. Two caveats are necessary. I do not suggest for a moment that there is a bright line between the personal and the commercial and that everything on the commercial side, being about money, can be dealt with by an award of damages. Nor, equally, should it be thought that either art 8 or our domestic law will never protect privacy which is being turned to commercial ends. Everything will depend on the infinite variety of facts thrown up case by case.

144. In the present case, and not without misgiving, I have concluded that although the first two claimants are likely to succeed at trial in establishing a breach of their privacy in which Hello! may be actionably implicated, the dominant feature of the case is that by far the greater part of that privacy has already been traded and falls to be protected, if at all, as a commodity in the hands of the third claimant. This can be done without the need of an injunction particularly since there may not be adequate countervailing redress for the defendants if at trial they stave off the claim for interference with contractual relations. The retained element of the first two claimants' privacy is not in my judgment though I confess it is a dose thing-sufficient to tilt the balance of justice and convenience against such liberty as the defendants may establish, at law and under art 10 of the convention, to publish the illicitly taken photographs.

KEENE LJ.

...

The causes of action

154. In these proceedings four causes of action are set out in the particulars of claim, but one of those, infringement of copyright, is not relied upon for the purposes of the claim for an interlocutory injunction. The remaining ones are mali-

cious falsehood, interference with contractual relations and breach of confidence. It is convenient to consider those claims in that order.

#### Malicious falsehood

155. The ingredients of this tort are well-established. It must be shown that the defendant published words which are false and that this was done maliciously, that is to say with the intention to injure the claimant without lawful excuse: *Kaye v Robertson* [1991] FSR 62 at 67. Special damage must also be proved. But the starting point is the publication of words which are false.

156. The claimants here rely on the combination of the words 'Exclusive Photographs' on the front cover of this edition of *Hello!* magazine and the publication of the photographs themselves. In addition, it is said that the text of the article, by describing the security procedures in force at the event, implied that the photographs were taken with consent. For the defendants, it is argued that the reference to 'Exclusive photographs' was not false, because those photographs were exclusive to *Hello!* magazine. Nor is there any evidence that anyone understood the magazine to be saying that the first two claimants had consented to an exclusive interview or to the photographs being taken. [...]

158. That being so, the claimants fail to discharge the burden resting on them of demonstrating that a jury would be likely to regard these statements as false. In those circumstances, it would be quite wrong for an interlocutory injunction to issue to restrain publication on the basis of malicious falsehood.

#### Interference with contractual relations

159. It has not been denied in any of the witness statements filed on behalf of the defendants that they were aware of the existence of a contract between the first two claimants and *OK!* magazine. That by itself is not enough to establish that the defendants are liable in tort under this heading. The ways in which the case is put on behalf of the claimants are, first, that *Hello!* magazine must have instigated or been involved in the taking of the illicit photographs, and secondly that in any event they must have known when they purchased the photographs that they had been obtained by unlawful means.

160. The evidence as it stands at this stage does not establish that the claimants are likely to make out the first of those propositions. Ms Cartwright, publishing director of *Hello!* magazine, states that the defendants had no previous knowledge that these pictures were to be taken and she describes how they came into their possession. How that evidence would stand up at any trial is difficult to predict, but there is no direct evidence of prior knowledge on the part of the defendants, and any inference to that effect can only be uncertain at this stage.

161. The second way in which this claim is put may have more prospect of success. It would turn on whether the defendants can be shown to have used unlawful means to interfere with the existing contractual relationships [...]. Mr Tugendhat submits that, even if the defendants did not themselves or by their agents use unlawful means, they must have received the photographs in circumstances in which they must have been aware that those photographs had been taken illicitly. If taken by an employee of a service company engaged for the wedding, that person would have broken his or her contract by so acting. Even if taken by a guest, there could be a breach of confidence because of the request accompanying the invitation not to take photographs and the notice to like effect at the entrance. Such a person might have become a trespasser by entering without complying with that request and the notice.

162. As Mr Tugendhat acknowledges, this is a difficult area of law, where the precise scope of the concept of 'unlawful means' remains to be settled. In the present case, it is impossible to arrive at a judgment at this stage as to whether

the controversial photographs were taken by a guest or by an employee of a contractor or indeed by more than one person. There is evidence that some guests were seen by security staff to have cameras even during the course of the reception itself. The legal position in which a guest found himself is far from clear. It is conceded by the claimants that there was no contractual relationship between a guest and any of the claimants, and that must be so, if only because of the almost certain absence of any intent to create such a relationship. It might be that a guest who took a photograph would be held under the applicable law of New York State to be acting tortiously or in breach of confidence in the circumstances of this case, but we have no evidence to that effect. There is then the further problem of the extent to which the recipient of photographs so taken is to be treated as liable in this tort if he was not himself involved in the 'unlawful' taking of the photographs or the instigation of it.

163. I can only conclude that the prospect of the claimants eventually establishing liability of the defendants on this basis is too uncertain to warrant the issuing of an interlocutory injunction in advance of publication.

#### Breach of confidence

164. It is this which has formed the main plank of the claimants' case. The claim is put in terms of breach of confidence in the particulars of claim, but it was said in argument by Mr Tugendhat that the case has more to do with privacy than with confidentiality.

165. It is clear that there is no watertight division between the two concepts. *Margaret, Duchess of Argyll v Duke of Argyll* [1965] 1 All ER 611, [1967] Ch 302 was a classic case where the concept of confidentiality was applied so as, in effect, to protect the privacy of communications between a husband and wife. Moreover breach of confidence is a developing area of the law, the boundaries of which are not immutable but may change to reflect changes in society, technology and business practice. I reject without hesitation the submission by Mr Carr QC for the defendants that it cannot encompass photographs of an event. It is said that those photographs in the present case did not convey any information which had the quality of confidence, because the guests were not prevented from imparting the same information subsequently, whether in words, by drawings based on recollection or any other means. This argument is unsustainable. The photographs conveyed to the public information not otherwise truly obtainable, that is to say what the event and its participants looked like. It is said that a picture is worth a thousand words. Were that not so, there would not be a market for magazines like *Hello!* and *OK!* The same result is not obtainable through the medium of words alone, nor by recollected drawings with their inevitable inaccuracy. There is no reason why these photographs inherently could not be the subject of a breach of confidence.

166. Since the coming into force of the Human Rights Act, the courts as a public authority cannot act in a way which is incompatible with a convention right: s 6(1). That arguably includes their activity in interpreting and developing the common law, even where no public authority is a party to the litigation. Whether this extends to creating a new cause of action between private persons and bodies is more controversial, since to do so would appear to circumvent the restrictions on proceedings contained in s 7(1) of the Act and on remedies in s 8(1). But it is unnecessary to determine that issue in these proceedings, where reliance is placed on breach of confidence, an established cause of action, the scope of which may now need to be approached in the light of the obligation on this court arising under s 6(1) of the Act. Already before the coming into force of the Act there have been persuasive dicta in *Hellewell v Chief Constable of Derbyshire* [1995] 4 All ER 473, [1995] 1 WLR 804 and *A-G v Guardian Newspapers Ltd (No 2)* [1988] 3 All ER 545, [1990] 1 AC 109, cited by Sedley LJ in his judgment in these

proceedings, to the effect that a pre-existing confidential relationship between the parties is not required for a breach of confidence suit. The nature of the subject matter or the circumstances of the defendant's activities may suffice in some instances to give rise to liability for breach of confidence. That approach must now be informed by the jurisprudence of the convention in respect of art 8. Whether the resulting liability is described as being for breach of confidence or for breach of a right to privacy may be little more than deciding what label is to be attached to the cause of action, but there would seem to be merit in recognising that the original concept of breach of confidence has in this particular category of cases now developed into something different from the commercial and employment relationships with which confidentiality is mainly concerned.

167. Because of these developments in the common law relating to confidence and the apparent obligation on English courts now to take account of the right to respect for private and family life under art 8 when interpreting the common law, it seems unlikely that *Kaye v Robertson* [1991] FSR 62, which held that there was no actionable right of privacy in English law, would be decided the same way on that aspect today. It is noteworthy that no claim for breach of confidence was mounted in that case, and that the *Duchess of Argyll's* case and the *Guardian Newspapers* case do not seem to have been cited to the court. In the latter decision the House of Lords had made it clear that a duty of confidence could arise from the circumstances in which the information was obtained, so that the recipient was to be precluded from disclosing it to others. Consequently if the present case concerned a truly private occasion, where the persons involved made it clear that they intended it to remain private and undisclosed to the world, then I might well have concluded that in the current state of English law the claimants were likely to succeed at any eventual trial.

168. But any consideration of art 8 rights must reflect the convention jurisprudence which acknowledges different degrees of privacy. The European Court of the Human Rights ruled in *Dudgeon v UK* (1981) 4 EHRR 149 at 165 (para 152) that the more intimate the aspect of private life which is being interfered with, the more serious must be the reasons for interference before the latter can be legitimate. Personal sexuality, as in that case, is an extremely intimate aspect of a person's private life. A purely private wedding will have a lesser but still significant degree of privacy warranting protection, though subject to the considerations set out in art 8(2) of the convention. But if persons choose to lessen the degree of privacy attaching to an otherwise private occasion, then the balance to be struck between their rights and other considerations is likely to be affected.

169. In the present case, it is of considerable relevance that very widespread publicity was to be given in any event to the wedding very soon afterwards by way of photographs in OK! magazine. The occasion thereby lost much of its private nature. The claimants were by their security measures and by their agreements with the service companies seeking not so much to protect the privacy of the first two claimants but rather to control the form of publicity which ensued. This is apparent from the witness statement of Paul Ashford, editorial director of OK! magazine, who says: 'all guests were informed they should not bring cameras because of the exclusive deal that had been entered with OK!' (My emphasis.)

170. One does not need to assume that that was the sole purpose of the various security measures. It is enough that it was clearly a very important purpose. Indeed, it was made clear by Mr Tugendhat in his submissions that what was complained of here was the loss of control over the photographs to be published, leading to damage to the image of the first and second claimants because of unflattering photographs.

171. It may be that a limited degree of privacy remains in such a situation and it could be that at trial the claimants would succeed in obtaining a permanent injunction. There must still be some doubt about that. But even if the claimants had passed that threshold of showing that it is likely that they would obtain an injunction at trial, this court in exercising its discretion at this interlocutory stage must still take account of the widespread publicity arranged by the claimant for this occasion. When that organised publicity is balanced against the impact on the defendants of an injunction restraining publication, I have no doubt that the scales come down in this case against prior restraint. This is a matter where any damage to the claimants can adequately be dealt with in monetary terms. In those circumstances I would allow this appeal and discharge the injunction.

*Appeal allowed.*

Auszüge aus [2001] 2 All E.R. 289 = [2001] 2 W.L.R. 992. Die Entscheidung wurde mittlerweile bestätigt in *Venables and another v. News Group Newspapers Ltd and others* [2001] 2 W.L.R. 1038; *Mills v News Group Newspapers Ltd* [2001] N.L.J. 136; *R. v. Loveridge & Others* [2001] N.L.J. 99; mit zum Teil abweichender Begründung: *Campbell v. Mirror Group Newspapers plc*, English High Court, Entscheidung v. 27. 3. 2002, <http://www.lawreports.co.uk/qbmarb0.3.htm>. hierzu [2002] N.L.J. 573, 716.

#### Anmerkung

*Die Entscheidung bedeutet für den englischen Persönlichkeitsschutz eine Revolution: das Recht auf Privatsphäre war dem englischen Recht bislang unbekannt<sup>1</sup>. Nicht zuletzt im Zusammenhang mit dem tragischen Tod der Prinzessin von Wales hat diese Lücke des englischen Pressepersönlichkeitsrechts im deutschen Schrifttum viel Aufmerksamkeit gefunden<sup>2</sup>. Lag das englische Recht bislang hinter der deutschen Entwicklung zurück, hat es diese nunmehr in mancherlei Hinsicht mit Riesenschritten überholt.*

*Auch wenn die Klage im konkreten Fall keinen Erfolg hatte, steht doch als wichtigstes Ergebnis fest, dass den Klägern ein Recht auf Privatsphäre zusteht. Dieses Recht soll sich zum einen aus breach of confidence ableiten lassen. Der Tatbestand des breach of confidence erfasste ursprünglich Vertrauensbeziehungen<sup>3</sup>. So konnte z.B. die Herzogin von Argyll unter Berufung auf breach of confidence verhindern, dass ihr Mann die stürmischen Ehejahre mit ihr in der Presse darstellte<sup>4</sup>; im sogenannten Spycatcher case<sup>5</sup> wie-*

1) *Kaye v Robertson* [1991] FSR 62, 66 (Glidewell LJ): "It is well-known that in English law there is no right to privacy, and accordingly there is no right of action for breach of a person's privacy. The facts of the present case are a graphic illustration of the desirability of Parliament considering whether and in what circumstances statutory provision can be made to protect the privacy of individuals."

2) *Brömmekamp*, Die Pressefreiheit und ihre Grenzen in England und der Bundesrepublik, Frankfurt a.M. 1997; *Gounalakis*, Medienpersönlichkeitsrechte in rechtsvergleichender Sicht, AfP 2001, 271; *Hoppe*, Gewinnorientierte Persönlichkeitsverletzung in der europäischen Regenbogenpresse, ZEuP 2000, 29; *Nolte*, Der zivilrechtliche Schutz der Privatsphäre in England, Osnabrück 1999; *Ohly*, Der Schutz der Persönlichkeit im englischen Zivilrecht, RabelsZ 2001, 39; *Prinz*, Der Schutz vor Verletzungen der Privatsphäre durch Medien auf europäischer Ebene, ZRP 2000, 138; *Schmitz*, Persönlichkeitsschutz als bürgerliche Freiheit im englischen Recht, Frankfurt a.M. 1996; *Smith*, Haftung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach deutschem und englischem Recht, ZEuP 1999, 303; *von Gerlach*, Persönlichkeitsschutz und öffentliches Informationsinteresse im internationalen Vergleich, AfP 2001, 1; *Wagner*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200.

3) Attorney General v *Guardian Newspapers Ltd* (No. 2) [1988] 3 All ER 545, 658 (Lord Goff): "[I]n the vast majority of cases [...] the duty of confidence will arise from a transaction or relationship between the parties".

4) *Argyll (Duchess) v Argyll (Duke)* [1967] Ch. 302; siehe für eine entsprechende Anwendung bei homosexuellen Beziehungen: *Stephens v Avery* [1988] Ch. 449, 455.

5) Attorney General Fn. 3; siehe auch unten bei Fn. 36.

derum hatte ein Mitglied des britischen Secret Service seine Memoiren in einem Buch veröffentlicht, was unter breach of confidence fiel. In jüngerer Zeit verschob sich jedoch der Schwerpunkt von der Vertraulichkeit der Beziehung zum Privaten der betreffenden Information. Die Gerichte begannen Fälle des heimlichen Telefonmitschnitts<sup>6</sup> oder des Schießens von Paparazzifotos<sup>7</sup> unter den Tatbestand des breach of confidence zu zählen: "If someone with a telephoto lens were to take from a distance and with no authority a picture of another engaged in some private act, his subsequent disclosure of the photograph would [...] as surely amount to a breach of confidence"<sup>8</sup>. Der Court of Appeal zog daher schon im Jahre 1988 in Attorney General die Schlussfolgerung: "[B]reach of confidence involves no more than an invasion of privacy"<sup>9</sup>; Lord Goff gab in derselben Entscheidung erstmalig einen Hinweis auf künftige Rechtsentwicklungen: "[I]t is well settled that a duty of confidence may arise in equity independently of [a transaction or relationship between the parties]"<sup>10</sup>. Den Höhepunkt erreichte diese Entwicklung mit einer Beschwerde bei der Europäischen Menschenrechtskommission<sup>11</sup>, wonach die Beschwerdeführer sich durch das Fehlen eines allgemeinen right of privacy in ihrem Recht auf Privatleben nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt sahen. Die britische Regierung konnte die Kommission überzeugen, dass das englische Recht mit breach of confidence über ein ausreichendes Instrument zum Schutz der Privatsphäre verfügte.

Bis zur nun vorliegenden Entscheidung hatte jedoch kein Gericht ein eigenständiges right of privacy anerkannt. Diesen Missstand beseitigte der Court of Appeal: "The courts have done what they can, using such legal tools as were to hand, to stop the more outrageous invasions of individuals' privacy; but they have felt unable to articulate their measures as a discrete principle of law. Nevertheless, we have reached a point at which it can be said with confidence that the law recognises and will appropriately protect a right of personal privacy [...] [Thus] equity and the common law are today in a position to respond to an increasingly invasive social environment by affirming that everybody has a right to some private space"<sup>12</sup>. Das englische Schrifttum beschreibt diesen Tatbestand als "one of the most long-awaited passages in the English common law"<sup>13</sup>.

Die Konturen des neugeschaffenen right of privacy hat das Gericht wie folgt umrissen: "[I]f on some private occasion the prospective claimants make it clear, expressly or impliedly, that no photographic images are to be taken of them, then all those who are present will be bound by the obligations of confidence created by their knowledge (or imputed knowledge) of this restriction"<sup>14</sup>. Ähnlich lautet die Urteilsbegründung an anderer Stelle: "[I]f the present case concerned a truly private occasion, where the persons involved made it clear that they intended it to remain private and undisclosed to the world, then I might well have concluded that in the current state of English law the claimants were likely to succeed at any eventual trial"<sup>15</sup>. Die Privatheit eines Umstandes knüpft hiernach an ein objektives Element an ("truly private occasion"), beurteilt sich aber vor allem nach dem Willen des Betroffenen<sup>16</sup>. Insoweit entspricht das right of privacy in seinen Voraussetzungen seinem Mutterrecht, breach of confidence. Letzterer liegt auch dann vor, wenn sich aus den Umständen oder der Natur der Information offensichtlich eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit ergibt<sup>17</sup>.

Aus der Pressefreiheit (Art. 12 HRA) folgt keine generelle Einschränkung des right of privacy. Beide Rechte müssen im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden: "Neither element is a trump card"<sup>18</sup>. Das Gericht zitierte den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>19</sup>, demzufolge die Gründe für eine Beeinträchtigung der Privatsphäre umso gewichtiger sein müssen, je intimer der betroffene Bereich der Privatsphäre ist.

Im Ergebnis hatten die Kläger mit ihrer Unterlassungsklage gegen Hello! jedoch keinen Erfolg. Ausschlaggebend war der Exklusivvertrag der Kläger mit dem Konkurrenzmagazin OK!: "The first two claimants had sold most of the privacy they now seek to protect to the third claimant for a handsome sum"<sup>20</sup>. Das Ob eines Eingriffs in die Privatsphäre hatten sie verkauft, lediglich über das Wie der Darstellung ein Vetorecht ("editorial control") zurückbehalten: "Thus the major part of the claimants' privacy rights have become the subject of a commercial transaction: bluntly, they have been sold"<sup>21</sup>. Für eine Unterlassungsverfügung sei eine drohende Verletzung diesen Rechts nicht gravierend genug. Der drohende Schaden aus einer nicht verkauften Auflage des Konkurrenzmagazins wiege schwerer als der Schaden der Kläger aus der Verletzung ihres editorial control. Entsprechend überwog auch das kommerzielle Interesse von OK! nicht den drohenden Schaden des Konkurrenzmagazins Hello! an einer Nichtveröffentlichung<sup>22</sup>. Entweder über Bereicherungsrecht (account of profits) oder über Schadenersatz könne OK! im Nachhinein sein kommerzielles Interesse geltend machen. Das Gericht verwies in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit im englischen Recht<sup>23</sup>, beim Schadenersatz sowohl das Gewinnstreben als auch die Notwendigkeit einer Abschreckung zu berücksichtigen: "There is no reason in law, why the cost to the wrongdoer should not be heavy enough to demonstrate that such activity is not worthwhile"<sup>24</sup>.

Spätestens an diesem Punkt hat der Court of Appeal die Entwicklung im deutschen Presserecht überholt. Nach Auffassung des BVerfG wie auch des BGH kann den Schutz seiner Privatsphäre nicht beanspruchen, wer Bilder oder Interviews aus seiner Privatsphäre an die Presse verkauft. Während die Rechtsprechung die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsmerkmalen wie Name, Stimme und Bild in der Werbung längst anerkannt hat<sup>25</sup>, sei Privatsphäre hingegen nicht kommerzialisierbar, und wer sie kommerzialisieren, verliere den Schutz der Rechtsordnung nicht nur im Hinblick

6) Francome v Mirror Group Newspapers [1984] 2 All ER 408.

7) Shelley Films Ltd v Rex Features Ltd [1994] EMLR 134; Creation Records Ltd v News Group Newspapers Ltd [1997] EMLR 444.

8) Hellewell v Chief Constable of Derbyshire [1995] 1 WLR 804, 807 (QB).

9) Lord Keith in Attorney General v Guardian Newspapers Ltd (No. 2) [1988] 3 All ER 545, 639.

10) A.a.O. 658.

11) Spencer v United Kingdom, (1988) 25 EHRR CD 105.

12) [2001] 2 All ER 289, 316 (Lord Justice Sedley).

13) Moreham, Douglas and others v Hello! Ltd – the Protection of Privacy in English Private Law, 64 MLR 767.

14) [2001] 2 All ER 289, 307 (Lord Justice Brooke) – Hervorhebung durch den Verfasser.

15) A.a.O. 330 (Lord Justice Keene) – Hervorhebung durch den Verfasser.

16) Vgl. zum deutschen Recht BGH GRUR 1996, 923 – „Caroline von Monaco II“; BVerfG GRUR 2000, 446 (für die Frage der Abgeschlossenheit komme es nicht allein auf den erkennbaren Willen der Betroffenen an, sondern auch auf eine „deutliche“, also objektive Abgeschlossenheit von der Öffentlichkeit).

17) In Attorney General (Fn. 3, 658) umschrieb Lord Goff die Pflicht zu Vertraulichkeit absichtlich in derart weit gefassten Begriffen, dass sie in Situationen Anwendung finden würde, "where an obviously confidential document is wafted by an electric fan out of a window into a crowded street, or where an obviously confidential document, such as a private diary, is dropped in a public place and then picked up by a passer-by."

18) [2001] 2 All ER 289, 323 (Lord Justice Sedley).

19) Dudgeon v United Kingdom (1981) 4 EHRR 149.

20) [2001] 2 All ER 289, 324 (Lord Justice Sedley).

21) A.a.O. 325; hierzu Baloch, What price for privacy?, [2001] NLJ 50, 60.

22) A.a.O. 325.

23) hierzu Hoppe (Fn. 2) 41; derselbe, Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht, Berlin 2001, 160 f.

24) [2001] 2 All ER 289, 325.

25) Zur Vererblichkeit dieser Rechte BGH GRUR 2000, 709 – "Marlene Dietrich"; GRUR 2000, 715 – "Blauer Engel" – mit Anm. Wagner.

auf die konkrete Veröffentlichung sondern "situationsübergreifend"<sup>26</sup>. Eine verfassungsrechtliche Begründung hierfür bleibt das BVerfG schuldig<sup>27</sup>. Das BVerfG befürchtet offenbar, einer zunehmenden Vermarktung von Privatsphäre in der Presse<sup>28</sup> Vorschub zu leisten. Hier klingt Gedankengut des 19ten Jahrhunderts an, wonach es "dem tieferen deutschen Sinn" widerstrebt, "die heiligsten Gefühle in schnödem Mammon abzumessen"<sup>29</sup>. Im Gegensatz zum Court of Appeal erkennt das BVerfG nicht an, dass mittlerweile nicht nur Stars der Unterhaltungskultur<sup>30</sup>, sondern auch Politiker wie der deutsche Bundespräsident<sup>31</sup> Einblicke in ihr Privatleben in der Klatschpresse exklusiv vermarkten. Es kann nicht Konsequenz dieser gezielten, punktuellen Preisgabe von Privatangelegenheiten in der Presse sein, dass die Betroffenen den Schutz ihrer Privatsphäre jedenfalls in diesem Bereich grundsätzlich einbüßen.

Die differenzierte Entscheidung des Court of Appeal führt im Ergebnis zu einem weitaus effektiveren Schutz der Privatsphäre. Denn nur wenn die Betroffenen für eine zwangsweise Vermarktung ihrer Privatsphäre die Gewinne der Presse abschöpfen können, unabhängig davon, ob sie eine solche Vermarktung grundsätzlich betreiben oder nicht, ist der Presse der Anreiz genommen, sich an der Privatsphäre Prominenter in Form von Paparazifotos oder erfundener Interviews selbst zu bedienen. Die ersparten Aufwendungen hierfür können in Millionenhöhe liegen<sup>32</sup>. Die Abschöpfung entsprechender Gewinne über eine Präventionsfunktion des Schmerzensgeldes, wie seit dem ersten Monaco-Urteil<sup>33</sup> des BGH, kann nur unvollständig sein und ist verfassungsrechtlich gesehen eine bedenkliche Lösung. Der Strafcharakter der Präventionsfunktion und die fehlende gesetzliche Grundlage hierfür stellen im Lichte des Art. 103 I GG mehr verfassungsrechtliche Hürden auf<sup>34</sup>, als die direkte Gewinnabschöpfung über den Schadenersatz nach Lizenzanalogie.

Eine entsprechende Gewinnabschöpfung haben englische Gerichte in Fällen des breach of confidence schon angewandt. Im Spycatcher case musste der Autor des Buches alle hieraus gezogenen Gewinne an den Secret Service abführen: "The profit, in equity, belongs to the owner of the information. There is, however, also a deterrent effect provided by the remedy. The wrongdoer, who has misused the information, is not permitted to retain a profit made by means of his own wrongdoing"<sup>35</sup>. Diese Entscheidung ist ganz auf der Linie mit einer neueren Entwicklung des europäischen Privatrechts: im schweizerischen und türkischen Recht existiert jeweils eine ausdrückliche Vorschrift, die für eine Verletzung der Persönlichkeit einschließlich der Privatsphäre neben den

Ansprüchen auf Genugtuung und Schadenersatz die Gewinnersatz nach den Vorschriften über die unrechtmäßige Geschäftsführung ausdrücklich vorsieht<sup>36</sup>.

Tilman Hoppe\*

32) Vgl. *The Sunday Times* vom 2. 7. 1995, S. 9 (750 000 DM für eine Reportage in *Hello!* über den Duke und die Duchess of York); *Die Welt* vom 26. 7. 1999, S. 12 (3 Millionen DM für die Exklusivrechte von OK! an der Hochzeit von Victoria Adams und David Beckham); *Die Woche* Nr. 33/95 vom 18. 8. 1995, S. 8 (500.000 DM für Exklusivrechte an der Hochzeit Michael Schumachers).

33) BGH GRUR 1995, 224 - „Erfundenes Exklusiv-Interview“; GRUR 1996, 373 - „Caroline von Monaco I“.

34) Hoppe, ZUM 1999, 649; *Stürmer*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, 1.

35) Attorney General (Fn. 3) 584.

36) Schweiz: Art. 28 a Abs. 3 ZGB; von der Türkei im Wesentlichen übernommen durch Gesetz Nr. 344 vom 4. 5. 1988; siehe Hoppe (Fn. 2) 45; zum US-amerikanischen *right of publicity* siehe Götting, Vom Right of Privacy zum Right of Publicity, GRUR Int 1995, 656.

\* Dr. iur., LL.M., Berlin.

## Aktuelle Informationen

### Internationales – WIPO meldet Fortschritte bei der Erarbeitung eines Substantive Patent Law Treaty (SPLT)

Vom 6.–10. Mai 2002 fand bei der WIPO eine Sitzung des Standing Committee on the Law of Patents (SCP) statt, die sich mit dem Entwurf eines Vertrages über materielles Patentrecht befaßte. Der Entwurf enthält eine Reihe grundlegender Vorschriften über die Erteilung und Rechtsgültigkeit von Patenten. Dies betrifft u. a. die Definition des Standes der Technik, Neuheit, Erfindungshöhe, gewerbliche Anwendbarkeit, hinreichende Offenbarung sowie die Struktur und Auslegung von Ansprüchen. Von der WIPO wird berichtet, daß während der letzten Sitzung im Hinblick auf eine Reihe von Themen Fortschritte erzielt worden seien. So wurde grundsätzliche Übereinstimmung im Hinblick auf die Vorschriften über die an einem Patent bestehenden Rechte sowie über den Anwendungsbereich des geplanten Abkommens erzielt. Weitgehend positive Aufnahme fanden ferner auch die Kriterien zur Beurteilung der hinreichenden Offenbarung sowie der Neuheit und der Erfindungshöhe. Im Hinblick auf die Umschreibung des Begriffs patentfähiger Erfindungen sowie im Hinblick auf die zulässigen Ausnahmen von der Patentfähigkeit besteht hingegen noch weiterer Diskussionsbedarf.

### Sitzung des WIPO-Standing Committee on the Law of Trademarks and Geographical Indications

Vom 27. bis 31. Mai 2002 fand die achte Sitzung des Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications bei der WIPO in Genf statt. Die Repräsentanten von 77 Mitgliedsstaaten und der EG, 4 zwischenstaatlichen sowie 12 nichtstaatlichen Organisationen debattierten über aktuelle Themen im Bereich des Markenrechts und der geographischen Angaben.

Im Markenrecht wurde eine weitere Harmonisierung von Verfahrens- und Formvorschriften angedacht. Mögliches Ziel ist eine Reform des Markenrechtsvertrags (Trademark Law Treaty, TLT) von 1994. Dieser könnte dem im Jahre 2000 verabschiedeten Patentrechtsvertrag (Patent Law Treaty, PLT) angeglichen werden und damit auch Entwicklungen im Bereich der elektronischen Kommunikation einbeziehen. Ei-

26) BVerfG GRUR 2000, 446, 453.

27) Kritisch hierzu Brömmekamp, ZUM 2000, 159; Ladeur, Schutz von Prominenz als Eigentum, ZUM 2000, 879, 889.

28) Hoppe (Fn. 2) 30 f.; derselbe, Persönlichkeitsschutz, 30 f.

29) Hartmann, AcP 73 (1888), 364; Im englischen Volksmund spiegelt sich dieses Widerstreben noch heute im Aberglauben des sogenannten "curse of Hello!": "[T]he curse of Hello! has been said to ruin the lives of celebrities who open their lovely homes to the magazine's glossy pages", *The Sunday Times* vom 28. 4. 1996, S. 6.

30) Michael Schumacher musste mit seiner Braut unter Regenschirmen in die Kirche einziehen, weil Fotografen der Konkurrenzmagazine in einem halben Dutzend Hubschrauber auf freie Sicht warteten, *Der Spiegel* Nr. 37/97 vom 8. 9. 1997, S. 231; bei der Hochzeit eines französischen Topfußballers musste die Polizei Paparazzi mit Tränengas von der abgeriegelten Kirche vertreiben, um so die Exklusivberichterstattung des *Paris Match* zu sichern, *Die Welt* vom 24. 12. 1998, S. 12; siehe auch zur Exklusivberichterstattung der Hochzeit von Caroline von Monaco und Ernst August von Hannover, *Die Welt* vom 25. 1. 1999, S. 3: „Statt winkend in der Kutsche zu sitzen, kauerte das Brautpaar am Boden eines grünen VW-Busses, um auf dem Weg von Carolines Villa [...] zum Fürstenpalast nicht fotografiert werden zu können.“; die Fotos des neugeborenen Babys wurden für 7 Millionen Francs versteigert, *Die Welt* vom 20. 11. 1999, S. 1.

31) *Gala* Nr. 45/97 vom 30. 10. 1997, S. 42 (*Gala* im „Besuchern verschlossenen [...] privaten Speisesaal“ von Roman Herzog, wo ihn die Präsidentengattin „mit selbstgemachtem Müsli [...] verwöhnt“); siehe auch *Gala* Nr. 38/97 vom 10. 9. 1997, S. 32 (Klaus Kinkel: „Unsere Ehe ist eine Schülerliebe, die bis heute gehalten hat“).