

4. Kapitel Länderbericht Deutschland: Urheberrechtliche Probleme der Google Buchsuche und der Bildersuche im Internet nach deutschem Urheberrecht

Die *Google* Buchsuche und das Erstellen, Speichern und Anzeigen von *Thumbnails* durch Internetsuchmaschinen werfen oftmals identische oder jedenfalls ähnliche urheberrechtliche Probleme auf. Vielfach sind dieselben Rechte des Urhebers betroffen und auch bei der Erfassung der Nutzungshandlungen im Rahmen des Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes ergeben sich vergleichbare Schwierigkeiten. Daher sollen beide Geschäftsmodelle im Folgenden hinsichtlich der (möglicherweise) betroffenen Verwertungsrechte der Urheber (sogleich A.) und möglicher Privilegierungen durch gesetzliche Schrankenregelungen (dazu B.) in gemeinsamen Abschnitten dargestellt werden. Dort, wo eines dieser Geschäftsmodelle spezielle Probleme aufwirft, wird jedoch zu differenzieren sein. Neben den Verwertungsrechten der Urheber können durch die Werknutzung beider Geschäftsmodelle auch Urheberpersönlichkeitsrechte verletzt sein (sodann C.). Werden durch die dargestellten Geschäftsmodelle urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte verletzt, so ist schließlich aufgrund der internationalen Dimension der internetbasierten Nutzungsformen zu prüfen, ob Urheber die Möglichkeit haben, sich gegen diese Verletzung in Deutschland zu wehren, und ob in diesem Fall deutsches Urheberrecht anwendbar ist. Diese Fragen sollen im Rahmen eines Exkurses geklärt werden (unten D.).

A. (Möglicherweise) Betroffene Verwertungsrechte des Urhebers

Durch die Digitalisierung von Büchern und deren Anzeige im Rahmen der *Google* Buchsuche und durch das Erstellen, Speichern und Anzeigen von *Thumbnails* durch Internetsuchmaschinen können ausschließliche Rechte der Urheber betroffen sein, namentlich das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung und das Bearbeitungsrecht.

I. Die Verwendung von Thumbnails im Rahmen der Bildersuche

1. Verneinung einer relevanten Nutzungshandlung

In der Literatur ist versucht worden, im Falle der Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit über Lösungsmöglichkeiten nachzudenken, sondern durch eine funktionale Auslegung der betroffenen Verwertungsrechte bereits das Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten Nutzung zu verneinen.⁴⁶⁹ Dieser Ansatz stützt sich im Wesentlichen auf Überlegungen des Bundesgerichtshofs in der *Kopienversanddienst*-Entscheidung⁴⁷⁰ und in weiteren Judikaten zur Bestimmung des Werknutzers in anderen Konstellationen.⁴⁷¹ In seiner *Kopienversanddienst*-Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass Werknutzer im rechtlichen Sinne nicht derjenige ist, der die Nutzung technisch bewerkstelligt, sondern derjenige, der sich des technischen Vorgangs zum Zweck der Werknutzung bedient.⁴⁷² Die Frage nach der urheberrechtlichen Verantwortung ist daher nicht rein technisch, sondern vielmehr aufgrund einer wertenden Betrachtung zu beurteilen.⁴⁷³

Eine Übertragung dieser funktionalen Auslegung auf die Bildersuche ergibt nach Ansicht von *Wimmers/Schulz*, dass der Suchmaschinenbetreiber nicht Werknutzer ist, da er durch das automatisierte Erstellen und Anzeigen von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche eine rein technische

469 So erstmals *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170 (176 f.); zustimmend *Conrad*, ZUM 2010, 585 (587); *Härting*, Internetrecht, 3. Aufl., Rn. 816 (anders nun 4. Aufl., Rn. 970); *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759 (762 f.); *Niemann*, CR 2009, 97; *ders.*, CR 2009, 661 (663); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 254 f.; *Schricker/Loewenheim/Wild*, § 97 Rn. 118; *Wäßle*, K&R 2008, 729 (731).

470 BGHZ 141, 13 – *Kopienversanddienst*.

471 Vgl. BGHZ 79, 350 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*; BGH, GRUR 1988, 206 – *Kabelfernsehen II*; BGHZ 123, 149 – *Verteileranlagen*; Z 134, 250 – *CB-Infobank I*; BGH, GRUR 1997, 464 – *CB-Infobank II*; GRUR 2000, 699 – *Kabelweitersendung*; BGHZ 152, 317 – *Sender Felsberg*.

472 Vgl. BGHZ 141, 13 (21) – *Kopienversanddienst*; Z 134, 250 (261) – *CB-Infobank I*.

473 Vgl. zur wertenden Betrachtung in Bezug auf das Senderecht *Dreier/Schulze*, § 20 Rn. 12; *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, § 20 Rn. 16, 35, jeweils m.w.N. Ausführlich zum Erfordernis einer wertenden Betrachtung außerdem *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170 (171 ff.) mit Hinweisen zur Rechtsprechung.

Dienstleistung erbringt.⁴⁷⁴ Da Bildersuchmaschinen in einem rein automatisierten, softwaretechnischen Verfahren textbasierte Hinweise auf Bildinhalte von Websites indexieren, bestehe keinerlei Beziehung zum indexierten Inhalt. Bei wertender Betrachtung sei der Suchmaschinenbetreiber daher nicht Werknutzer, sondern lediglich „notwendiges Werkzeug“ desjenigen, der sich der technischen Leistung „Suchmaschine“ bedient, um seine Inhalte auffindbar zu machen, und desjenigen, der das Internet zur Suche nach (Bild-)Informationen nutze. Schließlich unterliege die Indexierung und der Verbleib der Bildinhalte im Suchindex allein der Kontrolle und Steuerung desjenigen, der diese Inhalte in das Internet einstelle, da die Tätigkeit der Suchmaschinen durch diesen auf der Basis standardisierter Befehle gezielt steuerbar sei.⁴⁷⁵

Im Ergebnis kann diese Argumentation nicht überzeugen. An einer Vergleichbarkeit mit den vorgenannten, vom Bundesgerichtshof zu beurteilenden Konstellationen fehlt es bei der Frage der Verantwortlichkeit von Bildersuchmaschinenbetreibern bei genauerer Betrachtung: Zwar bietet die Dienstleistung „Suchmaschine“ einem Webseitenbetreiber die Möglichkeit, dass die von ihm ins Internet eingestellten Inhalte für andere Internetnutzer auffindbar werden.⁴⁷⁶ Die Entscheidung, Bilder in der Trefferliste als *Thumbnails* anzuzeigen, und die Auswahl der in der Trefferliste angezeigten Bilder erfolgt jedoch – wenn auch automatisiert – anhand eines Abgleichs der indexierten Bilder mit dem vom Nutzer eingegebenen Suchbegriff allein durch den Suchmaschinenbetreiber. Weder der Betreiber der Website, auf der sich das als *Thumbnail* angezeigte Originalwerk befindet, noch der Nutzer der Suchmaschine hat somit die alleinige Kontrolle über die Werknutzung. Vielmehr entscheidet letztlich gerade der Suchmaschinenbetreiber durch die Ausgestaltung seines Angebotes über den möglichen und tatsächlichen Umfang der Nutzung. Der Webseitenbe-

474 Vgl. *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170 (176 f.); zustimmend *Conrad*, ZUM 2010, 585 (587); *Härtig*, Internetrecht, 3. Aufl., Rn. 816 (anders nun 4. Aufl., Rn. 970); *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759 (762 f.); *Niemann*, CR 2009, 97; *ders.*, CR 2009, 661 (663); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 254 f.; *Schricker/Loewenheim/Wild*, § 97 Rn. 118; *Wäfle*, K&R 2008, 729 (731).

475 *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170 (177).

476 Zu beachten ist allerdings, dass vielfach die durch die Suchmaschine indexierten Bildinhalte ohne oder gegen den Willen des Rechteinhabers ins Internet gestellt worden sein werden. In diesen Fällen kann keinesfalls davon ausgegangen werden, dass der Rechteinhaber sich der Bildsuchmaschine als Dienstleistung bedient. Zu dieser Konstellation ausführlich unten 4. Kapitel, B.I.2.

treiber kann die Indexierung von Bildinhalten zwar ganz oder teilweise durch die Aufnahme entsprechender Befehle in die „robots.txt“-Datei seiner Internetseite verhindern.⁴⁷⁷ Nimmt er solche (Schutz-) Maßnahmen jedoch nicht vor, so werden die Inhalte der Webseite von den Crawlern erfasst, Bilddateien für die Bildersuche indexiert und als *Thumbnails* in der Ergebnisliste der Suchmaschine angezeigt. Die derartige Ausgestaltung der Crawler-Programme, die nur dann nicht „zugreifen“, wenn der Website-Betreiber die Erfassung von Inhalten seiner Internetseite durch ein technisches *Opt Out* ausdrücklich untersagt hat, zeigt, dass der maßgebliche „Nutzungsimpuls“ vom Suchmaschinenbetreiber ausgeht.

Diese Beurteilung ändert sich selbst dann nicht, wenn der Betreiber einer Internetseite von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, durch die entsprechende Gestaltung der „robots.txt“-Datei Suchmaschinen-Crawlern ausdrücklich die Erfassung der Bilddateien zu gestatten.⁴⁷⁸ Auch in diesem Fall erfolgen die wesentlichen Nutzungsschritte durch den Suchmaschinenbetreiber. Dieser muss seine Suchmaschinenleistung so ausgestalten, dass die Bilddateien auch tatsächlich „wunschgemäß“ erfasst und in die Bildersuchdatenbank aufgenommen werden. Insbesondere obliegt es aber allein dem Suchmaschinenbetreiber, anhand von Algorithmen die – automatisierte – Auswahl der in der Trefferliste als *Thumbnails* angezeigten Bilder so zu gestalten, dass diese dem durch den Suchbegriff gekennzeichneten „Suchinteresse“ des Nutzers möglichst weitgehend entsprechen. Auf diesen entscheidenden Schritt haben weder der Betreiber der Website, auf der sich das als *Thumbnail* angezeigte Originalwerk befindet, noch der Nutzer der Suchmaschine Einfluss. Gerade dieser letzte Schritt und die erzielte Treffergenauigkeit stellen jedoch für den Nutzer – und somit auch für den Betreiber – den wesentlichen Wert einer Bildersuchmaschine dar. Nur so erreicht der Suchmaschinenbetreiber sein Hauptziel – die Steigerung der Attraktivität der eigenen Dienstleistung durch die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche.

477 Zu den technischen Möglichkeiten der Steuerung der Suchmaschinen-Crawler durch die Aufnahme von Befehlen in die „robots.txt“-Datei der Internetseite siehe oben 3. Kapitel, B.

478 In diesen Fällen liegt eine Werknutzung durch den Suchmaschinenbetreiber dennoch vor. Diese Nutzung kann jedoch rechtmäßig sein, wenn man das ausdrückliche *Opt In* des Webseitenbetreibers als Einwilligung in die Werknutzung ansieht; siehe dazu näher unten 4. Kapitel, B.I.2.

Die *Thumbnail*-Nutzung dient folglich unmittelbar eigenen wirtschaftlichen Interessen des Suchmaschinenbetreibers. Es liegt daher durch das Umgestalten der Originalbilder und deren Bereithalten und Anzeigen in verkleinerter Form eine eigene urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung des Suchmaschinenbetreibers vor.⁴⁷⁹

2. §§ 23 S. 1, 16 UrhG – Bearbeitung/Umgestaltung und Vervielfältigungsrecht

a) Herstellung und Speicherung von Thumbnails der Originalwerke

Nach § 23 S. 1 UrhG dürfen Bearbeitungen und andere Umgestaltungen eines Werkes nur mit Einwilligung des Urhebers veröffentlicht oder verwendet werden. Die Herstellung der umgestalteten Fassung ist hingegen, abgesehen von den Fällen des § 23 S. 2 UrhG, frei.⁴⁸⁰ Sie ist im Verhältnis zum ebenfalls betroffenen Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG privilegiert und stellt daher noch keine einwilligungsbedürftige Verwertungshandlung dar.⁴⁸¹ Stellt die Herstellung und Speicherung von *Thumbnails* der Originalwerke also eine Bearbeitung im Sinne des § 23 S. 1 UrhG dar, so bedarf deren Veröffentlichung der Zustimmung der Urheber, nicht jedoch die Erstellung selbst. Nimmt man hingegen gar an, dass die Erstellung von verkleinerten Vorschaubildern für die Trefferliste eine freie Benutzung der Originalbilder im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG darstellt, so wäre eine Verwendung der *Thumbnails* vollständig zustimmungsfrei möglich.

Zur Festlegung, ob eine *Bearbeitung* nach § 23 S. 1 UrhG vorliegt, muss daher eine *Abgrenzung zur freien Benutzung* im Sinne des § 24

479 So auch BGHZ 185, 291 (297 f.) – *Vorschaubilder*; OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224) – *Thumbnails*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (320 f.); Dreier/Schulze, § 16 Rn. 14; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 19a Rn. 22; Ensthaler/Weidert/Weidert/Molle, Handbuch, Kap. 7 Rn. 236; Ernst, jurisPR-WettbR 11/2008 Anm. 4; Kleinemenke, CR 2009, 55; Leistner/Stang, CR 2008, 499 (501); Roggenkamp, K&R 2007, 328; Schack, MMR 2008, 414 (414 f.); ders., GRUR 2007, 639 (643); Scherzer, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 2; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 19a Rn. 47; Schricker/Loewenheim/Vogel, § 72 Rn. 26; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 21; Wandtke/Bullinger/Thum, § 72 Rn. 23.

480 Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 23 Rn. 17 ff. m.w.N.

481 Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 25.

Abs. 1 UrhG erfolgen. Eine freie Benutzung setzt nach dem Gesetzeswortlaut voraus, dass ein selbständiges Werk entsteht, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen wird. Die Neuschöpfung muss also ihrerseits selbständig schutzfähig sein, und zwar unabhängig von den anregenden Elementen des benutzten Werkes.⁴⁸² Nach ständiger Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblassen, so dass die Benutzung des älteren Werkes durch das neuere Werk nur noch als Anregung zu einem neuen, selbständigen Werkschaffen erscheint.⁴⁸³ Anhand eines Vergleichs der einander gegenüberstehenden Werke ist zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eigen schöpferische Züge des älteren Werkes übernommen worden sind. Der für eine freie Benutzung erforderliche Abstand zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes kann dabei – selbst bei der Übernahme deutlicher Teile – auch darin liegen, dass das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des älteren Werkes einen so großen inneren Abstand hält, dass es seinem Wesen nach als selbständig anzusehen ist.⁴⁸⁴ Maßgebend für die Entscheidung ist letztlich ein Vergleich des jeweiligen Gesamteindrucks der Gestaltungen, in dessen Rahmen sämtliche übernommenen schöpferischen Züge in einer Gesamtschau zu berücksichtigen sind; es kommt also entscheidend auf die Übereinstimmungen, nicht dagegen auf die Verschiedenheiten zwischen beiden Werken an.⁴⁸⁵ Für die Ermittlung des jeweiligen Gesamteindrucks und den Vergleich kommt es auf das ästhetische Urteil des für Kunst empfänglichen und mit Kunstfragen einigermaßen vertrauten Menschen an.⁴⁸⁶

Die Annahme des Vorliegens einer freien Benutzung durch das Erstellen von *Thumbnails* muss also bereits dann ausscheiden, wenn die

482 Vgl. BGH, GRUR 1961, 631 (632) – *Fernsprechbuch*; Dreier/Schulze, § 24 Rn. 5.

483 Vgl. BGH, GRUR 1994, 191 (193) – *Asterix-Persiflagen*; BGHZ 154, 260 (267) – *Gies-Adler*; BGHZ 181, 98 (106 f.) – *Tripp-Trapp-Stuhl*; zuletzt BGH, GRUR 2011, 134 (137) – *Perlentaucher*, jeweils m.w.N.

484 Siehe BGH, GRUR 2011, 134 (137) – *Perlentaucher*.

485 Vgl. BGH, GRUR 2004, 855 (857) – *Hundefigur*; BGHZ 181, 98 (116 f.) – *Tripp-Trapp-Stuhl*; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 24 Rn. 15.

486 St. Rspr., vgl. BGHZ 62, 331 (336 f.) – *Schulerweiterung*; BGH, GRUR 1980, 853 (854) – *Architektenwechsel*; GRUR 1982, 107 (110) – *Kirchen-Innenraumgestaltung*; GRUR 2008, 984 (986) – *St. Gottfried*; BGHZ 181, 98 (109 f.) – *Tripp-Trapp-Stuhl*.

Thumbnails keine selbständigen Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes darstellen. Die verkleinerten Vorschaubilder dienen dazu, dem Nutzer einen möglichst schnellen und genauen Überblick über den mit Hilfe der Suchanfrage aufgefundenen Inhalt zu verschaffen. Die wesentlichen, prägenden Züge des Originalwerkes müssen zu diesem Zweck gerade erkennbar bleiben, da andernfalls die Vorschau für den Nutzer wenig ergiebig wäre. Die *Thumbnails* weisen daher aber gerade keinen ausreichenden künstlerischen Abstand zum benutzten Werk auf, so dass nicht von einem Verblässen der individuellen Züge des Originalwerkes gesprochen werden kann.⁴⁸⁷ Ein rein wirtschaftlicher Funktionswandel durch eine grundlegende Veränderung des Verwertungszusammenhangs ohne Schaffung eines selbständigen Werkes kann – zumindest nach deutschem Recht⁴⁸⁸ – die Annahme einer freien Benutzung nicht rechtfertigen.⁴⁸⁹ Zudem werden die *Thumbnails* durch ein maschinelles, vollständig automatisiertes Verfahren erstellt,⁴⁹⁰ so dass die nach § 2 Abs. 2 UrhG für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit erforderliche *persönliche geistige* Schöpfung nicht gegeben ist.⁴⁹¹ Das Erstellen von *Thumbnails* ist aus diesen Gründen nicht als freie Benutzung im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG zu werten.⁴⁹²

Fraglich ist somit, ob das Erstellen von *Thumbnails* eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung im Sinne des § 23 S. 1 UrhG darstellt. Nimmt man mit einem Teil der Literatur an, Bearbeitungen seien nur solche Abwandlungen des Werkes, die die notwendige Schöpfungshöhe besitzen,

487 So auch LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (316); OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224) – *Thumbnails*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (318); vgl. auch Fromm/Nordemann/A.Nordemann, § 72 Rn. 21; Ott, ZUM 2007, 119 (125); Schack, MMR 2008, 414 (415); Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (763).

488 Zur Rechtslage nach US-amerikanischem Recht siehe ausführlich unten 5. Kapitel, B.I.

489 Vgl. Leistner/Stang, CR 2008, 499 (501).

490 Zum technischen Hintergrund siehe oben 3. Kapitel, B.

491 So auch LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (316); OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224); LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (318); Leistner/Stang, CR 2008, 499 (501); Ott, ZUM 2007, 119 (125); Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (763 f.).

492 Im Ergebnis ebenso Dreier/Schulze, § 24 Rn. 37; Harte-Bavendamm/Jürgens, in: FS Schrickler II, S. 33 (47); Kleinemenke, CR 2009, 55; Leistner, IIC 2011, 417 (423); Leistner/Stang, CR 2008, 499 (501); Ott, ZUM 2007, 119 (125); ders., K&R 2008, 306 (308); Roggenkamp, K&R 2007, 328; ders., jurisPR-iTR 14/2008 Anm. 2; Schack, MMR 2008, 414 (415); Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (763 f.); Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, § 24 Rn. 15.

um selbst als Bearbeitung nach § 3 UrhG urheberrechtsschutzfähig zu sein,⁴⁹³ so stellen *Thumbnails* keine Bearbeitung im Sinne des § 23 S. 1 UrhG dar. Dieser Auffassung folgend unterfielen die *Thumbnails* als Änderungen des Ausgangswerks ohne eigenen Werkcharakter jedoch als „andere Umgestaltungen“ dennoch der Regelung des § 23 S. 1 UrhG.⁴⁹⁴ Die Gegenauffassung, die sich auf die amtliche Begründung zum Urheberrechtsgesetz stützt, sieht hingegen den Unterschied zwischen Bearbeitung und anderer Umgestaltung darin, dass die Bearbeitung eine dem Originalwerk dienende Funktion habe und dieses einem veränderten Zweck anpassen wolle, während dies bei der Umgestaltung nicht der Fall sei.⁴⁹⁵ Folgt man dieser Ansicht, so stellen die *Thumbnails* eine Bearbeitung dar, da sie als Vorschau auf das Originalbild eine diesem dienende Funktion haben.⁴⁹⁶

Während die zweitgenannte Ansicht vorzugswürdig erscheint, spielt die strittige Frage der Abgrenzung von Bearbeitungen und sonstigen Umgestaltungen im Sinne dieser Norm hier letztlich keine entscheidende Rolle, da sowohl für die Verwendung einer Bearbeitung als auch die einer sonstigen Umgestaltung stets die Einwilligung des Urhebers erforderlich ist.

493 Vgl. Fromm/Nordemann/A.Nordemann, §§ 23/24 Rn. 10; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 216; Schack, Urheberrecht, Rn. 268; ders., Kunst und Recht, Rn. 332; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 3; Wandtke/Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 3 Rn. 165 ff.

494 Vgl. OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224) – *Thumbnails*; Dreier/Schulze, § 23 Rn. 7; Fromm/Nordemann/A.Nordemann, §§ 23/24 Rn. 10; Ott, K&R 2008, 306 (308); Roggenkamp, jurisPR-iTR 14/2008 Anm. 2; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (763 f.); Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 4; Wandtke/Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 3 Rn. 165. A.A. Dreier, in: FS Krämer, S. 225 (228); Hüsch, CR 2010, 452 (453 f.); Schack, MMR 2008, 414 (415) und Schri cker/Loewenheim/Vogel, § 72 Rn. 26, die erst bei größeren Abweichungen vom Ausgangswerk eine „andere Umgestaltung“ i.S.d. § 23 S. 1 UrhG annehmen möchten und daher im Erstellen der *Thumbnails* lediglich eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG sehen.

495 Vgl. BT-Drs. IV/270, S. 51; OLG Düsseldorf, GRUR 1990, 263 (266) – *Automaten-Spielplan*; KG, GRUR-RR 2004, 129 (131) – *Modernisierung einer Liedaufnahme*, Chakraborty, Freie Benutzung, S. 33 f.; Dreier/Schulze, § 23 Rn. 5 ff.; Leistner/Stang, CR 2008, 499 (501); Schri cker/Loewenheim/Loewenheim, § 23 Rn. 4 m.w.N.

496 A.A. OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224) – *Thumbnails*, das annimmt, die Verkleinerung auf *Thumbnail*-Größe diene allein der technischen Ausgestaltung der Bildersuche und habe daher keine eigenständige, dem Werk dienende Funktion.

Das Erstellen von *Thumbnails* unterfällt somit der Regelung des § 23 S. 1 UrhG.

b) Verhältnis von § 23 UrhG zu § 16 UrhG

Die Speicherung der *Thumbnails* auf den Servern der Suchmaschinenbetreiber könnte neben der Bearbeitung beziehungsweise Umgestaltung eine Vervielfältigung der Originalwerke im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG sein. Nach § 16 Abs. 1 UrhG ist das Vervielfältigungsrecht das Recht, Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen, gleichgültig ob vorübergehend oder dauerhaft und unabhängig vom Verfahren und der Anzahl. Der Begriff der Vervielfältigung ist dabei umfassend zu verstehen. Vervielfältigung ist jede körperliche Festlegung des Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.⁴⁹⁷

Eine Vervielfältigung liegt im Rahmen der Bildersuche zum einen bereits durch die vorübergehende Speicherung der auf den Webseiten durch die Crawler aufgefundenen Bilder in Originalgröße auf den Servern des Suchmaschinenbetreibers vor. Diese Speicherung ist als Vorstufe zur Erstellung und Speicherung der verkleinerten *Thumbnails* erforderlich. Dass die Bilder in Originalgröße anschließend wieder von den Servern des Suchmaschinenbetreibers gelöscht werden, ändert nichts daran, dass eine vorübergehende körperliche Festlegung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG vorliegt.

Unter das Vervielfältigungsrecht fallen jedoch nicht nur identische Festlegungen des Originalwerkes, sondern auch solche in veränderter Form, etwa in einen anderen Werkstoff, in eine andere Dimension oder in eine andere Größe.⁴⁹⁸ Eine Festlegung ist demnach stets dann als Vervielfältigung des Ausgangswerkes anzusehen, wenn sie ohne eigene schöpferische Ausdruckskraft geblieben ist und noch im Schutzbereich des Originals liegt, weil dessen Eigenart auch in der Nachbildung erhalten bleibt

497 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, S. 47; ebenso schon RGZ 107, 277 (279); BGHZ 17, 266 (269 f.) – *Grundig-Reporter*.

498 Vgl. BGH, GRUR 1963, 441 (443) – *Mit Dir allein*; GRUR 1988, 533 (535) – *Vorentwurf II*; GRUR 1991, 529 (530) – *Explosionszeichnungen*; Dreier/Schulze, § 16 Rn. 10; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 16 Rn. 11; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 16 Rn. 8 m.w.N.

und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht.⁴⁹⁹ So liegt der Fall bei der Erstellung und Speicherung verkleinerter und komprimierter *Thumbnails* als Vorschaubilder für die Originalwerke: Der Gesamteindruck der Originalbilder soll trotz erheblicher Verkleinerung und reduzierter Qualität gerade gewahrt werden, um dem Nutzer einen möglichst guten Überblick über die Relevanz der in der Trefferliste angezeigten Bilder für seine Suchanfrage zu ermöglichen.⁵⁰⁰ In Form der Bearbeitungen (oder anderen Umgestaltungen) im Sinne des § 23 S. 1 UrhG erfolgt eine körperliche Festlegung des Originalwerkes; das Erstellen und Speichern der *Thumbnails* ist somit eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG.⁵⁰¹

Das Vervielfältigungsrecht ist ein Verbotsrecht. Dem Urheber des Originalwerkes stünde somit nach dem Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit zu, das Erstellen und Speichern von *Thumbnails* wegen eines Eingriffs in § 16 UrhG zu untersagen.⁵⁰² Nach § 23 S. 1 UrhG steht dem Urheber hingegen nur ein Verbotungsrecht hinsichtlich der Veröffentlichung und Verwertung der *Thumbnails* zu, das Erstellen der Bearbeitung selbst ist hingegen auch ohne seine Einwilligung – und sogar gegen seinen ausdrücklichen Willen – zulässig.⁵⁰³

Wie diese Konfliktsituation zwischen der Regelung des § 16 UrhG und des § 23 UrhG aufzulösen ist, ist umstritten. Nach einer Ansicht schließen

499 Vgl. BGH, GRUR 1965, 45 (47) – *Stadtplan*; GRUR 1988, 533 (535) – *Vorentwurf II*; BGHZ 185, 291 (296) – *Vorschaubilder*; Dreier/Schulze, § 16 Rn. 10.

500 Vgl. bereits oben 4. Kapitel, A.I.1. zum Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung.

501 So auch LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (316); Dreier/Schulze, § 16 Rn. 10; Fromm/Nordemann/Nordemann, 9. Aufl., § 16 Rn. 1; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 318; Schack, Urheberrecht, Rn. 417; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 16 Rn. 9; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 21; a.A. Fromm/Nordemann/Dustmann, § 16 Rn. 11; HK-UrhR/Dreyer, § 16 Rn. 9. Ausdrücklich offen gelassen von OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 – *Thumbnails* mit dem Hinweis, dass etwaige Vervielfältigungshandlungen im konkreten Fall unstreitig in den USA stattgefunden hätten und sich daher der deutschen Gerichtsbarkeit entzögen. Kritisch zu dieser Annahme des OLG Jena, Schack, MMR 2008, 414.

502 Vgl. Dreier/Schulze, § 16 Rn. 18; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 15 Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 15 Rn. 5; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (766).

503 Vgl. Dreier/Schulze, § 23 Rn. 16 ff.; Fromm/Nordemann/A.Nordemann, § 23/24 Rn. 15; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 23 Rn. 17 ff.; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 1, 7 f.

sich Bearbeitung beziehungsweise Umgestaltung und Vervielfältigung aus. Bearbeitungen und Umgestaltungen im Sinne des § 23 UrhG sind daher auch nicht als Vervielfältigungsstücke des Originalwerkes zu sehen.⁵⁰⁴ Nach der Gegenauffassung kann es sich bei Bearbeitungen zugleich um Vervielfältigungen nach § 16 UrhG handeln. Die Herstellung der Bearbeitung ist jedoch durch § 23 UrhG als *lex specialis* privilegiert und stellt daher keine einwilligungsbedürftige Verwertungshandlung dar.⁵⁰⁵ Innerhalb dieser Ansicht wird teilweise anhand eines quantitativen Elements weiter differenziert. So sollen Bearbeitungen und Umgestaltungen unter das Vervielfältigungsrecht fallen, wenn sie nur eine geringfügige Abweichung vom Originalwerk darstellen.⁵⁰⁶

Um die Regelung des § 23 S. 1 UrhG nicht weitgehend leer laufen zu lassen, erscheint es vorzugswürdig, die Norm als Sonderregelung mit Vorrang vor der allgemeinen Regel des § 16 UrhG anzusehen.⁵⁰⁷ Letztlich kann jedoch auch hier eine Entscheidung zugunsten einer der vorgenannten Ansichten dahinstehen, da nach beiden Auffassungen in der Herstellung und Speicherung der *Thumbnails* jedenfalls eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung gesehen wird – in Form nur einer Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG, als Bearbeitung nach § 23 S. 1 UrhG oder als Vervielfältigung einer Bearbeitung nach §§ 16, 23 S. 1 UrhG.

3. § 19a UrhG – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Neben dem Bearbeitungs- und Vervielfältigungsrecht könnte durch das Bereitstellen der *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG betroffen sein. § 19a UrhG behält dem Urheber das ausschließliche Recht vor, sein Werk in Netzwerke – insbesondere das Internet – einzuspeisen und es so Mitgliedern der Öffentlichkeit drahtlos oder drahtgebunden von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich zu machen. Gegenstand des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist das Bereitstellen von Werken zum in-

504 Vgl. Möhring/Nicolini/Kroitzsch, § 16 Rn. 10.

505 Vgl. Dreier/Schulze, § 16 Rn. 5; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 25.

506 Vgl. Dreier/Schulze, § 23 Rn. 16.

507 So insbesondere Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 25.

teraktiven Abruf. Die maßgebliche Verwertungshandlung ist das Zugänglichmachen des Werkes für den interaktiven Abruf. Ein Zugänglichmachen im Sinne dieser Vorschrift liegt also vor, sobald Dritten der Zugriff auf das sich in der Zugriffssphäre des Vorhaltenden befindende geschützte Werk eröffnet wird; auf den tatsächlichen Abruf des Werkes kommt es folglich nicht an.⁵⁰⁸

Eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne dieser Norm käme beim Bereitstellen von *Thumbnails* grundsätzlich sowohl im Hinblick auf das Originalwerk als auch hinsichtlich der Bearbeitung – also des *Thumbnails* selbst – in Betracht. Ob in dieser Konstellation auch das Originalwerk öffentlich zugänglich gemacht wird, ist umstritten,⁵⁰⁹ kann letztlich jedoch dahinstehen, weil jedenfalls die *Thumbnails* selbst zugänglich gemacht werden und somit eine öffentliche Zugänglichmachung der Bearbeitungen im Sinne der §§ 19a, 23 S. 1 UrhG vorliegt,⁵¹⁰ die in die ausschließlichen Rechte des Urhebers eingreift, da jede Art der Verwertung einer Bearbeitung erlaubnispflichtig ist.⁵¹¹

Beim Abruf der *Thumbnails* durch die Suchmaschinennutzer werden zudem Kopien im Arbeitsspeicher des Computers beim jeweiligen Nutzer angefertigt. Auch das Zwischenspeichern im Arbeitsspeicher eines Computers ist eine Vervielfältigung, da es auf eine Dauerhaftigkeit der Festlegung ausdrücklich nicht ankommt.⁵¹² Bei diesen Kopien im Arbeitsspei-

508 Vgl. BGH, GRUR 2009, 845 (847) – *Internet-Videorecorder*; BGHZ 185, 291 (297) – *Vorschaubilder*; zuletzt BGH, GRUR 2011, 56 (58) – *Session-ID*; Dreier/Schulze, § 19a Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 19a Rn. 10.

509 Ablehnend Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (769); wohl auch Dreier/Schulze, § 19a Rn. 6; a.A. LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (318); Wandtke/Bullinger/Thum, § 72 Rn. 23.

510 So auch LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (316) (allerdings noch vor Inkrafttreten des § 19a UrhG); LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (318 f.); Kleinemenke, CR 2009, 55; Leistner, IIC 2011, 417 (424); Leistner/Stang, CR 2008, 499 (502); Ott, ZUM 2007, 119 (125); Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 19a Rn. 47; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 21. Das OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (223 f.) – *Thumbnails* stellt ebenfalls auf die Verwertung einer Umgestaltung ab, sieht diese jedoch als einen Eingriff in ein unbenanntes Verwertungsrecht nach § 15 Abs. 2 UrhG an.

511 Vgl. oben 4. Kapitel, A.I.2.

512 Dies war früher umstritten, dürfte jedoch heute als ganz h.M. gelten, vgl. OLG Hamburg, GRUR 2001, 831 (832) – *Roche Lexikon Medizin*; Dreier/Schulze, § 16 Rn. 13 f.; Dreier/Schulze, § 69c Rn. 8; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 69c Rn. 7; Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 16, jeweils m.w.N.

cher handelt es sich somit erneut um Vervielfältigungen der Bearbeitung im Sinne der §§ 16, 23 S. 1 UrhG. Diese können dem Suchmaschinenbetreiber ebenfalls über die Grundsätze der Störerhaftung zugerechnet werden.⁵¹³

II. Google Buchsuche

Auch im Rahmen der *Google* Buchsuche sind ausschließliche Rechte des Urhebers betroffen, namentlich das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).

1. § 16 UrhG – Vervielfältigungsrecht

Das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG ist umfassend und erstreckt sich auf Vervielfältigungen jeglicher Art. Eine Vervielfältigung ist dabei jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, dieses den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.⁵¹⁴ Eine solche körperliche Festlegung erfolgt bei der *Google* Buchsuche gleich mehrfach. Zunächst durch die optische Erfassung des Werkes im Rahmen des Scanvorganges und die anschließende Speicherung als Bilddatei und sodann durch die darauf folgende Umcodierung der Bilddatei in eine maschinenlesbare Textdatei. Selbst wenn es bei diesem zweiten Schritt zu Fehlern kommen sollte, so dass kein exaktes Vervielfältigungsstück des Originalwerkes mehr vorliegt,⁵¹⁵ ändert sich diese Bewertung nicht, da nicht nur identische, sondern auch nahezu identische Vervielfältigungen und Teilvervielfältigungen, wenn in diesen die geistige Schöpfung des Urhebers zum Ausdruck kommt, von § 16 UrhG erfasst werden.⁵¹⁶ Das Vervielfältigungsrecht des Urhebers

513 So im Ergebnis ebenfalls LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (315); *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (502).

514 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, S. 47; BGHZ 17, 266 (269 f.) – *Grundig-Reporter*.

515 Zu den urheberpersönlichkeitsrechtlichen Implikationen solcher Konvertierungsfehler siehe unten 4. Kapitel, C.II.2.

516 Vgl. zur nahezu identischen Vervielfältigung BGH, GRUR 1988, 533 (535) – *Vorentwurf II*; GRUR 1991, 529 (53) – *Explosionszeichnungen*; Dreier/Schulze,

nach § 16 UrhG ist durch *Googles* Vorgehen somit gleich zweifach betroffen.⁵¹⁷

Zudem stellt auch der Abruf der Suchergebnisse durch die Nutzer der *Google* Buchsuche aufgrund der damit einhergehenden Anfertigung einer (zumindest vorübergehenden) Kopie im (Arbeits-)Speicher des jeweiligen Computers einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers dar.⁵¹⁸ Hier erfolgt freilich eine mögliche Urheberrechtsverletzung nicht unmittelbar durch *Google* als Betreiberin der Buchsuche, sondern durch den Nutzer selbst, der die (rechtswidrige) Vorlage abrufen und vervielfältigt. Eine Haftung von *Google* für diese Vervielfältigungshandlungen käme folglich nur dann in Betracht, wenn dem Suchmaschinenbetreiber die Nutzungshandlung zurechenbar ist und er deshalb als (mittelbarer) Störer haftet. Eine Verantwortlichkeit nach den Grundsätzen der Störerhaftung setzt voraus, dass der Störer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes beiträgt.⁵¹⁹ Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte.⁵²⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf die Störerhaftung jedoch nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, die die rechtswidrige Handlung nicht selbst vorgenommen haben. Daher setzt die Haftung als Störer die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere Prüfpflichten, voraus, deren Umfang sich danach bestimmt, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genom-

§ 16 Rn. 10; zur Teilvervielfältigung siehe EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569, Rn. 47 ff. = GRUR 2009, 1041 (1044) – *Infopaq International A/S./ Danske Dagblades Forening*; OLG Köln, ZUM 2011, 414 (416) – *Suchdienst für Zeitungsartikel*; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 42.

517 So im Ergebnis auch *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586 (588); *Bohne/Krüger*, WRP 2009, 599 (606); *Heckmann*, AfP 2007, 314 (315); *Lucke*, Google Buchsuche, S. 70 f., 75 f.; *Meyer*, K&R 2007, 177 (183); *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (564).

518 Ebenso *Meyer*, K&R 2007, 177 (183); allgemein zur (weiterhin) umstrittenen Frage, ob bei der bloß vorübergehenden Festlegung im Arbeitsspeicher bereits eine Vervielfältigung vorliegt, siehe OLG Hamburg, GRUR 2001, 831 – *Roche Lexikon Medizin*; *Dreier/Schulze*, § 16 Rn. 13 m.w.N.

519 Siehe nur BGH, GRUR 2010, 633 (634 f.) – *Sommer unseres Lebens* m.w.N.

520 Siehe zuletzt BGH, GRUR 2012, 651 (652) – *regierung-oberfranken.de*.

menen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.⁵²¹ Das Geschäftsmodell der *Google* Buchsuche zielt gerade darauf ab, Nutzern fremde Werke ganz oder teilweise zugänglich zu machen, was zwingend eine Vervielfältigung der angezeigten Werkausschnitte im Arbeitsspeicher der Nutzer erfordert. Jedenfalls bei einem weit verstandenen Störerbegriff ist deshalb nicht auszuschließen, dass ein Gericht bei der Beurteilung der *Google* Buchsuche auch diese Vervielfältigungen durch die Nutzer selbst *Google* nach den Grundsätzen der Störerhaftung zurechnen würde.

2. § 19a UrhG – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Es könnte zudem durch die Ermöglichung der Volltextsuche und die Anzeige der Suchergebnisse ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG vorliegen. Rechtlich grundsätzlich unproblematisch ist die vollständige Darstellung solcher Werke, bezüglich deren öffentlicher Zugänglichmachung im Rahmen des Partner-Programms die Einwilligung des Rechteinhabers vorliegt. Problematisch sind hingegen die Fälle, in denen eine solche Einwilligung fehlt und dem Nutzer anstelle einer vollständigen Wiedergabe beim Abruf der Suchergebnisse lediglich ermöglicht wird, einzelne Textpassagen der ausgewählten Werke, sogenannte *Snippets*, einzusehen. Allerdings kommt eine Verletzung des § 19a UrhG nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Anzeige der Textausschnitte um die öffentliche Zugänglichmachung eines *Werkes* im Sinne des § 2 UrhG handelt, die *Snippets* selbst also urheberrechtlichen Schutz genießen. Die Textauszüge zeigen die Fundstelle des vom Nutzer gesuchten Ausdrucks in einem bestimmten Werk, indem der gesuchte Ausdruck im Zusammenhang der ihn umgebenden Wörter oder Sätze dargestellt wird. Die *Snippets* haben daher in der Regel eine Länge von meh-

521 Vgl. grundlegend zur Störerhaftung im Urheberrecht BGH, GRUR 2010, 633 – *Sommer unseres Lebens* mit Anm. *Stang/Hühner*, GRUR 2010, 636 f.; zur Störerhaftung im Markenrecht BGH, GRUR 2004, 860 – *Internet-Versteigerung I*; GRUR 2007, 708 – *Internet-Versteigerung II*; GRUR 2011, 1038 – *Stiftparfüm*; grundlegend zur wettbewerblchen (täterschaftlichen) Haftung für mittelbare Schutzrechtsverletzungen wegen des Verstoßes gegen Prüfungs- und Verkehrspflichten BGH, GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*. Ausführlich zur Störerhaftung und mittelbaren Schutzrechtsverletzung im Urheber-, Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1 ff.; *Leistner/Stang*, WRP 2008, 533 ff.

rerer Halbsätzen oder maximal einigen wenigen vollständigen Sätzen. Eine Schutzfähigkeit als Sprachwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG kommt grundsätzlich auch für sehr kurze (Wort-)Gebilde in Betracht, also potentiell auch für einzelne Teile eines Buches bis hin zu einzelnen Sätzen.⁵²² Unzweifelhaft ist dies der Fall, wenn es sich bei dem aus wenigen Worten bestehenden betroffenen Werkteil um eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG handelt, in diesem also eine hinreichende schöpferische Eigenart zum Ausdruck kommt, so dass er die nach deutschem Recht grundsätzlich notwendige Schöpfungshöhe erreicht.⁵²³ Das Vorliegen einer persönlich geistigen Schöpfung ist zwar in Einzelfällen nicht auszuschließen, wird jedoch in der Regel aufgrund mangelnder Schöpfungshöhe nicht anzunehmen sein.⁵²⁴

Durch horizontale Harmonisierungsbestrebungen der EU zeichnet sich jedoch eine Tendenz ab, allgemein geringere Anforderungen an die Schutzfähigkeit zu stellen und somit auch Werken mit geringerer Individualität urheberrechtlichen Schutz zuzugestehen.⁵²⁵ Diese Tendenz hat der EuGH in seiner Entscheidung in Sachen „*Infopaq/DDF*“ im Rahmen einer Frage zur Auslegung des Vervielfältigungsrechts der InfoSoc-Richtlinie dahingehend konkretisiert, dass grundsätzlich für alle Werkarten als Mindestschutzvoraussetzung der für den Schutz von Computerprogrammen,⁵²⁶ Datenbanken⁵²⁷ und Fotografien⁵²⁸ durch europäisches Recht vorgegebene

522 Vgl. BGHZ 9, 262 (267 f.) – *Lied der Wildbahn*; BGHZ 116, 136 (144 ff.) – *Leitsätze*; OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249 (251) – *Abstracts*; Dreier/Schulze, § 3 Rn. 17; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 2 Rn. 89 f.; Raue, GRUR 2011, 1088 f.

523 Vgl. BGHZ 116, 136 (144 f.) – *Leitsätze*.

524 Ähnlich Heckmann, AfP 2007, 314 (316); Ott, GRUR Int. 2007, 562 (564).

525 Vgl. Dreier/Schulze, § 2 Rn. 22; Leistner, Rechtsschutz von Datenbanken, S. 66 f.; Schulze, GRUR 2009, 1019.

526 Siehe Art. 1 Abs. 3 S. 1 Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (jetzt: Art. 1 Abs. 3 S. 1 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung)). Siehe zur Computerprogramm-RL auch unten 6. Kapitel, B.II.

527 Siehe Art. 3 Abs. 1 S. 2 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken. Ausführlich zu dieser Regelung Gaster, Rechtsschutz von Datenbanken, Art. 3 Rn. 115 ff.; Leistner, Rechtsschutz von Datenbanken, S. 66 ff. Siehe zur Datenbank-RL auch unten 6. Kapitel, B.II.

528 Siehe Art. 6 S. 1 Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter

(niedrigere) Maßstab einer „eigenen geistigen Schöpfung“ des Urhebers verlangt werden soll.⁵²⁹ Auch (sehr) kurze Werkteile, etwa auch *Snippets*, können demnach urheberrechtlichen Schutz genießen, wenn sie bestimmte Elemente enthalten, die die eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers – also ein Mindestmaß an Individualität – zum Ausdruck bringen. Diese grundlegenden Aussagen zum Werkbegriff hat der EuGH inzwischen – im Hinblick auf verschiedene Werkarten – näher konkretisiert und differenziert.⁵³⁰ In der Entscheidung *Painer/Standard*⁵³¹ hat der Gerichtshof in Bezug auf Fotografien im Sinne des Art. 6 der Richtlinie 93/98/EWG⁵³² festgestellt, um eine „eigene geistige Schöpfung“ handele es sich dann, wenn in dem Werk die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck komme. Dies sei dann der Fall, wenn er bei der Herstellung des Werkes seine schöpferischen Fähigkeiten zum Ausdruck bringen konnte, indem er frei kreative Entscheidungen getroffen hat.⁵³³ Das Merkmal der im Werk zum

Schutzrechte (jetzt: Art. 6 S. 1 Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte (kodifizierte Fassung)).

529 EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041 (1044) – *Infopaq International A/S./ Danske Dagblades Forening*.

530 Siehe etwa zur Urheberrechtsschutzfähigkeit von Computerprogrammen und ihrer Einzelteile EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-393/09, Rn. 44 ff., Abl. EU 2011, C 63/08 = GRUR 2011, 220 – *BSA./ Kulturministerium*; EuGH, Urt. v. 2.5.2012, C-406/10, Rn. 29 ff., 63 ff., Abl. EU 2012, C 174/05 = GRUR 2012, 814 – *SAS Institute Inc./ World Programming Ltd.*; zur Schutzfähigkeit von Sportereignissen und der Sendefolge EuGH, Urt. v. 4.10.2011, C-403/08 und C-429/08, Rn. 96 ff., Abl. EU 2011, C 347/02 = GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League Ltd. u.a./ QC Leisure u.a. und Murphy./ Media Protection Services Ltd.*; zur Schutzfähigkeit von Fotografien EuGH, Urt. v. 1.12.2011, C-145/10, Rn. 86 ff., Abl. EU 2012, C 32/07 = GRUR 2012, 166 – *Painer./ Standard VerlagsGmbH u.a.*; zum urheberrechtlichen Schutz von Datenbanken EuGH, Urt. v. 1.3.2012, C-604/10, Rn. 29 ff., Abl. EU 2012, C 118/05 = GRUR 2012, 386 – *Football Dataco Ltd. u.a./ Yahoo! UK Ltd.*

531 EuGH, Urt. v. 1.12.2011, C-145/10, Abl. EU 2012, C 32/07 = GRUR 2012, 166 – *Painer./ Standard VerlagsGmbH u.a.*

532 Entspricht Art. 6 der Richtlinie 2006/116/EG (sog. Schutzdauer-Richtlinie).

533 Siehe EuGH, C-145/10, Rn. 88 f. = GRUR 2012, 166 (168) – *Painer./ Standard VerlagsGmbH u.a.* Entsprechend hat der EuGH die Werkeigenschaft abgelehnt für Sportereignisse, die Spielregeln unterliegen, die für eine künstlerische Freiheit im Sinne des Urheberrechts keinen Raum lassen; siehe EuGH, Urt. v. 4.10.2011, C-403/08 und C-429/08, Rn. 98 = GRUR 2012, 156 (160) – *Football Association Premier League Ltd. u.a./ QC Leisure u.a. und Murphy./ Media Protection Services Ltd.*

Ausdruck kommenden Persönlichkeit entnimmt der EuGH dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/98/EWG.⁵³⁴ Ob dieses zusätzliche Merkmal der im Werk zum Ausdruck kommenden Persönlichkeit des Urhebers nur bei der Bestimmung der Schutzfähigkeit von Fotografien Geltung beansprucht oder ob es allgemein bei allen Werkarten eine Schutzvoraussetzung darstellen soll, beantwortet der Gerichtshof nicht. Für Letzteres spricht jedoch, dass der EuGH seine Begründung nicht als bereichsspezifische Abweichung, sondern als Fortentwicklung und Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung zum Werkbegriff formuliert.⁵³⁵ Es erscheint daher wahrscheinlich, dass der EuGH in Zukunft unabhängig von der Werkart für die Schutzfähigkeit einer „eigenen geistigen Schöpfung“ die – gegenüber den Vorgaben der *Infopaq*-Entscheidung modifizierte, leicht erhöhte – Anforderung einer gewissen persönlichkeitsrechtlichen Prägung durch die Ausnutzung eines Gestaltungsspielraumes durch den Urheber stellen wird.⁵³⁶

Der Gerichtshof hat weiter festgestellt, keine der Richtlinien, die auf eine „eigene geistige Schöpfung“ abstellen, enthalte einen Anhaltspunkt dafür, dass sich der Umfang des Schutzes nach etwaigen Unterschieden bei den künstlerischen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Herstellung verschiedener Kategorien von Werken richte. Weise ein Werk oder Werkteil die Qualität eines Werkes im Sinne einer „eigenen geistigen Schöpfung“ des Urhebers auf, so sei der Schutz nicht schwächer als derjenige, der anderen Werken zukommt.⁵³⁷

Dem in den einschlägigen Richtlinien nur punktuell harmonisierten Werkbegriff hat der EuGH somit inzwischen deutlichere Konturen gegeben. Wendet man das vom EuGH befürwortete Schutzniveau unter Berücksichtigung der traditionellen Position der deutschen Gerichte zum Werkcharakter auf die *Google* Buchsuche an, so zeigt sich, dass die Werkqualität einzelner *Snippets* nicht ausgeschlossen ist, keinesfalls jedoch je-

534 Entspricht Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2006/116/EG (sog. Schutzdauer-Richtlinie).

535 *Metzger*, GRUR 2012, 118 (122).

536 So i.E. ebenfalls *Berger*, ZUM 2012, 353 (355), der allerdings zu Recht eine Ausnahme für die Fälle solcher Datenbanken erwartet, die typischerweise keine persönlichkeitsrechtliche Prägung aufweisen, da ein Spielraum für Auswahl und Anordnung der Informationen (weitgehend) fehlt; *Metzger*, GRUR 2012, 118 (122).

537 Siehe EuGH, C-145/10, Rn. 95, 99 = GRUR 2012, 166 (169) – *Painer*./ *Standard VerlagsGmbH u.a.*

dem *Snippet* zwangsläufig urheberrechtlicher Schutz zukommt. Kommt in einem Werkausschnitt aufgrund der konkreten Auswahl des dargestellten Textauszugs keinerlei Individualität zum Ausdruck, handelt es sich also beispielsweise um eine reine Faktendarstellung, eine „Allerwelts-Aussage“ oder um eine aufgrund der zufälligen Auswahl und des fehlenden Zusammenhanges sinnlose Aneinanderreihung von Wörtern, so muss die Annahme eines Werkcharakters auch trotz eines niedrigeren Schutzniveaus ausscheiden. In dem im *Infopaq*-Urteil konkret zu beurteilenden Fall hat der EuGH daher die Schutzfähigkeit eines aus elf aufeinander folgenden Wörtern bestehenden Auszugs aus einem Tageszeitungsartikel lediglich für *nicht grundsätzlich ausgeschlossen* gehalten, die konkrete Feststellung aber dem vorlegenden Gericht überlassen.⁵³⁸ Die Auslegung und Anwendung des Begriffs der „eigenen geistige Schöpfung“ obliegt folglich weiterhin den nationalen Gerichten. Es bleibt ihnen somit weiterhin überlassen, diesen (niedrigen) Schutzstandard konkret anzuwenden, ihn im Hinblick auf einzelne Werkarten zu spezifizieren und im Einzelfall festzustellen, ob ein „Werk“ vorliegt.⁵³⁹ Eine vollständige Harmonisierung des Werkbegriffs in den Mitgliedstaaten ist demnach (noch) nicht erfolgt. Da die Vorgaben des EuGH den nationalen Gerichten auch weiterhin erhebliche Spielräume lassen, dürfte das traditionelle Werkverständnis in den Mitgliedstaaten weiterhin eine erhebliche Rolle spielen und zu Unterschieden bei der Bestimmung der Werkqualität führen.⁵⁴⁰ Eine horizontale Harmonisierung auf dem Niveau der „eigenen geistigen Schöpfung“ muss daher nicht notwendig zur Folge haben, dass auch die Schutzuntergrenze für alle Werkarten einheitlich niedrig ist. Es steht somit im Ergebnis weder fest, dass sämtliche *Snippets* generell urheberrechtsschutzfähig sind, noch ist grundsätzlich auszuschließen, dass einzelne der im Rahmen der *Google* Buchsuche angezeigten *Snippets* tatsächlich Werkcharakter haben und so-

538 EuGH, GRUR 2009, 1041 (1044) – *Infopaq/DDF*.

539 So auch *Klett/Apetz*, K&R 2010, 441 (447); *Leistner*, in: FS Loschelder, S. 189 (198 f.); *ders.*, GRUR 2010, 987 (987 f.); Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 15 Rn. 40; *Schulze*, GRUR 2009, 1019 (1021 f.). Unzutreffend ist insoweit die Darstellung von *Czychowski/Nordemann*, NJW 2010, 735 (736), der der EuGH habe „dem Auszug aus einem Zeitungsartikel in Form von elf aufeinanderfolgenden Wörtern *Werkqualität zugebilligt*“ [Hervorhebung durch den Verfasser]. Zur Werkeigenschaft kurzer Zitate und Sprichwörter, siehe auch *Raue*, GRUR 2011, 1088 ff.

540 So auch *Berger*, ZUM 2012, 353 (354).

mit durch deren Anzeige in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG eingegriffen wird.

Eine öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG wäre zudem dann anzunehmen, wenn sich durch die geschickte Kombination von Suchwörtern und Suchanfragen oder durch den Einsatz zusätzlicher Programme⁵⁴¹ eine Folge aus mehreren Werkausschnitten zu längeren Textpassagen oder gar zu ganzen Werken zusammenfügen ließe, da an der Werkqualität solcher großen Werkausschnitte oder gesamter Werke in der Regel keine Zweifel bestehen. Hinsichtlich einer solchen Werknutzung drängt sich jedoch die Frage auf, wer als derjenige zu gelten hat, der das Werk öffentlich zugänglich macht und dieses im urheberrechtlichen Sinne nutzt – *Google*, der Ersteller oder der Nutzer des Programms. Eine Haftung von *Google* für diese Zugänglichmachung käme nur dann in Betracht, wenn *Google* die Nutzungshandlung zurechenbar ist. Dies erscheint jedenfalls bei einem weiten Verständnis des Störerbegriffs⁵⁴² nicht ausgeschlossen, wenn sich die von *Google* eingesetzten Schutzmaßnahmen gegen einen derartigen Missbrauch als vollkommen ungeeignet zum Schutz vor Werkentnahmen erwiesen⁵⁴³ oder *Google* etwa trotz entsprechender Hinweise keine Maßnahmen zum effektiven Schutz der enthaltenen Werke ergriffe.

B. Vorgeschlagene Lösungsansätze und deren Bewertung

Betrachtet man die Schrankenregelungen in den §§ 44a bis 63a UrhG, so finden sich dort – zumindest auf den ersten Blick – nur wenige Vorschriften, die neue digitale Werknutzungen, wie die Buch- und Bildersuche, erfassen und somit privilegieren könnten. Ist tatsächlich keine Schrankenregelung einschlägig, ist daher auch über die Möglichkeit einer erweiternden Auslegung einzelner Schrankentatbestände oder über Analogien zu diesen nachzudenken. Schließlich ist zu überlegen, ob – wenn die vorgenannten

541 Zahlreiche Anleitungen für die Umgehung der Druck- und Speichermodalitäten der *Google* Buchsuche und mehrere entsprechende Programme, die den Download vollständiger Bücher aus der *Google* Buchsuche (tatsächlich oder angeblich) ermöglichen (und deren Legalität daher bezweifelt werden darf), sind inzwischen im Internet verfügbar, so etwa der *Google Book Downloader*; siehe auch bereits oben Fn. 451.

542 Siehe näher zur Störerhaftung oben S. 104 f.

543 Ebenso i.E. *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (564 f.).