

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.).

Optionen ausscheiden – auf anderem Wege das Ziel eines Ausschlusses der Rechtswidrigkeit einzelner Eingriffe in die Rechte des Urhebers erreicht werden kann.

1. Rechtfertigung der Verwendung von Thumbnails im Rahmen der Bildersuche

Da die Bildersuche, in deren Rahmen Vorschaubilder im *Thumbnail*-Format angezeigt werden, allgemein als sozial nützlicher Dienst gesehen wird, der eine effektive und nutzerfreundliche Suche nach Bildinformationen im ansonsten unüberschaubaren Internet ermöglicht, ist vielfach über Möglichkeiten nachgedacht worden, die mit diesem Geschäftsmodell einhergehenden Eingriffe in urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte zu rechtfertigen. Dabei kommt zum einen eine unmittelbare Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in Betracht, zum anderen deren erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung. Über die letztgenannten Möglichkeiten ist aufgrund der Schwierigkeiten, die Bildersuche auf Grundlage des derzeit geltenden Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes zu rechtfertigen, in der Rechtsprechung und insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur besonders intensiv diskutiert worden. Einige der unterbreiteten Vorschläge zur Rechtfertigung der Werknutzung auf der Ebene der Schranken erscheinen tatsächlich geeignet, zumindest einen Teil der urheberrechtlichen Probleme in diesem Zusammenhang in den Griff zu bekommen (sogleich 1.). Einen vielversprechenden Lösungsweg stellt schließlich der Rückgriff auf die zivilrechtliche Einwilligungstheorie dar (sodann 2.). Gewisse Konstellationen lassen sich jedoch – wie zu zeigen sein wird – auch auf diesem Wege nicht erfassen. Insbesondere für diese Fälle, die sich weder auf Grundlage der Schranken des Urheberrechtsgesetzes noch durch die Anwendung des Einwilligungsgedankens legitimieren lassen, ist zudem darüber nachgedacht worden, durch eine Anwendung der Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG die Haftung des Suchmaschinenbetreibers auszuschließen (unten 3.).

1. Rechtfertigung auf Ebene der urheberrechtlichen Schranken

a) (Analoge) Anwendung des § 44a UrhG

Nach § 44a UrhG, der die zwingende Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 1 der Infosoc-Richtlinie in das deutsche Recht umsetzt, sind Vervielfältigungshandlungen zulässig, die lediglich vorübergehend, flüchtig oder begleitend sind, einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Derartige für den Benutzer nicht verwertbare Vervielfältigungen, die rein technisch bedingt sind, sollen der Verfügungsbefugnis des Rechteinhabers entzogen sein, um ein effizientes Funktionieren der Übertragungssysteme zu ermöglichen.⁵⁴⁴

Das Bereithalten und Anzeigen von *Thumbnails* in Trefferlisten einer Suchmaschine stellt keine lediglich flüchtige oder begleitende Nutzungshandlung ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung im Sinne von § 44a UrhG dar, da die *Thumbnails* einerseits dauerhaft zum Abruf bereitgehalten werden;⁵⁴⁵ bedingt durch Aktualisierungsintervalle teilweise sogar länger als auf den Internetseiten, auf denen diese von den Crawlern gefunden wurden.⁵⁴⁶ Zudem hat die Nutzung der *Thumbnails* auch eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, da sie dem Verwerter eine Vielzahl von Einnahmemöglichkeiten – insbesondere durch Werbung – eröffnet.⁵⁴⁷ Schließlich vermag § 44a UrhG die Verwendung von *Thumbnails* keinesfalls zu rechtfertigen, soweit es um die öffentliche Zugänglichmachung der Werke (§ 19a UrhG) geht, da § 44a UrhG ausschließlich Vervielfältigungshandlungen im Sinne von § 16 UrhG privilegiert.⁵⁴⁸

544 Vgl. Dreier/Schulze, § 44a Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 44a Rn. 1.

545 So auch OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224) – *Thumbnails*; Leistner, IIC 2011, 417 (424); Ott, ZUM 2007, 119 (125); Schack, MMR 2008, 414 (415); Scherzer, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 2; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (770).

546 Vgl. LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (770).

547 Ebenso BGHZ 185, 291 (299) – *Vorschaubilder*; OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (224 f.) – *Thumbnails*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); Berberich, MMR 2005, 145 (147); Ernst, jurisPR-WettbR 11/2008 Anm. 4.

548 Vgl. BGHZ 185, 291 (299) – *Vorschaubilder*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (321 f.); HK-UrhR/Dreyer, § 44a Rn. 3; Schack, Urheberrecht, Rn. 419 f.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 44a Rn. 1; Spindler, GRUR 2010, 785 (787).

Auch eine analoge Anwendung des § 44a UrhG auf die vorliegende Konstellation muss ausscheiden. Insofern fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Einfügung des § 44a UrhG in das UrhG ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, eine Schranke für solche Nutzungshandlungen zu schaffen, die im digitalen Zeitalter auf jeden Fall erlaubt sein sollen, um neue Nutzungsformen nicht unnötig zu behindern. Danach sollen gerade nur technisch bedingte und notwendige flüchtige Zwischenspeicherungen ausnahmsweise erlaubt sein, wenn sie keine negativen wirtschaftlichen Auswirkungen auf den Urheber erwarten lassen, da sie keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Weitergehende Ausnahmen zur Ermöglichung sonstiger neuer, digitaler Nutzungsformen, die die Ausschließlichkeitsrechte der Urheber tangieren, sind nach dem Willen des Gesetzgebers somit gerade nicht vorgesehen.⁵⁴⁹

b) (Analoge) Anwendung des § 49 UrhG

§ 49 UrhG gestattet die Vervielfältigung und Verbreitung einzelner Rundfunkkommentare und einzelner Artikel sowie mit ihnen im Zusammenhang veröffentlichter Abbildungen aus Zeitungen und anderen lediglich Tagesinteressen dienenden Informationsblättern in anderen Zeitungen und Informationsblättern dieser Art sowie die öffentliche Wiedergabe solcher Kommentare, Artikel und Abbildungen, wenn sie politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen und nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind. Während bis zum 1.1.2008 vom Gesetzestext nur eine Übernahme von Rundfunkkommentaren und Artikeln, also Sprachwerken im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG, von der Privilegierung erfasst war, erfolgte durch den zweiten Korb der Urheberrechtsreform eine Erweiterung der Schrankenregelung dahingehend, dass auch Abbildungen übernommen werden dürfen, die „im Zusammenhang“ mit solchen Artikeln veröffentlicht wurden. Eine unmittelbare Anwendung der Schrankenregelung scheidet trotz dieser Erweiterung aus, da die Bildersuchmaschinen die von ihnen indexierten und als *Thumbnails* dargestellten Bilder gerade nicht danach aussuchen, ob diese Teil einer Berichterstattung über tagesaktuelle Ereignisse sind oder nicht. Im Gegenteil, es werden grundsätz-

549 Vgl. BGHZ 185, 291 (299) – *Vorschaubilder*; Roggenkamp, K&R 2007, 328 (329).

lich alle Webseiten erfasst, unabhängig davon, ob sie tagesaktuelle Inhalte enthalten. Ziel der Bildersuche ist es nämlich nicht, über tagesaktuelle Ereignisse zu berichten; ihr Mitteilungsgegenstand ist vielmehr allein die Bildinformation und der Hinweis auf deren Fundstelle.⁵⁵⁰

Da eine Rechtfertigung der Bildersuche auf Grundlage einer unmittelbaren Anwendung des § 49 UrhG offensichtlich ausscheidet, käme allenfalls eine analoge Anwendung der Regelung in Betracht. Eine solche ist – in Anlehnung an Überlegungen des BGH in seiner „Elektronische Pressespiegel“-Entscheidung⁵⁵¹ – namentlich von *Niemann* vorgeschlagen worden.⁵⁵² Dieser hält den hinter der Regelung des § 49 UrhG stehenden Gedanken eines ungehinderten Zugangs zu Informationen über aktuelle Tagesfragen⁵⁵³ für auf die Tätigkeit von Bildersuchmaschinen übertragbar, da Suchmaschinen allgemein in der Online-Gesellschaft zu einem erheblichen Teil dieselbe Funktion erfüllen wie traditionelle Pressespiegel in Zeitungen und Zeitschriften: Die Ermöglichung eines schnellen Überblicks über die unterschiedliche Aufbereitung und Darstellung bestimmter Themen in verschiedenen Medien. Dies müsse ebenso für Bildersuchmaschinen gelten, da diese – auch wenn sie nur Bildinformationen auffindbar machen – ebenfalls zur Information der Konsumenten und zum Meinungsbildungsprozess beitragen.⁵⁵⁴ Für eine entsprechende Anwendung des § 49 UrhG spreche zudem, dass durch eine solche keine negativen Auswirkungen auf die Interessen der Urheber zu befürchten seien.⁵⁵⁵

Diese Argumentation und die entsprechende Anwendung der Regelung des § 49 UrhG auf die Bildersuche kann letztlich nicht überzeugen. Die analoge Anwendung einer Schrankenregelung auf einen nicht dem Wortlaut unterfallenden Sachverhalt ist zwar grundsätzlich möglich,⁵⁵⁶ setzt jedoch – wie jede Analogie – eine Vergleichbarkeit der Interessenlage und das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke voraus.⁵⁵⁷ Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch bei genauerer Betrachtung nicht erfüllt, da die Schrankenregelung vom Gesetzgeber für gänzlich an-

550 So auch *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 97.

551 BGHZ 151, 300 – *Elektronischer Pressespiegel*.

552 Siehe *Niemann*, CR 2009, 97 (98 ff.).

553 Vgl. *Dreier/Schulze*, § 49 Rn. 1; *Schricker/Loewenheim/Melichar*, § 49 Rn. 1.

554 Vgl. *Niemann*, CR 2009, 97 (100 f.).

555 Vgl. *Niemann*, CR 2009, 97 (101 f.).

556 Siehe zur Analogiefähigkeit urheberrechtlicher Schrankenregelungen oben 2. Kapitel, B.I.2.c).

557 Siehe nur *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 475 ff.

dere Nutzungssachverhalte konzipiert wurde. Bildersuchdienste dienen zwar der Auffindung von (Bild-)Informationen. Sie sind jedoch nicht speziell darauf zugeschnitten, dem Allgemeininteresse an der Information über politische, wirtschaftliche oder religiöse (Tages-)Fragen Vorschub zu leisten. Vielmehr werden von den Bildersuchmaschinen alle aufgefundenen Bildinformationen unabhängig von deren Inhalt und Aktualität erfasst, indexiert und schließlich auf die Nutzeranfragen angezeigt. Die bei einer Suchanfrage in der Ergebnisliste angezeigten *Thumbnails* werden dabei gerade nicht nach ihrer Aktualität geordnet, es sei denn diese Suchoption ist vom Nutzer ausdrücklich ausgewählt. Die Sortierung in der Ergebnisliste bestimmt sich nach der „Treffergenauigkeit“ – also der Übereinstimmung der einem Bild zugeordneten Stichworte mit der Suchanfrage – und nach der „Beliebtheit“ eines Bildes – insbesondere also nach der bisherigen Häufigkeit des Abrufs –, wodurch tagesaktuelle Bilder gerade weniger häufig unter den ersten Treffern zu finden sind. Aufgrund dieser erheblichen Unterschiede fehlt es bereits an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte.⁵⁵⁸

Eine planwidrige Regelungslücke lässt sich aufgrund derselben Überlegungen ebenfalls nicht begründen. Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber die urheberrechtlichen Probleme der Suchdienste, insbesondere auch der Bildersuche, bei der letzten Änderung des § 49 UrhG bereits bekannt waren, dieser jedoch offensichtlich keine Veranlassung sah, diese im Gesetz zu regeln, keinesfalls jedoch über eine Regelung im Rahmen der „Pressepiegelfreiheit“ des § 49 UrhG nachgedacht hat. Eine analoge Anwendung der Schrankenregelung des § 49 UrhG auf die Verwendung von *Thumbnails* würde letztlich die Regelungsabsicht des Gesetzgebers in ihr Gegenteil verkehren⁵⁵⁹ und muss daher im Ergebnis ausscheiden.

c) (Analoge) Anwendung des § 51 UrhG

Es ist mehrfach überlegt worden, die im Rahmen der Bildersuche verwendeten *Thumbnails* als nach § 51 UrhG zulässige Bildzitate anzusehen. Der im Rahmen des sogenannten „zweiten Korbes“ der Urheberrechtsreform

558 So im Ergebnis auch *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 97; *Ziem*, Suchdienste im Internet, S. 260.

559 Vgl. zu dieser Grenze eines Analogieschlusses *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

neu gefasste § 51 UrhG⁵⁶⁰ gestattet im Interesse der Allgemeinheit an freier geistiger Auseinandersetzung, an Dialog, Kritik und kultureller Entwicklung das zustimmungs- und vergütungsfreie Zitieren aus fremden geschützten Werken zu den in der Norm genannten Zwecken und im dort genannten Umfang.⁵⁶¹

Nach der neu eingefügten Generalklausel in § 51 S. 1 UrhG darf ein veröffentlichtes Werk nun ganz generell zitatzweise genutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Entscheidende Voraussetzung für die Anwendung des § 51 UrhG ist somit der für den zulässigen Umfang des Zitats entscheidende *Zitatzweck*.⁵⁶² Was der Zitatzweck ist, definiert § 51 UrhG nicht. Lediglich die Regelung des sogenannten wissenschaftlichen Großzitats in S. 2 Nr. 1 der Norm nennt ausdrücklich die Voraussetzung, dass das zitierte Werk zur Erläuterung des Inhaltes des zitierenden Werkes dienen muss. Für die übrigen in S. 2 genannten Zitatarten und die nach der Generalklausel zulässigen, nicht explizit genannten Zitate kommen dagegen auch weitergehende Zitatzwecke in Betracht.⁵⁶³ Stets muss das Zitat jedoch zur Erleichterung der geistigen Auseinandersetzung Belegfunktion für referierende oder eigene Ausführungen haben,⁵⁶⁴ so dass zwischen dem eigenen und dem fremden Werk eine innere Verbindung hergestellt wird.⁵⁶⁵ Dient das Zitat

560 § 51 S. 1 UrhG ist seitdem als Generalklausel formuliert, die in S. 2 durch die bis zum 31.12.2007 geltende Regelung in Form von Regelbeispielen („insbesondere“) ergänzt wird. Durch die Beibehaltung des Wortlautes wird verdeutlicht, dass die bisher zulässigen Nutzungen auch weiterhin zulässig bleiben, vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 25.

561 Vgl. BGH, GRUR 1973, 216 (217) – *Handbuch moderner Zitate*; GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; Dreier/Schulze, § 51 Rn. 1; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 6 m.w.N.

562 Vgl. BGHZ 85, 1 (10 f.) – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe I*; BGH, GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; Dreier/Schulze, § 51 Rn. 3; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 16.

563 Vgl. Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 16.

564 Vgl. BGHZ 50, 147 (154) – *Kandinsky I*; BGH, GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; GRUR 1987, 34 (35) – *Liedtextwiedergabe I*; BGHZ 175, 135 (147) – *TV-Total*; BGHZ 185, 291 (300) – *Vorschaubilder*; OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails*; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 16 m.w.N.

565 Vgl. BGHZ 28, 234 (240) – *Verkehrskinderlied*; BGH, GRUR 1987, 362 (364) – *Filmzitat* [insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 99, 162]; BGHZ 175, 135 (147) – *TV-Total*; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 16 m.w.N.

einem legitimen Zitat Zweck, so ist es dennoch immer nur in dem Umfang zulässig, der für den konkreten Zitat Zweck geboten ist. In welchem Umfang das Zitat erforderlich ist, ist dabei stets eine Frage des Einzelfalls und durch umfassende Abwägung aller Umstände, insbesondere etwa des Zitat Zwecks sowie der Besonderheiten des zitierten und zitierenden Werkes, zu ermitteln.⁵⁶⁶ Der Umfang eines Zitats darf jedoch nicht soweit gehen, dass dadurch die Verwertung des zitierten Werkes durch dessen Urheber unzumutbar beeinträchtigt wird.⁵⁶⁷

Neben einem legitimen Zitat Zweck und der Einhaltung des erforderlichen Umfangs war Voraussetzung für die Anwendung aller drei Varianten des § 51 UrhG a.F.⁵⁶⁸ zudem, dass das Zitat in einem selbständigen Werk aufgenommen wurde, es sich bei dem zitierenden Werk also um ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk im Sinne der §§ 1, 2 Abs. 1 und 2 UrhG handelte.⁵⁶⁹ Ob auch nach der Neufassung des § 51 UrhG die Urheberrechtsschutzfähigkeit des übernehmenden Werkes weiterhin generell vorauszusetzen ist, ist umstritten, da sich eine derartige Einschränkung ausdrücklich nur in § 51 S. 2 Nr. 1-3 UrhG findet. Ein Großteil der Literatur und auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung geht davon aus, durch den geänderten Gesetzeswortlaut habe sich am Erfordernis des Vorliegens eines selbständigen zitierenden Werkes nichts geändert, da die Neuregelung lediglich der Schließung einzelner, aus der unflexiblen Grenzziehung des alten Rechts folgender Lücken dienen, nicht jedoch das Zitat Recht grundlegend erweitern sollte.⁵⁷⁰ Demgegenüber wird zum Teil angenommen, der

566 Dreier/Schulze, § 51 Rn. 5; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 18; Schrickner/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 19; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 51 Rn. 6.

567 Vgl. BGH, GRUR 1986, 59 (61) – *Geistchristentum*; BGH, GRUR 1987, 362 (364) – *Filmzitat* [insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 99, 162]; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 545; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 51 Rn. 7, jeweils m.w.N.

568 § 51 UrhG in der bis zum 31.12.2007 geltenden Fassung.

569 Vgl. zur Rechtslage vor dem „zweiten Korb“ statt vieler Schrickner/Schricker, 3. Aufl., § 51 Rn. 20 m.w.N.

570 Vgl. BGHZ 185, 291 (300) – *Vorschaubilder*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); *Barabash*, Bildzitat im Internet, S. 73 f.; *Bisges*, GRUR 2009, 730 (731); Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 19; HK-UrhR/Dreyer, § 51 Rn. 9; Hoeren/Sieber/Raue/Hegemann, 7.3 Rn. 92; *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376); Limper/Musiol/Grosskopf, Urheber- und Medienrecht, Kap. 3 Rn. 790; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 545; *ders.*, MMR 2008, 414 (415); Schrickner/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 20; *Spindler*, GRUR 2010, 785 (788); Wandtke/Bullinger/Lüft,

selbständige Werkcharakter des aufnehmenden Werkes sei in der neu gefassten Generalklausel des § 51 S. 1 UrhG ausdrücklich nicht erwähnt und daher nicht mehr zwingend erforderlich.⁵⁷¹

Nimmt man mit der zuvor dargestellten – überzeugenden – ersten Ansicht an, dass § 51 UrhG auch nach der Neufassung durch den „zweiten Korb“ weiterhin einen selbständigen Werkcharakter der Leistung, in der zitiert wird, voraussetzt, so scheitert die Anwendung des § 51 UrhG auf die *Thumbnails* bereits an dieser Hürde: Die von der Suchmaschine maschinell generierte Trefferliste stellt kein urheberrechtsschutzfähiges Werk im Sinne der §§ 1, 2 Abs. 1 und 2 UrhG dar.⁵⁷²

Folgt man hingegen der Gegenansicht, die keinen Werkcharakter des zitierenden Werkes verlangt – wofür sich ebenfalls einige Argumente anführen lassen⁵⁷³ –, so lässt sich die Verwendung der *Thumbnails* dennoch nicht nach § 51 UrhG rechtfertigen: Es fehlt an einem legitimen *Zitatzweck*, da die Belegfunktion fehlt. Die erforderliche eigene geistige Auseinandersetzung findet bei der Darstellung eines Bildes in einer maschinell

§ 51 Rn. 8 unter Berufung auf die Gesetzesbegründung, in der angeführt wird, die Schranke der Zitierfreiheit werde durch die Neuregelung „mit Blick auf weitere Werkarten vorsichtig [...], jedoch nicht grundlegend erweitert“, BT-Drs. 16/1828, S. 25.

571 Vgl. OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails*; Dreier/Schulze, § 51 Rn. 6, 24; Dreier, in: FS Krämer, S. 225 (232); Schricker/Loewenheim/Wild, § 97 Rn. 45 f. Diese Minderansicht kann neuerdings zur Stützung ihrer Argumentation auch die Auffassung des EuGH ins Feld führen. Der EuGH hat jüngst für die europäische Zitatregeleung des Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL entschieden, dass es für die Rechtmäßigkeit eines Zitats nicht darauf ankomme, ob innerhalb eines urheberrechtlich geschützten (Sprach-)Werkes zitiert werde; vgl. EuGH, Urt. v. 1.12.2011, C-145/10, Rn. 137 = GRUR 2012, 166 – *Painer*./ *Standard VerlagsGmbH u.a.*

572 Ebenso OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); Berberich, MMR 2005, 145 (147); Fahl, K&R 2010, 437 (439); Gey, Öffentliche Zugänglichmachung, S. 170; Ott, ZUM 2007, 119 (125); Scherzer, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 2; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 54.

573 Zum einen lässt sich der Generalklausel des § 51 S. 1 UrhG ein derartiges Erfordernis nicht entnehmen, zum anderen setzen auch die internationalrechtlichen Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 RBÜ und des Art. 5 Abs. 3 lit. d RL 2001/29/EG eine Übernahme in ein selbständiges Werk nicht voraus; vgl. Dreier/Schulze, § 51 Rn. 24; Schricker/Loewenheim/Wild, § 97 Rn. 45 f.

erstellten Trefferliste nicht statt.⁵⁷⁴ Allenfalls erleichtert es die Suchmaschine durch die Darstellung der Bilder in Form von *Thumbnails* den Nutzern, die aufgefundenen Bilder später zum Gegenstand eigener geistiger Auseinandersetzungen zu machen. Eine solche „Vermittlerrolle“ zur Ermöglichung der geistigen Auseinandersetzung eines Dritten mit einem Werk ist jedoch von § 51 UrhG nicht privilegiert.⁵⁷⁵

Die von *Dreier* vertretene Auffassung, die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche sei durch § 51 UrhG gerechtfertigt, da sie von dem legitimen Zitzatzweck gedeckt sei, dem Nutzer einen Nachweis auf den Inhalt jedes einzelnen, mit Hilfe der Bildersuche gefundenen Bildes zu geben,⁵⁷⁶ stellt hingegen eine deutliche Überdehnung der zulässigen Zitzatzwecke dar und kann daher nicht überzeugen. Diese Annahme stünde zum einen im Widerspruch zur eindeutigen Absicht des deutschen Gesetzgebers, der mit der Flexibilisierung des Zitzatrechts diese Schranke nicht grundsätzlich erweitern und somit auch nicht vom Erfordernis einer geistigen Auseinandersetzung und einer Belegfunktion Abstand nehmen wollte.⁵⁷⁷ Das Zitzatrecht wurde geschaffen, um die geistige Auseinandersetzung zu fördern, nicht hingegen – wie etwa die ausdrücklich zu diesem Zwecke eingeführte Schrankenregelung des § 44a UrhG – um technische Gegebenheiten zu vereinfachen.⁵⁷⁸ Es genügt daher nicht, wenn die Verwendung des fremden Werks nur zum Ziel hat, dem Endnutzer dieses leichter zugänglich zu machen oder sich selbst eigene Ausführungen zu ersparen.⁵⁷⁹ Diese Wertung darf bei der Auslegung der general-klauselartigen Schrankenregelung nicht ignoriert werden. Zudem wird diese Überlegung der Regelung des Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie nicht gerecht, nach der das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für

574 Vgl. OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); *Ernst*, jurisPR-WettbR 11/2008 Anm. 4; *Fahl*, Bilder- und Nachrichtensuche, S. 61; *Kleinemenke*, CR 2009, 55; *Leistner*, IIC 2011, 417 (424 f.); *Rössel*, MMR 2010, 480 (481); *Spindler*, GRUR 2010, 785 (788); *Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler*, § 51 Rn. 16, 54; *Wiebe*, GRUR 2011, 888 (893); wohl auch *Scherzer*, jurisPR-ITR 5/2009 Anm. 2.

575 Vgl. *Schack*, MMR 2008, 414 (415).

576 Siehe *Dreier/Schulze*, § 51 Rn. 24; *ders.*, in: FS Krämer, S. 225 (234 f.); zustimmend *Schricker/Loewenheim/Wild*, § 97 Rn. 46, 118.

577 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 16/1828, S. 25.

578 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler*, § 51 Rn. 20.

579 Vgl. BGHZ 185, 291(300) – *Vorschaubilder*; zustimmend *Härting*, Internetrecht, Rn. 1027 f.

Zitate nur beschränkt werden darf, wenn diese der Kritik, Rezension oder verwandten Zwecken dienen. Eine reine Erleichterung des Auffindens in Form eines Nachweises auf den Inhalt eines Bildes genügt diesen europarechtlichen Vorgaben somit nicht.⁵⁸⁰ Ein solch weites Verständnis des Zitzatzweckes wie es von *Dreier* vertreten wird, um die Verwendung von *Thumbnails* durch Bildersuchmaschinen zu rechtfertigen, hätte zudem eine ganz erhebliche Beeinträchtigung der ausschließlichen Rechte des Urhebers an der öffentlichen Zugänglichmachung und Vervielfältigung seiner Werke zur Folge, nicht zuletzt da nicht nur die gewünschte zustimmungsfreie Nutzung der Originalwerke, sondern auch eine *vergütungsfreie* Nutzung ermöglicht würde.

Eine Rechtfertigung der Verwendung von *Thumbnails* nach § 51 UrhG ist somit auch nach der Erweiterung des Zitatrechts durch den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform nicht möglich. Zum einen stellt die von der Suchmaschine maschinell generierte Trefferliste kein urheberrechtsschutzfähiges Werk im Sinne der §§ 1, 2 Abs. 1 und 2 UrhG dar. Ein solches ist jedoch auch nach geltendem Recht weiterhin Voraussetzung eines von § 51 UrhG privilegierten Zitats. Zum anderen fehlt es an einem legitimen Zitzatzweck, da die erforderliche eigene geistige Auseinandersetzung bei der Darstellung eines Bildes in einer maschinell erstellten Trefferliste nicht stattfindet.

d) Anwendung des § 53 UrhG

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes zum privaten Gebrauch in gewissen Grenzen zustimmungsfrei zulässig. Unter privatem Gebrauch im Sinne dieser Norm versteht man den Gebrauch durch eine natürliche Person in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse der eigenen Person oder die mit ihr durch ein persönliches Band verbundenen Personen.⁵⁸¹ Anders als der sonstige eigene Gebrauch im Sinne des § 53 Abs. 2 UrhG darf der private Ge-

580 So auch *Spindler*, GRUR 2010, 785 (788).

581 St. Rspr., vgl. BGH, GRUR 1978, 474 (475) – *Vervielfältigungsstücke* (noch zum insoweit entsprechenden Begriff des „persönlichen Gebrauchs“ in § 53 UrhG a.F.); BGHZ 134, 250 (256 f.) – *CB-Infobank I*; OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) – *CD-Münzkopierautomaten*; vgl. aus dem Schrifttum statt vieler Schrickner/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 14 m.w.N.

brauch weder mittelbar noch unmittelbar Erwerbszwecken dienen. Zudem dürfen stets nur einzelne Vervielfältigungsstücke angefertigt werden, also einige wenige Exemplare, die zur Deckung des rein persönlichen Bedarfs erforderlich sind.⁵⁸² Die Vervielfältigung darf dabei auf beliebigen Trägern, also sowohl mit analogen als auch mit digitalen Mitteln, stattfinden.⁵⁸³ Der zur Vervielfältigung Berechtigte muss die Vervielfältigungsstücke nicht zwingend eigenhändig herstellen, sondern kann sie nach § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG auch durch einen Anderen herstellen lassen, solange dies unentgeltlich⁵⁸⁴ geschieht oder es sich lediglich um analoge Vervielfältigungen handelt. „Anderer“ im Sinne dieser Norm kann dabei jeder Dritte sein.⁵⁸⁵ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll so sichergestellt werden, dass die Privilegierung auch den Nutzern zugute kommt, die sich eigene Kopiergeräte nicht leisten können.⁵⁸⁶ Es stellt sich somit auch hier die Frage der Abgrenzung zwischen Werknutzer und bloßem Dienstleister.⁵⁸⁷ Wer Vervielfältigungen im Auftrag eines Dritten anfertigt, muss sich darauf beschränken, gleichsam „an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts“ zu treten und somit bei normativer Betrachtung als „notwendiges Werkzeug“

582 Wie viele Vervielfältigungsexemplare maximal zulässig sind, ist umstritten. Die Rechtsprechung hat zum alten Recht (§ 53 i.d.F. vom 9.9.1965) in Bezug auf die damals vergütungsfrei ausgestaltete Vervielfältigung zu Unterrichtszwecken eine Obergrenze von sieben Kopien angenommen; vgl. BGH, GRUR 1978, 474 (476) – *Vervielfältigungsstücke*. Zu den verschiedenen Auffassungen in der Literatur vgl. v.Diemar, Digitale Kopie zum privaten Gebrauch, S. 101 f.; Dreier/Schulze, § 53 Rn. 9; Fromm/Nordemann/W. Nordemann, § 53 Rn. 13; HK-UrhR/Dreyer, § 53 Rn. 29; Mestmäcker/Schulze/Kröber, § 53 Rn. 7; Reh binder, Urheberrecht, Rn. 440; Schack, Urheberrecht, Rn. 558; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 17; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 53 Rn. 13.

583 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. 15/38, S. 20; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 18.

584 Die Herstellung eines Vervielfältigungsstückes durch einen Dritten ist auch dann noch als unentgeltlich i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG anzusehen, wenn ein Entgelt verlangt wird, das lediglich der Kostendeckung dient. Ist die Tätigkeit hingegen auf Gewinnerzielung ausgerichtet, so ist sie nicht mehr unentgeltlich im Sinne der Norm; vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 15/38, S. 20 f.; bestätigt und präzisiert durch BGH, GRUR 2009, 845 (850) – *Internet-Videorecorder*.

585 Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 25.

586 Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, S. 72, 74.

587 Vgl. dazu bereits oben 4. Kapitel, A.I.1.

des Anderen tätig zu werden.⁵⁸⁸ Nur dann ist die Werknutzung gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG dem Auftraggeber und nicht dem Hersteller selbst zuzurechnen.

Ein solches „notwendiges Werkzeug“ des Anderen stellt der Suchmaschinenbetreiber bei der Bildersuche jedoch gerade nicht dar. Die Grenze des erlaubnisfrei zulässigen „Herstellenlassens“ im Sinne des § 53 UrhG ist dann überschritten, wenn nicht mehr der privilegierte Nutzer selbst die Auswahl der zu vervielfältigenden Werke trifft, sondern der Dritte die Vervielfältigungsstücke unabhängig von einer konkreten Anfrage auf der Grundlage eigener Recherchen erstellt.⁵⁸⁹ Dies ist bei Bildersuchmaschinen der Fall. Die Suchmaschine erfasst die von ihren Crawlern im Internet aufgefundenen Bilddateien unabhängig von einer konkreten Suchanfrage und bereitet diese in Form verkleinerter Vorschaubilder für einen späteren Abruf durch alle Nutzer auf. Nur aus diesen bereits vorab zum Abruf vorbereiteten Bilddateien wird die dem Nutzer auf seine Suchanfrage angezeigte Trefferliste erstellt. Der Nutzer ist daher nicht Auftraggeber im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG, sondern die Werknutzung ist dem Hersteller der Vervielfältigungsstücke selbst zuzurechnen.⁵⁹⁰ Zudem mag in den meisten Fällen durch die Nutzer zwar ein privater Gebrauch im Sinne dieser Norm vorliegen, es ist jedoch auch nicht auszuschließen, dass die Bildersuche mittelbar oder unmittelbar zu Erwerbszwecken genutzt wird – etwa indem Bilder für eine gewerbliche Nutzung auf einer Webseite gesucht werden.

Eine Anwendung der Schrankenregelung des § 53 UrhG auf die Bildersuche ist daher im Ergebnis abzulehnen.

e) (Analoge) Anwendung des § 58 UrhG

§ 58 Abs. 1 UrhG begrenzt das Vervielfältigungsrecht, das Verbreitungsrecht und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, indem er dem Veranstalter einer Ausstellung oder dem Kunsthandel das Recht verleiht,

588 Vgl. BGH, GRUR 2009, 845 (846) – *Internet-Videorecorder*; OLG Köln, GRUR 2000, 414 (417) – *GRUR/GRUR Int*; v. Diemar, Digitale Kopie zum privaten Gebrauch, S. 104 f.

589 Vgl. BGHZ 141, 13 (21 f.) – *Kopienversanddienst*.

590 Zur eigenen Nutzungshandlung der Suchmaschinen siehe auch schon oben 4. Kapitel, A.I.1.

mit einem gezeigten oder angebotenen Werk der bildenden Künste oder einem Lichtbildwerk genehmigungs- und vergütungsfrei in einem Verzeichnis, etwa einem Ausstellungs- oder Versteigerungskatalog, zu werben, soweit dies zur Förderung der Veranstaltung erforderlich ist.⁵⁹¹ Die sogenannte Katalogbildfreiheit kommt dabei dem offensichtlichen Interesse aller Beteiligten nach, die Herausgabe illustrierter Ausstellungs- und Versteigerungskataloge zu erleichtern.⁵⁹² Die Schranke dient somit nicht nur dem Interesse der Veranstalter an der Durchführung von Ausstellungen oder öffentlichen Verkaufsveranstaltungen, sondern auch den Interessen des Urhebers, die eigene Bekanntheit und den Werkabsatz durch die genannten Maßnahmen zu fördern.⁵⁹³

Es ist darüber nachgedacht worden, diese Regelung auf die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche anzuwenden.⁵⁹⁴ In dem Einstellen urheberrechtlich geschützter Bilder in das Internet könnte man tatsächlich eine „öffentliche Ausstellung“ derselben sehen. Der Erstellung eines durchsuchbaren Archivs aller im Internet „ausgestellten“ Bilddateien käme insoweit eine einem klassischen Ausstellungskatalog vergleichbare Funktion zu, da auch die Bildersuche die „ausgestellten“ Werke kategorisiert und so einen schnellen Überblick über diese ermöglicht. Trotz dieser Vergleichbarkeit traditioneller Ausstellungen und der „Ausstellung“ von Bildern im Internet kann die Anwendung des § 58 Abs. 1 UrhG auf die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche jedoch letztlich nicht überzeugen. § 58 Abs. 1 UrhG begrenzt nämlich den Kreis der Privilegierten auf die „Veranstalter“, das heißt auf diejenigen, die die Ausstellungen oder den öffentlichen Verkauf der Werke verantworten.⁵⁹⁵ Als Veranstalter kommt im Fall der „Ausstellung“ von Bildern im Internet in erster Linie der Einstellende selbst in Betracht, allenfalls noch der Webmaster oder Serviceprovider – jedoch keinesfalls der Suchmaschinenbetreiber. Kataloge, die von Dritten anlässlich einer (fremden) Ausstellung herausgegeben werden, unterfallen der Privilegierung des § 58 Abs. 1

591 Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 58 Rn. 1.

592 Vgl. BGH, GRUR 1993, 822 (823) – *Katalogbild*; Möhring/Nicolini/Gass, § 58 Rn. 1.

593 Vgl. Dreier/Schulze, § 58 Rn. 1. Ausführlich zu Inhalt und Grenzen der Katalogbildfreiheit Schulze, in: FS Dittrich, S. 311 ff.

594 So insbes. Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (771 ff.); erwogen auch von OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225).

595 Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 58 Rn. 15.

UrhG jedoch nicht. Um einen solchen „Dritten“ handelt es sich aber im Fall der *Thumbnail*-Nutzung beim Suchmaschinenbetreiber. Dessen Interesse an der Optimierung seiner Bildersuchmaschine unterfällt daher nicht der Privilegierung durch § 58 Abs. 1 UrhG.⁵⁹⁶

f) Analoge Anwendung des § 59 UrhG

Zu den ältesten Schrankenbestimmungen des Urheberrechts gehört die sogenannte „Straßenbildfreiheit“.⁵⁹⁷ Heute ist in § 59 UrhG geregelt, dass urheberrechtlich geschützte Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen befinden, mit Mitteln der Malerei oder Grafik, durch Lichtbild oder durch Film vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden dürfen. Für die genannten Nutzungshandlungen bedarf es – selbst bei kommerzieller Nutzung⁵⁹⁸ – weder einer Erlaubnis des Urhebers des abgebildeten Werkes noch einer Vergütung an diesen.⁵⁹⁹ Dahinter steht nach der amtlichen Begründung zum Urheberrechtsgesetz der allgemeine Gedanke, dass derjenige, der sein Werk an einem öffentlichen Ort aufstellt, dieses der Allgemeinheit widmet. Aus dieser Widmung rechtfertigt sich eine Beschränkung des Urheberrechts in der Weise, dass jedermann das Werk abbilden und die Abbildungen verwerten darf.⁶⁰⁰

Eine unmittelbare Anwendung des § 59 UrhG auf die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen der Bildersuche kommt offensichtlich nicht in Betracht, da sich die Regelung nur auf Werke bezieht, die sich unter freiem Himmel an den genannten Orten – öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen – befinden und tatsächlich physisch für jeder-

596 So im Ergebnis ebenfalls OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225); LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322); *Berberich*, MMR 2005, 145 (147); *Dreier/Schulze*, § 58 Rn. 5; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 248 f.; *Ott*, ZUM 2009, 345 (350 f.); *Schrader/Rautenstrauch*, UFITA 2007, 761 (772); *Schricker/Loewenheim/Vogel*, § 58 Rn. 15.

597 Zur Entstehungsgeschichte der Freiheit des Straßenbildes v. *Gierke*, in: FS Erdmann, S. 103 (104 f.).

598 Zur Empfehlung der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, eine Vergütungspflicht für die Abbildung von Werken (ausgenommen Bauwerken) im öffentlichen Raum einzuführen, siehe *Deutscher Bundestag*, Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“, BT-Drs. 16/7000, S. 265, 267.

599 Vgl. *Dreier/Schulze*, § 59 Rn. 1, 6.

600 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, S. 76.

mann frei zugänglich sind.⁶⁰¹ Es ist jedoch überlegt worden, diese Regelung *analog* auf die *Thumbnail*-Nutzung im Rahmen der Bildersuche anzuwenden, da sich das Internet als im Grundsatz jedermann frei zugängliches Datennetz längst zu einem dem Straßenverkehr vergleichbaren öffentlichen Raum entwickelt habe.⁶⁰² Tatsächlich ließe sich eine vergleichbare Interessenlage begründen, wenn man annehmen wollte, derjenige, der sein Werk im Internet ungeschützt zum virtuellen Abruf anbietet, stelle dieses der Allgemeinheit in vergleichbarer Weise zur Verfügung wie derjenige, der sein Werk an einem physisch frei zugänglichen öffentlichen Ort jedermann zugänglich macht. Insofern ließe sich der hinter der Norm stehende allgemeine Rechtsgedanke der freien Verwendbarkeit frei zugänglicher, der Allgemeinheit gewidmeter Gegenstände auf frei verfügbare Internetinhalte übertragen.

Gegen die analoge Anwendung der Schrankenregelung des § 59 UrhG zur Rechtfertigung der *Thumbnail*-Nutzung im Rahmen der Bildersuche bestehen dennoch Bedenken. Zum einen erscheint bereits zweifelhaft, ob dem Akt des freien Einstellens eines Bildes in das Internet tatsächlich ein mit dem Anbringen eines (Kunst-)Werkes im öffentlichen Raum vergleichbarer Widmungswille entnommen werden kann. Wesentlich schwerwiegendere Bedenken ergeben sich jedoch aus einer Rechtsfolgenbetrachtung. Die entsprechende Anwendung des § 59 UrhG hätte nämlich weitreichende und grundsätzliche Konsequenzen für den Umgang mit urheberrechtlich geschützten Inhalten im Internet. Nähme man an, dass im freien Einstellen eines urheberrechtlich geschützten Werkes in das Internet eine widmende Freigabe dieses Werkes für die Allgemeinheit zu sehen sei, so ließe sich dies nicht auf die Konstellation der Bildersuche beschränken. Vielmehr wäre die logische Folge der Übertragung des hinter dem § 59 UrhG stehenden allgemeinen Rechtsgedanken auf den Fall der Bildersuche auch die Übertragung auf sonstige Internetfälle, mit der Konsequenz, dass letztlich alle im Internet frei zugänglichen Inhalte uneingeschränkt und vergütungsfrei verwendbar wären. Eine solche Rechtsfolge ist aber in dieser Allgemeinheit keinesfalls zu rechtfertigen.⁶⁰³ Auch der BGH hat in

601 Vgl. v. *Gierke*, in: FS Erdmann, S. 103 (110); Schricker/Loewenheim/*Vogel*, § 59 Rn. 9 f.

602 Dies diskutieren erstmals (im Ergebnis jedoch ablehnend) *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (502).

603 So auch *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (502); zustimmend *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 249; *Ott*, ZUM 2009, 345 (351).

Bezug auf § 59 UrhG betont, dieser – einen ganz speziellen Tatbestand regelnden – gesetzlichen Bestimmung sei gerade kein derart weitreichender, allgemeine Geltung beanspruchender Rechtsgedanke zu entnehmen, nach dem an allgemein zugänglichen Gestaltungen durchweg ein den Belangen des Urhebers vorzugswürdiges Freihalteinteresse der Öffentlichkeit anzuerkennen sei.⁶⁰⁴ Es bestehen somit bereits *de lege lata* Bedenken hinsichtlich der unflexiblen Rechtsfolge des § 59 UrhG, insbesondere bezüglich der vergütungsfreien Verwendungsmöglichkeit selbst bei gewerblicher Nutzung.⁶⁰⁵ Eine analoge Anwendung der Norm und somit eine Übertragung dieser starren Rechtsfolge auf weitere, vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelte Fälle kann daher allenfalls in einigen wenigen, eng umgrenzten Fällen in Betracht kommen. Hat die analoge Anwendung der gesetzlichen Regelung jedoch – wie hier – aufgrund der Unbegrenzbarkeit der Sachverhalte eine Ausweitung des Rechtsgedankens und der Rechtsfolge der Norm auf eine unüberschaubare Anzahl von Nutzungsvorgängen und -arten zur Folge, so muss eine Analogie ausscheiden.

Daher kann auch eine analoge Anwendung des § 59 UrhG – trotz der auf den ersten Blick vergleichbaren Interessenlage – im Ergebnis aufgrund ihrer weitreichenden Konsequenzen nicht überzeugen.

g) Anwendung der §§ 17 Abs. 2, 59 UrhG

In Anlehnung an Überlegungen des BGH in seiner „Parfumflakon“-Entscheidung⁶⁰⁶ ist zudem argumentiert worden, die Verwendung von Vorschaubildern im Rahmen der Bildersuche sei nach den §§ 17 Abs. 2, 59 UrhG als öffentliches Zugänglichmachen zum Zwecke der Verkaufsförderung zulässig. Die nach den §§ 17 Abs. 3, 59 UrhG zulässige Werbung zu Verkaufszwecken müsse sich auch auf die Einstellung der vertriebenen Waren in Suchmaschinen erstrecken.⁶⁰⁷ Dieser Argumentation ist das LG Hamburg zu Recht entgegen getreten. Die Privilegierung des öffentlichen

604 Vgl. BGHZ 144, 232 (237) – *Parfumflakon*; zustimmend v. Gierke, in: FS Erdmann, S. 103 (108).

605 Vgl. zur Kritik an dieser unflexiblen Rechtsfolge auch Dreier/Schulze, § 59 Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Vogel, § 59 Rn. 2.

606 BGHZ 144, 232 – *Parfumflakon*.

607 So das Vorbringen der Beklagten im *Thumbnail*-Urteil des LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (318).

Zugänglichmachens zu Werbezwecken im Rahmen des von § 17 Abs. 2 UrhG privilegierten Weitervertriebs von urheberrechtlich geschützten Waren kommt nämlich allein demjenigen zugute, der die Waren selbst vertreibt. Nicht privilegiert ist hingegen derjenige, der – wie der Suchmaschinenbetreiber – lediglich Bilder aus Angeboten Dritter wiedergibt, um auf deren Existenz an einem bestimmten Ort im Netz ohne weiteren inhaltlichen Bezug hinzuweisen, und selbst mit dem Vertrieb der Waren in keiner Weise befasst ist. Ziel der besonderen Privilegierung zu Werbezwecken ist es, die Warenverkehrsfreiheiten nach Art. 28, 30 EGV zugunsten des Händlers abzusichern. Die Aufnahme von *Thumbnails* in die Ergebnislisten erfolgt hingegen ohne jeden erkennbaren Bezug zu einer körperlichen Verbreitungshandlung und kann daher selbst schon nicht als werbliche Maßnahme bewertet werden, so dass im Ergebnis eine Anwendung der §§ 17 Abs. 2, 59 UrhG ausscheiden muss.⁶⁰⁸

h) Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG

Schließlich ist in der Literatur erwogen worden, die Verwendung von *Thumbnails* bei der Bildersuche durch einen Umkehrschluss zur gesetzlichen Bestimmung des § 12 Abs. 2 UrhG zu rechtfertigen.⁶⁰⁹ Nach § 12 Abs. 2 UrhG ist die öffentliche Beschreibung des Inhalts eines Werkes dem Urheber solange vorbehalten, bis das Werk selbst, dessen wesentlicher Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht worden ist. Hieraus lässt sich im Wege eines Umkehrschlusses folgern, dass nach der Veröffentlichung des Werkes grundsätzlich jedermann berechtigt sein soll, den Inhalt des Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben.⁶¹⁰ Eine Ansicht in Literatur und Rechtsprechung erkennt deshalb in § 12 Abs. 2 UrhG eine besondere Schrankenbestimmung,

608 Vgl. LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (322).

609 So erstmals *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (502 f.), die – trotz methodischer Zweifel – in der Anwendung des § 12 Abs. 2 UrhG auf die Bildersuche einen „zumindest nachdenkenswerten Weg“ zur Lösung der Problematik sehen; dem (mit unterschiedlichen Begründungen) folgend *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759 (762); *Kleinemenke*, CR 2009, 55 (56) (mit Einschränkungen hinsichtlich der Konstellation der „Drittinhaberschaft“ des Urheberrechts, siehe dazu unten 4. Kapitel, B.I.2.); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 251 ff.; *Schricker/Loewenheim/Wild*, § 97 Rn. 118 (ohne nähere Begründung).

610 Siehe dazu auch bereits oben 2. Kapitel, B.I.3.b).

nach der jedermann berechtigt ist, den Inhalt eines veröffentlichten Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, selbst wenn die Inhaltsmitteilung eine Form annimmt, die grundsätzlich dem Urheber vorbehalten ist.⁶¹¹ Dabei sollen nach zum Teil vertretener Ansicht auch solche Inhaltsmitteilung zulässig sein, die das Bearbeitungsrecht des Urhebers gemäß § 23 UrhG verletzen, etwa weil sie fast ausschließlich aus übernommenen Versatzstücken des Originals bestehen.⁶¹² Die Grenze des Zulässigen ist jedoch jedenfalls dann überschritten, wenn die öffentliche Inhaltsmitteilung oder -beschreibung einen so weitgehenden Werkgenuss ermöglicht, dass sie geeignet ist, die Lektüre des Originalwerkes zu ersetzen.⁶¹³

Diese Argumentation wurde in der Rechtsprechung zuletzt im Zusammenhang mit der Problematik der sogenannten *Abstracts* – verkürzter Darstellungen eines Werkes zu Informations- oder Dokumentationszwecken⁶¹⁴ – aufgegriffen,⁶¹⁵ zu denen die Darstellung eines Werkes als *Thumbnail* im Rahmen der Bildersuche durchaus Parallelen aufweist. Ebenso wie ein Abstract, dient ein *Thumbnail* als Mitteilung und Inhaltsbeschreibung des gezeigten Bildes im Sinne einer Information über dessen Existenz und den Ort seiner Auffindbarkeit.⁶¹⁶ Anders als bei einem Abstract, bei dem sich die Übernahme wesentlicher schutzfähiger Teile des Originalwerkes etwa durch Umformulierungen kennzeichnender Textpas-

611 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); *Erdmann*, in: FS Tilmann, S. 21 (30 f.); *Haberstumpf*, Handbuch, Rn. 205; *ders.*, ZUM 2011, 158 (160 f.); *Hackemann*, GRUR 1982, 262 (267); Loewenheim/*Dietz*, 1. Aufl., § 16 Rn. 11; *Müsse*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 147 f.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 511; *Schricker/Dietz*, 3. Aufl., § 12 Rn. 29; *Ulmer*, S. 213; im Ergebnis zustimmend HK-UrhR/*Dreyer*, § 12 Rn. 25; a.A. BGH, GRUR 2011, 134 (139) – *Perlentaucher*; OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249 (251); *Dreier/Schulze*, § 12 Rn. 24; *Fromm/Nordemann/Hertin*, 9. Aufl., § 12 Rn. 14; Loewenheim/*Dietz/Peukert*, § 16 Rn. 29; *Obergfell*, GRUR 2011, 208 (210); *Ott*, ZUM 2009, 345 (350); *Pohl*, Abstracts, S. 186 ff.; *Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert*, § 12 Rn. 29; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, § 12 Rn. 22.

612 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); a.A. OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249 (251).

613 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 12 Rn. 21; *Schricker/Dietz*, 3. Aufl., § 12 Rn. 29.

614 Ausführlich zur urheberrechtlichen Bewertung von Abstracts und anderen Inhaltsmitteilungen *Pohl*, Abstracts, S. 59 ff.

615 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65; OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249; zuletzt jedoch abgelehnt von BGH, GRUR 2011, 134 (139) – *Perlentaucher*; siehe dazu die kritische Anmerkung von *Haberstumpf*, ZUM 2011, 158 ff.

616 Vgl. *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (503).

sagen vermeiden lässt, besteht diese Möglichkeit bei Bildern oder anderen graphischen Darstellungen jedoch in der Regel nicht. Um dem Nutzer einen (sinnvollen) Überblick über den Inhalt der aufgefundenen Werke zu vermitteln, bedarf es einer verkleinerten Darstellung des vollständigen Ausgangswerkes und somit auch notwendigerweise der Übernahme kennzeichnender Werkteile.⁶¹⁷ Auch wenn die *Thumbnails* so den Inhalt des Originalwerkes erkennen lassen, eignen sie sich dennoch – abgesehen von der als rein hypothetisch anzusehenden Verwendung als Bild für Mobiltelefon⁶¹⁸ – nicht als Substitut für das Originalwerk.

In Fällen, in denen der Urheber seine Bilder selbst im Internet veröffentlicht oder Dritten eine Online-Nutzung erlaubt hat, erscheint daher eine sach- und interessengerechte Lösung für das Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Allgemeinheit, den wirtschaftlichen Interessen von Suchmaschinenbetreibern und den Urheberinteressen im Wege eines Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG durchaus möglich zu sein. Dabei muss allerdings ein strenger Maßstab hinsichtlich der Eignung zur Substituierung des Originalwerkes gelten.⁶¹⁹ Gerade dieses Abgrenzungskriterium ist nämlich aufgrund der notwendigen Unschärfe einigen Zweifeln ausgesetzt.⁶²⁰ Diese können jedoch im Fall der Verwendung von Vorschaubildern durch Bildersuchmaschinen meines Erachtens ausgeräumt werden, obwohl die stark verkleinerte *Thumbnail*-Ansicht das Originalwerk erkennen lässt und so einen Werkgenuss des Originalbildes (wenn

617 Vgl. *Nolte*, Informationsmehrwerkdienste, S. 253.

618 Eine Nutzung der *Thumbnails* als Hintergrundbilder für Mobiltelefone wird zwar immer wieder von den Klägern vorgebracht – so etwa auch im *Thumbnail*-Verfahren vor dem LG Hamburg (ZUM 2009, 315 (316)) –, sie ist jedoch bei realistischer Betrachtung äußerst unwahrscheinlich. Moderne Handys sind in der Lage, deutlich höhere Auflösungen als die der Vorschaubilder anzuzeigen, so dass – wenn überhaupt – wohl nicht die *Thumbnails*, sondern die mit Hilfe der Suchmaschine aufgefundenen Originalbilder für das Handy verwendet würden. Im Urteil *Perfect 10 v. Google Inc.* (508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)) hat auch der *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* darauf hingewiesen, dass eine solche Verwendung als rein hypothetisch anzusehen ist, obwohl in diesem Fall der Kläger seine Bilder sogar für die Verwendung als Handybilder an einen Dritten lizenziert hatte.

619 Ähnlich *Nolte*, Informationsmehrwerkdienste, S. 253; auch *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (503), jedoch mit allgemeinen Bedenken zur Methodik des Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG.

620 Vgl. Wandtke/Bullinger/*Bullinger*, § 12 Rn. 22.

auch stark vermindert) noch ermöglicht.⁶²¹ Die Ermöglichung des Werkgenusses ist jedoch nicht das primäre Ziel der Anzeige der Vorschaubilder, sondern lediglich eine notwendige „Nebenerscheinung“. Vielmehr geht es bei der *Thumbnail*-Verwendung ausschließlich darum, dem Nutzer im Sinne einer bloßen Hinweis- und Zeigerfunktion den Fundort des Originalwerkes aufzuzeigen und so dessen „Konsum“ zu erleichtern oder gar erst zu ermöglichen.⁶²² Da eine sinnvolle „Inhaltsangabe“ aber – wie gezeigt – gerade nur durch die verkleinerte Wiedergabe des gesamten Originalwerkes möglich ist, kann in diesem Fall ausnahmsweise auch die vollständige Wiedergabe des Originalwerkes als Inhaltsangabe im Sinne eines Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG gerechtfertigt sein. Insofern unterscheidet sich die Inhaltsmitteilung durch *Thumbnails* deutlich von anderen Inhaltsangaben, bei denen die vollständige oder weitgehende Übernahme des Originalwerkes vermieden werden könnte, etwa im Falle eines Abstracts, dessen Autor lediglich aufgrund von Faulheit oder eigenem Unvermögen große und insbesondere wesentliche Teile des Originalwerkes kopiert. Das Vorschaubild gibt nur so viel vom Originalwerk wieder, wie für die Zweckbestimmung – die Inhaltsbeschreibung – erforderlich ist. Es soll und kann somit gerade den Genuss des Originalwerkes nicht vollständig ersetzen.

Sieht man über die methodischen Bedenken hinsichtlich des dargestellten Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG zu Lasten des Urhebers hinweg,⁶²³ so stellt dieser Ansatz einen praktikablen Lösungsweg für die Problematik der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in Form von Vorschaubildern im Rahmen der Bildersuche dar.⁶²⁴

621 A.A. Heymann/Nolte, K&R 2009, 759 (762) und Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 253, die annehmen, die *Thumbnails* ermöglichten keinen eigenständigen Werkgenuss.

622 Vgl. Heymann/Nolte, K&R 2009, 759 (762); Leistner/Stang, CR 2008, 499 (503); Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 252 f.

623 Gegen einen Umkehrschluss zu Lasten des Urhebers werden insbesondere Bedenken aufgrund der positiven Formulierung der Norm und aufgrund der systematischen Stellung der Regelung bei den Urheberpersönlichkeitsrechten angeführt, siehe Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 12 Rn. 22 sowie oben 2. Kapitel, B.I.3.b).

624 So im Ergebnis auch Heymann/Nolte, K&R 2009, 759 (762); Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 252 f.; einschränkend aufgrund methodischer Zweifel Leistner/Stang, CR 2008, 499 (503); Leistner, IIC 2011, 417 (425 f.); a.A. BGHZ 185, 291 (299) – *Vorschaubilder* sowie Spindler, GRUR 2010, 785

Keine Anwendung kann ein solcher Umkehrschluss allerdings im Falle der „Drittinhaberschaft“ der erforderlichen Nutzungsbefugnisse finden, das heißt in Konstellationen, in denen der Urheber die fraglichen Werke nicht selbst im Internet veröffentlicht und auch Dritten die dafür erforderlichen Nutzungsrechte nicht eingeräumt hat.⁶²⁵ Eine Einschränkung der Urheberrechte nach § 12 Abs. 2 UrhG kommt nämlich keinesfalls in Betracht, wenn das Werk ohne Zustimmung des Urhebers im Internet veröffentlicht wurde.⁶²⁶ Die dargestellte Anwendung eines Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG als Schrankenregelung beruht auf der Annahme, dass nach Erschöpfung des Mitteilungsvorbehaltes jedermann den Inhalt des Werkes öffentlich mitteilen oder beschreiben können soll, ohne den Urheber fragen zu müssen.⁶²⁷ Der Umkehrschluss ist somit entwickelt worden, um ein zu weitgehendes Monopol des Rechteinhabers in Bezug auf Vor- und Nachstufen der Werknutzung – im Sinne einer alleinigen „Hinweisohheit“ – zu verhindern. Auch wenn die Veröffentlichung im Sinne des § 12 Abs. 2 UrhG grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form der Offenbarung beziehungsweise ein bestimmtes Medium – etwa die analoge oder digitale Veröffentlichung – gebunden ist, kann vor diesem Hintergrund eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 12 Abs. 2 UrhG auf die *Thumbnail*-Nutzung nur dann gerechtfertigt werden, wenn die Veröffentlichung im Internet durch den Rechteinhaber selbst oder mit dessen Zustimmung erfolgte. Nur dann hat sich der Urheber seines alleinigen „Mitteilungsrechts“ derart begeben, dass eine Beschränkung durch § 12 Abs. 2 UrhG sinnvoll und angemessen erscheint.

Es ist zu beachten, dass die Darstellung in *Thumbnail*-Form das Originalwerk vollständig erkennen lässt und so einen Werkgenuss des Originalbildes (wenn auch stark vermindert) bereits ermöglicht. Insoweit unterscheidet sich die *Thumbnail*-Nutzung doch deutlich von den Bereichen, für die der Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG von Rechtsprechung und

(786 f.), der einen Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG zwar für einen „vielsprechenden Weg“ hält, diesen letztlich jedoch – entgegen der hier vertretenen Auffassung – daran scheitern lässt, dass die *Thumbnails* bereits einen Werkgenuss ermöglichen.

625 Vgl. *Kleinemenke*, CR 2009, 55 (56). Dies übersieht *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 251, der die Anwendung eines Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG gerade (auch) als Lösung für die Konstellation der „Drittinhaberschaft“ des Urheberrechts sieht.

626 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert*, § 12 Rn. 29 m.w.N.

627 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67).

Literatur entwickelt und herangezogen worden ist. Hier ist eine Substitution des Originalwerkes typischerweise ausgeschlossen, weil die Inhaltsangabe in einer anderen Form erfolgt und/oder tatsächlich nur einen „Vorgeschmack“ auf das eigentliche Werk bietet. Die *Thumbnail*-Verwendung bietet dem Nutzer hingegen bereits einen verminderten Genuss des gesamten Werkes, der erforderlich ist, um die Hinweis- und Zeigerfunktion auf den Fundort des Originalwerkes sinnvoll zu erfüllen und dessen „Konsum“ zu erleichtern oder gar erst zu ermöglichen. Auch wenn der *Thumbnail* den Genuss des Originalwerkes nicht vollständig ersetzen kann und soll, stellt dies doch eine weitreichende Einschränkung der Rechte des Urhebers dar. Ist das Originalwerk mit Zustimmung des Rechteinhabers im Internet veröffentlicht worden, so erscheint diese weitgehende Einschränkung gerechtfertigt, da das Vorschaubild nur so viel vom Originalwerk wiedergibt, wie für die Inhaltsbeschreibung erforderlich ist und somit die einzige praktikable Hinweismöglichkeit darstellt. Hat der Rechteinhaber hingegen der Internet-Veröffentlichung seines Werkes nicht zugestimmt, so widerspricht auch ein Hinweis auf dessen Online-Fundstelle durch die verkleinerte Werkwiedergabe den Interessen des Urhebers.⁶²⁸ Eine so weitreichende Einschränkung seiner Rechte ist dem Rechteinhaber nicht zuzumuten und auch nicht von dem Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG bezweckt. Der Umkehrschluss soll im Interesse der (potentiellen) Werknutzer die Alleinstellung des Rechteinhabers in Bezug auf Hinweise und Inhaltsangaben seines Werkes begrenzen. Die erweiternde Gesetzesanwendung soll hingegen nicht dazu dienen, durch entsprechende Hinweise Rechtsverletzungen durch unerlaubte Werknutzung – hier in Form einer unzulässigen öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG – zu vertiefen. Ein schutzwürdiges Interesse an entsprechenden Hinweisen auf rechtsverletzende Nutzungen besteht nicht.

2. (Konkludente) Nutzungsrechtseinräumung und Einwilligung

Aufgrund der aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Erfassung der Problematik der *Thumbnail*-Nutzung im Rahmen der gesetzlichen Schrankenbestimmungen ist in der Literatur und Rechtsprechung zur Vermeidung des

628 Siehe zur insoweit gleichlaufenden Argumentation in Bezug auf die Einwilligung in die Werknutzung unten 4. Kapitel, B.I.2.b).

unbefriedigenden Resultats einer Unzulässigkeit der allgemein als äußerst nützlich angesehenen Bildersuche anhand von *Thumbnails* erwogen worden, die Verwendung von *Thumbnails* bei der Bildersuche durch den Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre durch schuldrechtliche beziehungsweise vertragsähnliche Konstruktionen, insbesondere durch die Annahme einer Einwilligung,⁶²⁹ zu rechtfertigen.⁶³⁰ Dieser Ansatz beruht auf Überlegungen, dass ein Urheber beziehungsweise Rechteinhaber, der seine urheberrechtlich geschützten Werke frei zugänglich im Internet einstellt und zum Abruf durch Mitglieder der Öffentlichkeit bereithält, auch möchte, dass diese von Nutzern gefunden werden – wozu Suchmaschinen einen ganz wesentlichen Beitrag leisten. Das „Gewand“ der gegenüber den starren Schranken deutlich flexibleren und wertungsoffeneren Einwilligungslösung bietet dabei die Möglichkeit, gerade auch solche Aspekte bei der Rechtfertigung zu berücksichtigen, die im Rahmen der veralteten, zum Teil nicht technologieneutralen Schrankenbestimmungen keine oder allenfalls sehr beschränkte Beachtung finden können. So sind von der Rechtsprechung über den Umweg der Einwilligung etwa wesentliche Interessen der Allgemeinheit an der Erhaltung und Förderung einer effektiv funktionierenden und sinnvollen Internetinfrastruktur – also im Wesentlichen reine Nützlichkeits- und Funktionalitätsüberlegungen – ebenso in die Erwägungen zur Rechtfertigung der *Thumbnail*-Nutzung einbezogen worden wie offene Transaktionskostenaspekte, etwa in Form der Frage nach der Möglichkeit einer Einzellizenzierung oder eines Einzelwiderrufs.⁶³¹ Dieser offene Rückgriff auf zusätzliche, wünschenswerte Aspekte, die in den bestehenden Schranken keine hinreichende, interessengerechte Berücksichtigung(-smöglichkeit) finden, ist grundsätzlich zu begrüßen. Zugleich wirft eine derart weitreichende Anwendung des allgemeinen zivilrechtlichen Instituts der Einwilligung im Urheber-

629 Grundlegend zur Rechtsnatur der Einwilligung *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 178 ff.

630 Vgl. aus der Rechtsprechung BGHZ 185, 291 (301 ff.) – *Vorschaubilder*; OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225 ff.) – *Thumbnails*; LG Erfurt, ZUM 2007, 566 (567); LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (316 f.); aus der Literatur etwa *Berberich*, MMR 2005, 145 (147 f.); *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759 (761 f.); *Hüttner*, WRP 2010, 1008 (1011 ff.); *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (503 ff.); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 249 ff.; *Ott*, ZUM 2007, 119 (126 f.); *Roggenkamp*, jurisPR-ITR 14/2010 Anm. 2; *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 107 ff.; *Spindler*, GRUR 2010, 785 (789 ff.); v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (370 ff.).

631 Siehe dazu näher unten 4. Kapitel, B.I.2.b) und c).

recht jedoch Fragen der Methodenehrlichkeit auf, die das Bedürfnis für die Einführung einer Schrankengeneralklausel verdeutlichen.⁶³²

a) Einräumung von Nutzungsrechten und (schlichte) Einwilligung

Zu differenzieren ist zunächst zwischen der (unentgeltlichen) *Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts* und der (schlichten) *Einwilligung*⁶³³ in die Nutzung. Beides kann nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch konkludent erfolgen, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen und somit die Intensität der rechtlichen Bindung unterscheiden sich jedoch.⁶³⁴ Das einfache Nutzungsrecht wird von der herrschenden Meinung als gegenständliches Recht mit dinglicher Wirkung angesehen,⁶³⁵ das zwar ein positives Nutzungsrecht, jedoch grundsätzlich keine Abwehrbefugnis gegenüber dem Urheber oder Dritten begründet. Es genießt jedoch Sukzessionsschutz gemäß § 33 UrhG. Wurde ein Nutzungsrecht mit gegenständlicher Wirkung eingeräumt, so lässt dieses bereits einen Eingriff in

632 Siehe näher zu der aufgeworfenen Frage der Methodenehrlichkeit unten S. 151 ff. und 279 ff.

633 Die Terminologie ist insofern uneinheitlich. Zumeist wird lediglich von einer „Einwilligung“ gesprochen, wobei dieser Begriff teilweise auch ebenso für die – insbesondere konkludente – Nutzungsrechtseinräumung verwendet wird [Vgl. auch den Wortlaut des § 23 UrhG, der allgemein die „Einwilligung des Urhebers“ verlangt, womit letztlich eine Nutzungsrechtseinräumung gemeint ist; vgl. Fromm/Nordemann/*A. Nordemann*, §§ 23/24 Rn. 13]. In Abgrenzung zur Nutzungsrechtseinräumung wird daher zum Teil klarstellend von einer „schlichten Einwilligung“ [v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369; dem folgend BGHZ 185, 291 (304) – *Vorschaubilder*] oder einer „Einwilligung im engeren Sinne“ [*Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 178] gesprochen.

634 Grundlegend zur „Qualität“ der unterschiedlichen Erlaubnisarten und zur damit einhergehenden Abstufung in der Intensität der rechtlichen Bindung *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 141 ff., der hierfür den Begriff der „Stufenleiter der Gestatungen“ geprägt hat. Speziell zur Abstufung der Erlaubnisarten im Urheberrecht *Schricker/Loewenheim/Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 Rn. 45 ff.

635 Vgl. BGHZ 180, 344 (353) – *Reifen Progressiv*; BGHZ 185, 291 (304 f.) – *Vorschaubilder*; LG München I, GRUR-RR 2004, 350 – *GPL-Verstoß*; Dreier/*Schulze*, § 31 Rn. 52; Fromm/Nordemann/*J.B. Nordemann*, § 31 Rn. 87; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 556; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 604; *Schricker/Loewenheim/Schricker/Loewenheim*, Vor § 28 Rn. 83; *Ulmer*, S. 368; a.A. (nur schuldrechtlicher Charakter) Fromm/Nordemann/*Hertin*, 9. Aufl., §§ 31/32 Rn. 2; *Götting*, in: FS *Schricker I*, S. 53 (68); Möhring/*Nicolini/Spautz*, § 31 Rn. 39; *Pahlow*, ZUM 2005, 865 ff.

die Ausschließlichkeitsbefugnisse des Urhebers oder Rechteinhabers entfallen.⁶³⁶ Die auf die Nutzungsrechtseinräumung gerichtete Willenserklärung muss daher auch den Anforderungen an eine dingliche Verfügung über Rechte genügen, das heißt es muss unter Berücksichtigung der gesamten Begleitumstände nach dem objektiven Inhalt der Erklärung unzweideutig der Wille des Urhebers zu Tage treten, einem Dritten ein bestimmtes Nutzungsrecht einräumen zu wollen.⁶³⁷ Anders als bei der (konkludenten) Nutzungsrechtseinräumung ist hingegen für die Einwilligung – entsprechend der allgemeinen Figur der Einwilligung im Deliktsrecht⁶³⁸ – auch für das Urheberrecht anerkannt, dass diese lediglich die *Rechtswidrigkeit* eines Eingriffs in die Ausschließlichkeitsrechte entfallen lässt.⁶³⁹ Der Eingreifende erwirbt also weder ein dingliches Recht noch einen schuldrechtlichen Anspruch oder sonstige durchsetzbare Rechte – weder gegenüber dem Urheber noch gegenüber Dritten.⁶⁴⁰ Daher sind – unabhängig von der Frage, ob man die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung,⁶⁴¹ auf die allerdings im Wesentlichen die für Willenserklärungen geltenden Regeln Anwendung finden, oder als Willenserklärung mit Besonderheiten⁶⁴² betrachtet – die Voraussetzungen für die rechtfertigende Einwilligung in eine Nutzung nach richtiger Auffassung weniger streng als die Anforderungen an eine Nutzungsrechtseinräumung. Die Einwilligung muss zwar nach außen erklärt werden, es bedarf jedoch keiner

636 Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Wild, § 97 Rn. 28 m.w.N.

637 Vgl. BGHZ 185, 291 (302 f.) – *Vorschaubilder*.

638 Siehe dazu BGHZ 105, 45; sowie ausführlich MünchKomm-BGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 665 ff.

639 Vgl. BGHZ 174, 359 (366 f.) – *Drucker und Plotter*; BGHZ 185, 291 (304) – *Vorschaubilder*; Dreier/Schulze, § 97 Rn. 15; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, § 97 Rn. 24 f.; Schricker/Loewenheim/Schricker/Loewenheim, Vor § 28 Rn. 57; Schricker/Loewenheim/Wild, § 97 Rn. 32; v.Ungern-Sternberg, GRUR 2008, 247 (248 f.); ders., GRUR 2009, 369 (371); Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 31 Rn. 37; a.A. Ohly, Volenti non fit iniuria, S. 197 ff., der – allerdings ohne Bezug auf die Besonderheiten des Urheberrechts – der Einwilligung im Zivilrecht tatbestandsausschließende Wirkung beimisst.

640 Vgl. BGHZ 185, 291 (305) – *Vorschaubilder*; Ohly, Volenti non fit iniuria, S. 144, 176 f.; Spindler, GRUR 2010, 785 (789).

641 So die h.M., vgl. etwa Schricker/Loewenheim/Schricker/Loewenheim, Vor § 28 Rn. 57; v.Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (370); Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert, § 31 Rn. 37, jeweils m.w.N.

642 So mit ausführlicher Argumentation und zahlreichen Nachweisen Ohly, Volenti non fit iniuria, S. 201 ff.

auf die Einräumung eines dinglichen Rechts gerichteten rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die einen auf den Eintritt einer solchen Rechtsfolge gerichteten Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringt.⁶⁴³ Es reicht vielmehr aus, wenn durch Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont dem (schlüssigen) Verhalten des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers objektiv die Erklärung entnommen werden kann, dieser sei mit einer bestimmten Nutzung seines Werkes einverstanden.⁶⁴⁴ Die dem Verhalten aus Sicht des Erklärungsempfängers objektiv beizumessende Bedeutung hat somit Vorrang vor dem subjektiven (inneren) Willen des Erklärenden.⁶⁴⁵ Es kommt daher auch bei fehlendem Erklärungsbewusstsein eine Einwilligungserklärung in Betracht, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden dürfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat.⁶⁴⁶ Wird einem bestimmten Verhalten im Rahmen des redlichen Rechtsverkehrs sozialtypisch ein bestimmter Erklärungsgehalt beigemessen, so muss daher eine Berufung auf einen entgegenstehenden inneren Willen ausscheiden. Die Einwilligung ist jedoch grundsätzlich frei widerruflich,⁶⁴⁷ das heißt der „Erklärende“ kann der Annahme einer konkludenten Einwilligung durch eine ausdrückliche gegenteilige Erklärung entgegen treten. Zum Teil wird angenommen, selbst eine solche ausdrückliche Erklärung solle ausnahmsweise unbeachtlich sein, wenn sie in einem deutlichen Widerspruch zum eigenen tatsächlichen (sozialtypischen) Verhalten steht.⁶⁴⁸

643 Vgl. BGHZ 145, 343 (346 f.); BGHZ 185, 291 (305 f.) – *Vorschaubilder*; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (370).

644 Vgl. BGHZ 185, 291 (306) – *Vorschaubilder*; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (504 f.); *Ott*, Linking und Framing, S. 368; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (370).

645 Vgl. *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 341 f.; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (370). Allgemein zur Willenserklärung BGH, NJW-RR 2005, 639 (640).

646 St. Rspr., siehe nur BGHZ 109, 171 (177); BGHZ 149, 129 (136), jeweils m.w.N.

647 Vgl. nur *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 177 f. m.w.N.

648 Vgl. BGHZ 185, 291 (307 f.) – *Vorschaubilder*; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369 (370). Allgemein zur sog. *protestatio facto contraria* BGH, NJW 1965, 387 (388); NJW 2000, 3429 (3431); MünchKomm-BGB/Kramer, Vor § 116 BGB Rn. 40; sowie ausführlich *Teichmann*, in: FS Michaelis, S. 294 ff. Siehe näher zu den Möglichkeiten des Widerrufs der Einwilligung unten 4. Kapitel, B.I.2.c).

b) Rechtfertigung der Thumbnail-Nutzung durch Nutzungsrechtseinräumung oder Einwilligung

Die aufgezeigten Grundsätze der Einräumung von Nutzungsrechten und rechtfertigenden Einwilligung lassen sich auf die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke durch Bildersuchmaschinen wie folgt anwenden:

Eine *ausdrückliche Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts* oder zumindest die *ausdrückliche Einwilligung* des Rechteinhabers in die Erstellung und Zugänglichmachung der Vorschaubilder ist grundsätzlich denkbar und technisch möglich. Sie kann insbesondere angenommen werden, wenn der Urheber oder Rechteinhaber die Crawler von Bildersuchmaschinen ausdrücklich zur Durchsuchung der Website, auf der er seine Werke veröffentlicht hat, und zur Indexierung der dort gefundenen Bilddateien auffordert.⁶⁴⁹ In aller Regel – und insbesondere in den Fällen, die tatsächlich zu einem Streit über die Berechtigung des Suchmaschinenbetreibers führen – wird eine solche ausdrückliche „Einladung“ an die Crawler und somit auch eine ausdrückliche Nutzungsrechtseinräumung beziehungsweise Einwilligung jedoch nicht vorliegen.

In Betracht kommt jedoch im Falle einer fehlenden ausdrücklichen Nutzungsrechtseinräumung oder Einwilligung die Annahme einer die Rechtswidrigkeit ausschließenden *konkludenten (schlichten) Einwilligung* in die Thumbnail-Nutzung. Stellt der Urheber oder ein Rechteinhaber ein urheberrechtlich geschütztes Werk frei zugänglich – das heißt ohne jegliche technische Sicherungsmaßnahmen – im Internet ein, so weiß er – oder nimmt zumindest bewusst in Kauf –, dass jedem beliebigen Mitglied der

649 Eine solche ausdrückliche Zustimmung zur Durchsuchung und Indexierung der Bilddateien ist insbesondere in Form der Aufnahme eines entsprechenden Befehls in der „robots.txt“-Datei im Stammverzeichnis der Webseite denkbar. Etwa durch den Befehl „User-agent: Googlebot-Image – Allow: /“ würde den Crawlern der Suchmaschine Google ausdrücklich die Indexierung aller auf der Internetseite enthaltenen Bilder gestattet. Es ist jedoch auch eine Differenzierung nach bestimmten Verzeichnissen oder Dateitypen möglich, bspw. durch die Befehle: „User-agent: Googlebot-Image – Allow: /bilder“ (nur Indexierung der Bilder, die sich in dem Verzeichnis „bilder“ befinden) oder „User-agent: Googlebot-Image – Allow: /*.jpg\$“ (nur Indexierung von Dateien mit der Dateiendung „.jpg“). Siehe ausführlich zu den technischen Möglichkeiten der Zulassung und Untersagung der Indexierung von Bilddateien durch die Crawler oben 3. Kapitel, B.

Öffentlichkeit ein Abruf dieses Werkes möglich ist. Bei einer Betrachtung vom objektiven Empfängerhorizont kann dem Verhalten des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers somit objektiv die Erklärung entnommen werden, dieser wolle, dass seine Inhalte von anderen Nutzern aufgefunden werden, und sei daher mit allen solchen Nutzungen seiner Werke einverstanden, die nach der Verkehrssitte im Internet üblich sind.⁶⁵⁰ Dazu zählen auch solche Nutzungshandlungen, die für diese übliche Nutzung (technisch) notwendig oder mit ihr zumindest typischerweise verbunden sind.⁶⁵¹ Zu einem wesentlichen Funktionselement des Internets gehören Suchmaschinen. Ohne diese ist ein gezieltes Auffinden von Webseiten und insbesondere von auf diesen enthaltenen Informationen beinahe unmöglich. Dem Nutzer bliebe andernfalls nur die Möglichkeit, das Internet durch die Eingabe von Internetadressen „auf gut Glück“ zu durchstöbern oder sich bestenfalls anhand von Verlinkungen von Internetseite zu Internetseite zu „hangeln“. Dies erscheint – bildlich gesprochen – aufgrund der unüberschaubaren Fülle von Informationen etwa so erfolgversprechend wie die Nutzung einer großen, nicht-fachspezifischen Bibliothek ohne Bibliothekskatalog. Wer als Urheberrechtsberechtigter ein Werk ungeschützt in das Internet einstellt, willigt daher konkludent jedenfalls in solche Nutzungen durch Suchmaschinen ein, die für diese zur Erstellung eines effektiven Suchsystems und somit zur Ermöglichung der üblichen Nutzung durch Dritte zwingend erforderlich sind. Für die „herkömmliche“ Internet-suche mit Trefferlisten in Textform sind dies namentlich alle mit der Erfassung, Indexierung und Speicherung für die spätere Abfrage verbundenen Nutzungen, da ohne diese der wirksame und effektive Betrieb einer Suchmaschine nicht vorstellbar ist und es somit auch für die Nutzer nicht möglich wäre, gezielt Informationen zu finden. Da dieses Angebot der Suchmaschinen die Verbreitung der indexierten Webseiten und somit deren Bekanntheit steigert und zugleich die eigene Werkverwertung durch die Webseitenbetreiber nicht beeinträchtigt, liegt es deutlich im Interesse der verlinkten Anbieter. Für die „herkömmlichen“ Suchmaschinen mit Trefferlisten in Textform ist daher inzwischen auch nicht mehr umstritten, dass im ungeschützten Einstellen von Online-Inhalten tatsächlich zumindest eine konkludente Einwilligung der Webseitenbetreiber in deren Nut-

650 Ausgenommen sind von einer solchen Einwilligung allerdings rechtswidrige Nutzungen, selbst wenn diese in bestimmten Bereichen im Internet üblich sein mögen.

651 So auch v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (371).

zung im für die effektive Websuche erforderlichen Umfang zu sehen ist.⁶⁵²

Bezweifelt worden ist jedoch, ob es sich bei der von Bildersuchmaschinen angebotenen Verweisung auf Bilddateien in Form der *Thumbnails* um eine ebenso unerlässliche und wesensmäßig mit der Internetnutzung verbundene Nutzungshandlung handelt.⁶⁵³ Jedenfalls ist eine beschreibende Verweisung auf Bilddateien in Textform nicht zwangsläufig völlig unbrauchbar und somit auch nicht von vornherein unvorstellbar.⁶⁵⁴ Allerdings würde ein effektives und vor allem schnelles Auffinden von Bildinformationen durch eine derartige Darstellung der Suchergebnisse ganz erheblich erschwert. Ein schneller Überblick über die aufgefundenen Bilddateien und eine schnelle Auswahl relevanter Bilder wäre dem Nutzer gerade nicht mehr möglich. Zudem bestehen derzeit noch keine ausgereiften technischen Möglichkeiten, um eine solche Darstellung der Suchergebnisse automatisiert umzusetzen.⁶⁵⁵ Die Crawler der Suchmaschinen müssten dafür in der Lage sein, den Inhalt der aufgefundenen Bilddateien tatsächlich zu „verstehen“ und dann in sprachlicher Form beschreibend und möglichst detailliert wiederzugeben. Wie dargestellt, erfassen die Crawler jedoch derzeit lediglich die einer Bilddatei zugeordneten Informationen, etwa den Dateinamen und den verbalen Kontext, in dem sie stehen, und ordnen diese so bestimmten Suchbegriffen zu. Eine Umsetzung der Bildersu-

652 Vgl. schon Bettinger/Leistner/Leistner, Teil 1 B Rn. 73 ff.; Härting, Internetrecht, Rn. 977; Rath, Internet-Suchmaschinen, S. 141; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (372).

653 Vgl. Omsels, jurisPR-WettbR 7/2010 Anm. 1; Roggenkamp, K&R 2007, 328 (329); ders., jurisPR-ITR 14/2008 Anm. 2; ders., jurisPR-ITR 14/2010 Anm. 2; Schack, MMR 2008, 414 (416); zustimmend Fahl, K&R 2010, 437 (439); ders., Bilder- und Nachrichtensuche, S. 125.

654 So der Vorschlag des LG Hamburg in der mündlichen Verhandlung des *Thumbnail*-Verfahrens; vgl. Hoeren, MMR 2009, 62. Vgl. auch das anschauliche Beispiel einer solchen Darstellung in sprachlicher Form bei Ott, ZUM 2009, 345. Diese Form der Darstellung wurde auch im US-amerikanischen Verfahren *Perfect 10 v. Google, Inc.* (416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006)) von der Klägerin als Alternative zur *Thumbnail*-Vorschau vorgeschlagen, vom Gericht jedoch im Ergebnis abgelehnt; *ebd.*, S. 850.

655 An der Weiterentwicklung derartiger Techniken zur Bilderkennung, dem sogenannten *Content-based image retrieval* (CBIR), wird jedoch intensiv gearbeitet. Zur Entwicklung und den Problemen siehe etwa Datta/Joshi/Li/Wang, 40 ACM Computing Surveys 5:1 (2008); Lew/Sebe/Djeraba/Jain, 2 ACM Transactions on Multimedia Computing, Communications, and Applications 1 (2006).

che in Textform ist daher weder nutzerfreundlich, noch (derzeit) technisch möglich.

Für die Annahme einer konkludenten Einwilligung in die Werknutzung durch Bildersuchmaschinen spricht jedoch, neben den vorgenannten Bedenken, ganz wesentlich eine andere Überlegung: Eine Betrachtung vom objektiven Empfängerhorizont ergibt, dass derjenige, der Bildwerke ungesichert in das Internet einstellt, ja gerade will, dass diese von anderen Internetnutzern aufgefunden und genutzt werden. Erst die Aufnahme in eine Suchmaschine ermöglicht jedoch in der Regel eine weitreichende Auffindbarkeit und eröffnet dem Webseitenbetreiber die Aussicht auf (zusätzlichen) *traffic*. Eine Suchmaschine, die dies möglichst einfach und effektiv ausgestaltet – was durch die Darstellung in Form stark verkleinerter Vorschaubilder, die den Werkgenuss des Originals nicht ersetzen, sondern lediglich auf dessen Fundort hinweisen, zweifellos der Fall ist –, dient daher objektiv gerade den Interessen des Einstellenden. Zudem muss die Nutzung durch Bildersuchmaschinen inzwischen allgemein als bekannt gelten, da sie von allen (großen) Suchmaschinenbetreibern angeboten wird und zu deren besonders häufig genutzten Dienstleistungen gehört.⁶⁵⁶ Bildersuchmaschinen gehören somit zweifelsohne längst zur festen Infrastruktur im Internet.

Bei objektiver Betrachtung aus der Sicht der Suchmaschinenbetreiber (als Erklärungsempfänger) und mit Rücksicht auf die Verkehrssitten im Internet willigt der Urheber oder Rechteinhaber durch das ungeschützte Einstellen von Bildern in das Internet daher gerade auch in eine Werknutzung in dem für den effektiven Betrieb der Bildersuchmaschine erforderlichen Umfang ein.⁶⁵⁷ Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass es dem

⁶⁵⁶ Vgl. Ott, ZUM 2009, 345 (347).

⁶⁵⁷ Dies kann inzwischen als **h.M.** gelten, da sich dieser Argumentation weite Teile der Literatur und auch der Rechtsprechung angeschlossen haben; vgl. BGHZ 185, 291 (306 ff.) – *Vorschaubilder*; LG Erfurt, ZUM 2007, 566 (567); OLG Köln, ZUM 2010, 706 (707) [Konkludente Einwilligung in Zugriff durch Personensuchmaschine]; LG Hamburg, Urt. v. 16.6.2010, Az. 325 O 448/09, Rn. 22; Berberich, MMR 2005, 145 (147 f.); ders., CR 2007, 391 (393 f.); Bernreuther, WRP 2008, 1057 (1065); Bullinger/Garbers-v.Boehm, GRUR-Prax. 2010, 257; Engels, GRUR-Prax. 2010, 156; Ernst, jurisPR-WettbR 9/2008 Anm. 5; Gey, Öffentliche Zugänglichmachung, S. 170 f.; Heymann/Nolte, K&R 2009, 759 (761 f.); Kleinemenke, CR 2009, 55; Leistner/Stang, CR 2008, 499 (505); Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 250 f.; Ott, ZUM 2007, 119 (126 f.); ders., ZUM 2009, 345 (346 f.); Schaefer, Bildersuchmaschinen, S. 134 f.; Schricker/Loewen-

Einstellenden ohne großen Aufwand möglich ist, die Werknutzung durch die Suchmaschinen technisch zu verhindern. Selbst wenn eine derartige Einwilligung im Einzelfall nicht der Absicht des „Erklärenden“ entspricht, muss er sie dennoch gegen sich gelten lassen, da er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und – durch technische Vorkehrungen – vermeiden können, dass sein Verhalten nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als entsprechende Erklärung aufgefasst werden durfte.⁶⁵⁸

Nicht von der Einwilligung gedeckt sind hingegen solche Nutzungen, die über den notwendigen Umfang hinausgehen und deshalb dem (objektiv ermittelten) Interesse des Urhebers zuwider laufen.⁶⁵⁹ Insbesondere ist einschränkend zu fordern, dass bei der *Thumbnail*-Anzeige und der weiteren Verweisung deutlich erkennbar sein muss, dass es sich um fremde Inhalte handelt und wer der ursprüngliche Anbieter dieser Inhalte ist.⁶⁶⁰ Diesem Erfordernis wird allerdings bei der Ausgestaltung aller derzeit üblichen Bildersuchmaschinen genügt. Eine Einwilligung in die Werknutzung kann zudem nicht angenommen werden, wenn der Urheber oder Rechteinhaber der Nutzung von Anfang an gegenüber einem oder allen Suchma-

heim/v. Ungern-Sternberg, § 19a Rn. 47; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 54; Schricker/Loewenheim/Vogel, § 72 Rn. 26; Schricker/Loewenheim/Wild, § 97 Rn. 117 f.; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (372); Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 21; a.A. OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails* [allerdings Lösung über § 242 BGB unter Heranziehung derselben Überlegungen, die die h.M. im Rahmen der konkludenten Einwilligung fruchtbar macht]; Eichelberger, GB 2010, 212 (213); Fahl, K&R 2010, 437 (439 f.); ders., Bilder- und Nachrichtensuche, S. 88 ff.; Roggenkamp, K&R 2007, 325 (329); ders., jurisPR-ITR 14/2008 Anm. 2; ders., jurisPR-ITR 14/2010 Anm. 2; Schack, GRUR 2007, 639 (643); ders., MMR 2008, 414 (416); Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761 (776 ff.).

658 Vgl. BGHZ 174, 359 (367 f.) – *Drucker und Plotter*; BGH, GRUR 2009, 53 (55) – *PC*; BGHZ 185, 291 (306 f.) – *Vorschaubilder*; Leistner/Stang, CR 2008, 499 (504 f.); Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 19a Rn. 47; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (372).

659 Vgl. den Fall des LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (317), in dem das Gericht – zu Recht – die zwingende Notwendigkeit der Verwendung von *Thumbnails* als „Schmuck“ für die Nachrichtensuche und somit auch das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung verneinte.

660 Vgl. Bettinger/Leistner/Leistner, Teil 1 B Rn. 76; zustimmend Schricker/Loewenheim/Vogel, § 87b Rn. 41.

schinenbetreibern ausdrücklich widersprochen hat⁶⁶¹ oder seine Ablehnung einer *Thumbnail*-Nutzung durch die Verwendung technischer Sperren, etwa eines entsprechenden Eintrags in der „robots.txt“-Datei⁶⁶² oder eines Passwortschutzes, zum Ausdruck gebracht hat.

Grundsätzlich ausscheiden muss die Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung in die *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen zudem immer dann, wenn der Urheber seine Werke nicht selbst auf einer Webseite zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereitgestellt und auch Dritten die erforderliche Zustimmung nicht erteilt hat. In solchen Konstellationen einer „Drittinhaberschaft“ der erforderlichen Nutzungsbefugnisse,⁶⁶³ Fällen in denen das Werk also ausschließlich unberechtigt im Internet verfügbar ist, kommt eine Einwilligungslösung nicht in Betracht, da es schon an einer anknüpfungsfähigen Handlung des Rechteinhabers fehlt.⁶⁶⁴

661 Entgegen der Ansicht des BGH, der entsprechend seiner Argumentation in den *Vorschaubilder*-Entscheidungen (wohl) auch in diesem Fall eine konkludente Einwilligung des Rechteinhabers durch das ungeschützte Einstellen seiner Werke annehmen würde, kann eine Einwilligung im Falle eines tatsächlichen (anfänglichen) Widerspruchs des Rechteinhabers gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber nicht angenommen werden – auch dann nicht, wenn die Inhalte anschließend ungeschützt eingestellt werden. Die tatsächliche Willenserklärung des Rechteinhabers muss insoweit Vorrang vor einem Verhalten haben, dem vom objektiven Empfängerhorizont ggfs. eine Einwilligung entnommen werden könnte. Vgl. zur entsprechenden und auf diese Konstellation übertragbaren Argumentation zum Widerruf einer (konkludenten) Einwilligung ausführlich unten 4. Kapitel, B.I. 2.c).

662 Zu den technischen Möglichkeiten eines „Ausschlusses“ der Suchmaschinen-Crawler siehe näher oben 3. Kapitel, B.

663 Eine solche Konstellation lag erstmals in einem deutschen Urteil dem Verfahren vor dem LG Hamburg, ZUM 2009, 315 zugrunde. Das US-amerikanische Urteil *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), betraf ebenfalls eine solche Konstellation.

664 Vgl. BGHZ 185, 291 (309) –*Vorschaubilder*; *Berberich*, CR 2007, 391 (394); *Ernst*, jurisPR-WettbR 11/2008 Anm. 4; *Fahl*, K&R 2010, 437 (439); *Kleinemennke*, CR 2009, 55; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499 (506 f.) [die allerdings davon ausgehen, derartige Fälle dürften nicht „flächendeckend gerichtsnotorisch“ werden – dass eher das Gegenteil der Fall sein dürfte, da gerade diese Fälle sich nicht durch die Einwilligungslösung erfassen lassen und deshalb drohen, das Geschäftsmodell von Bildersuchmaschinen in Frage zu stellen, unterstreicht das Urteil des LG Hamburg (ZUM 2009, 315)]; *Ott*, ZUM 2007, 119 (127); *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, § 19a Rn. 47.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der *Vorschaubilder II*-Entscheidung⁶⁶⁵ des Bundesgerichtshofes. In dieser hatte der BGH über einen Fall der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte zu entscheiden. Unstreitig hatte der Urheber die in der Bildersuche auffindbaren Bilder nämlich weder selbst auf der Webseite eingestellt, auf der sie von der Suchmaschine indexiert worden waren, noch einem Dritten die Erlaubnis zur dortigen Zugänglichmachung erteilt. Dennoch unterschied sich der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt von den vorgenannten Fällen, in denen eine Einwilligungslösung keinesfalls in Betracht kommt, da das Werk *ausschließlich* unberechtigt im Internet verfügbar ist, der Urheber also *gar keine* Zustimmung zur Online-Veröffentlichung erteilt hat. Einen Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Einwilligung sah der Bundesgerichtshof im zu entscheidenden Fall nämlich dennoch: Der klagende Urheber hatte einem Dritten *überhaupt* das Recht eingeräumt, das fragliche Lichtbild im Internet öffentlich zugänglich zu machen.⁶⁶⁶ Auch wenn das von der Suchmaschine als *Thumbnail* angezeigte Bild letztlich nicht auf die Internetseite verwies, auf der das Originalwerk mit Zustimmung des Urhebers veröffentlicht wurde, fehlte es somit nach Auffassung des Gerichts nicht vollständig an einer anknüpfungsfähigen Handlung des Rechteinhabers. Mit dem Einstellen von Abbildungen des Originalwerkes ins Internet habe der – vom Urheber ermächtigte – Dritte durch schlüssiges Verhalten gegenüber den Betreibern von Suchmaschinen seine schlichte Einwilligung zur Anzeige von Vorschaubildern der Abbildungen in Ergebnislisten von Bildersuchmaschinen erklärt.⁶⁶⁷ Da es für die Auslegung der Einwilligung auf den objektiven Erklärungsinhalt aus der Sicht des Erklärungs-

665 BGH, GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

666 Vgl. BGH, GRUR 2012, 602 (605, Rn. 26) – *Vorschaubilder II*. Das OLG Hamburg hatte in der Vorinstanz Fragen der Einwilligung noch umgangen, indem es den Fall unter Rückgriff auf die Darlegungs- und Beweislast löste. Da eine berechnete Einstellung im Internet in Betracht komme, müsse der Berechnete nachweisen, dass die konkrete Nutzung unberechtigt sei. Der bloße Hinweis, er habe dem Betreiber der fraglichen Webseiten keine Lizenz erteilt, genüge insoweit nicht; siehe OLG Hamburg, Urt. v. 23.6.2010, 5 U 220/08, BeckRS 2012, 521. Dem trat der BGH zu Recht mit der Begründung entgegen, aus der Tatsache, dass der Kläger anderen die Nutzung gestattet habe, folge nicht, dass sich der Kläger zu den erteilten Lizenzen erklären müsse. Es reiche, wenn er darlege, dass er dem Betreiber der Webseite keine Lizenz erteilt habe; siehe BGH, a.a.O., S. 604, Rn. 22 f.

667 Siehe BGH, GRUR 2012, 602 (605, Rn. 27) – *Vorschaubilder II*.

empfängers ankomme, sei die Einwilligung auch nicht auf die Anzeige von Abbildungen des Originalwerks beschränkt, die mit Zustimmung des Urhebers ins Internet eingestellt wurden, sondern erfasse auch Abbildungen des Werkes, die anschließend – ohne Zustimmung des Rechteinhabers – auf weiteren Internetseiten aufzufinden seien. Habe der Berechtigte oder mit seiner Zustimmung ein Dritter die Einwilligung zum Aufsuchen und Anzeigen von Abbildungen eines vom Berechtigten geschaffenen Werkes durch Bildersuchmaschinen erteilt, verhalte sich der Berechtigte daher widersprüchlich, wenn er von dem Betreiber einer Suchmaschine verlange, nur Vorschaubilder solcher Abbildungen des Werkes anzuzeigen, die vom Berechtigten oder mit seiner Zustimmung von Dritten ins Internet eingestellt wurden. Ein solches Verhalten sei daher auch unter dem Gesichtspunkt einer *protestatio facto contraria* unbeachtlich.⁶⁶⁸ Wurde ein Bild also einmal irgendwo im Internet mit Einwilligung des Rechteinhabers und ohne technische Schutzmaßnahmen eingestellt, so verletzt nach Ansicht des BGH der Suchmaschinenbetreiber durch dessen Anzeige im *Thumbnail*-Format – unabhängig vom konkreten Fundort des Werkes, auf den das Vorschaubild verweist – keine Urheberrechte.

Aus rein praktischer Sicht ist dem vom Bundesgerichtshof gefundenen Ergebnis zuzustimmen; der vom *Senat* gewählte Weg vermag jedoch dogmatisch nicht zu überzeugen.⁶⁶⁹ Möchte man das Geschäftsmodell der Bildersuche vor dem deutschen Urheberrecht mit seinem insoweit veralteten und zu starren Schranken-katalog⁶⁷⁰ „retten“, so bleibt *de lege lata* nur ein „Kunstgriff“ wie ihn hier der BGH durch die weitere Ausdehnung der Einwilligungslösung vorgenommen hat. Dass das „Schicksal“ eines einmal im Internet öffentlich zugänglich gemachten Bildes weitgehend unkontrollierbar ist, sollte inzwischen tatsächlich allgemein bekannt sein. Ebenso ist richtig, dass Suchmaschinenbetreiber – wenn überhaupt – allenfalls mit ganz erheblichen Kosten und gegebenenfalls durch Änderungen ihres Geschäftsmodells überprüfen können, ob die von Ihnen angezeigten

668 Siehe BGH, GRUR 2012, 602 (605, Rn. 28) – *Vorschaubilder II*.

669 Ebenso i.E. *Conrad*, ZUM 2012, 480 (481); *Fahl*, MMR-Aktuell 2012, 331727; *Klass*, ZUM 2013, 1 (5 ff.); *Ohly*, GRUR 2012, 983 (992); *Spindler*, MMR 2012, 386 (387). *Thum*, GRUR-Prax 2012, 215 sieht hingegen in dem Urteil eine auch „dogmatisch consequent[e]“ Fortentwicklung der Einwilligungslösung.

670 Siehe zum Versagen der urheberrechtlichen Schranken bei der Rechtfertigung der *Thumbnail*-Nutzung und insbesondere in Fällen der Drittinhaberschaft der Rechte ausführlich oben 4. Kapitel, B.I.1.a) bis h).

Thumbnails auf eine legale Quelle – also ein vom Rechteinhaber oder mit dessen Zustimmung veröffentlichtes Werk – verweisen. Technisch kaum sinnvoll möglich erscheint derzeit eine automatische Überprüfung, welches von mehreren aufgefundenen, identischen Bildern das „Original“, also das mit Zustimmung des Rechteinhabers veröffentlichte Werk, ist. Eine allenfalls denkbare Einzelfallüberprüfung der Berechtigung durch den Suchmaschinenbetreiber würde prohibitiv hohe Kosten verursachen.⁶⁷¹ Vor dem Hintergrund dieser offenen Praktikabilitäts- und Transaktionskostenprobleme dehnt der BGH – zur Erhaltung der Bildersuche konsequent – die Wirkungen der Einwilligung in die Online-Nutzung eines Werkes erheblich aus.⁶⁷² Für den Fall, dass der Urheber der Zugänglichmachung seines Werkes im Internet überhaupt *einmal* zugestimmt hat, wird die Einwilligung beziehungsweise deren Wirkung auch auf *alle* weiteren Fälle erstreckt, in denen das Bild (auch) auf einer anderen Internetseite aufgefunden wird als derjenigen, auf die sich die ursprüngliche Zustimmung des Urhebers bezog.

So zustimmungswürdig auch die Bemühungen des BGH sein mögen, neue Formen der Werknutzung, hier das Geschäftsmodell der Bildersuche, zu erhalten – aus dogmatischer Sicht kann das *Vorschaubilder II*-Urteil nicht überzeugen. Die Grenzen einer maßgeblich von Praktikabilitäts Erwägungen gesteuerten Überdehnung der Einwilligungslösung zeigen sich deutlich, wenn man sie auf den zuvor dargestellten – vom BGH (noch) nicht zu entscheidenden – Fall überträgt, in dem ein Bild „völlig“ unberechtigt im Internet verfügbar ist, der Rechteinhaber einer Online-Veröffentlichung also überhaupt nicht zugestimmt hat. Tatsächlich kann ein Suchmaschinenbetreiber – wie auch der BGH hervorhebt – nicht feststellen, „ob ein aufgefundenes Bild von einem Berechtigten oder einem Nichtberechtigten ins Internet eingestellt worden ist“. ⁶⁷³ Aus Sicht des Suchmaschinenbetreibers, der das Internet mit seinen Crawlern automatisch durchsucht, macht es jedoch keinen Unterschied, ob es sich bei ei-

671 Vgl. *Ohly*, GRUR 2012, 983 (988).

672 *Spindler*, MMR 2012, 386 (387) weist jedoch zu Recht darauf hin, dass durch eine derartige Ausdehnung der Einwilligungslösung zugunsten der Suchmaschinenbetreiber jegliche Anreize genommen werden, Technologien zu entwickeln, die den automatisierten Abgleich von Lizenzen und Rechteerläumungen ermöglichen.

673 BGH, GRUR 2012, 602 (605, Rn. 28) – *Vorschaubilder II*.

nem aufgefundenen Bild um eine „ursprünglich illegale“⁶⁷⁴ oder erst „nachträglich illegale“⁶⁷⁵ Vervielfältigung des Werkes handelt, dieses also von einem Nichtberechtigten *erstmalig* in das Internet eingestellt wurde oder ein *weiteres* Exemplar eines ursprünglich mit Zustimmung des Rechteinhabers im Internet veröffentlichten Werkes ist. Im erstgenannten Fall kommt eine Einwilligungslösung jedoch schon deshalb nicht in Betracht, weil es vollständig an einer anknüpfungsfähigen Handlung des Rechteinhabers fehlt. Eine Einwilligung bedarf zwar keiner auf die Einräumung eines dinglichen Rechts gerichteten rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, die einen auf den Eintritt einer solchen Rechtsfolge gerichteten Rechtsfolgewillen zum Ausdruck bringt.⁶⁷⁶ Es muss sich dem (schlüssigen) Verhalten des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers jedoch zumindest durch Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont objektiv die Erklärung entnehmen lassen, dieser sei mit einer bestimmten Nutzung seines Werkes einverstanden.⁶⁷⁷ Hat der Rechteinhaber allerdings einem Einstellen in das Internet *niemals zugestimmt* oder dieses sogar *ausdrücklich untersagt*, so fehlt ein (schlüssiges) Verhalten, dem sich eine Einwilligungserklärung entnehmen ließe. Allein ein „Nicht-Verhindern“, dass ein Werk im Internet erscheint, kann insofern zur Annahme einer Einwilligung durch den Urheber in spätere Online-Nutzungen nicht ausreichen. Andernfalls müsste man auch den Urheber eines analogen Werkes, der dessen Digitalisierung nicht verhindert – etwa einen Künstler, der nicht verhindert, dass sein Gemälde digital fotografiert wird und diese digitale Vervielfältigung in das Internet gestellt wird – an der unterbliebenen Verhinderung als Anknüpfungspunkt für eine Einwilligung in eine spätere Suchmaschinennutzung festhalten. Dass eine solche Annahme die Einwilligungslehre nicht nur überdehnt, sondern mit deren Grundgedanken unvereinbar ist, liegt auf der Hand.

674 Also ein niemals mit Zustimmung des Urhebers/Rechteinhabers im Internet veröffentlichtes Werkexemplar.

675 Also ein andernorts mit Zustimmung des Urhebers/Rechteinhabers im Internet veröffentlichtes Werkexemplar, das ohne Zustimmung auf einer anderen Internetseite auffindbar ist.

676 Vgl. BGHZ 145, 343 (346 f.); BGHZ 185, 291 (305 f.) – *Vorschaubilder*; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (370).

677 Vgl. BGHZ 185, 291 (306) – *Vorschaubilder*; Leistner/Stang, CR 2008, 499 (504 f.); Ott, Linking und Framing, S. 368; v. Ungern-Sternberg, GRUR 2009, 369 (370).

Bei dieser Sachlage lässt sich jedoch nicht zufriedenstellend erklären und erscheint es willkürlich, dass der Suchmaschinenbetreiber sich (nur) dann auf eine Einwilligung des Rechteinhabers verlassen können soll, wenn ein Werk ursprünglich mit Zustimmung des Rechteinhabers in das Internet gelangte, nicht hingegen bei einem „völlig“ ohne Zustimmung eingestellten Bild. Zur Vermeidung einer Haftung müsste der Suchmaschinenbetreiber also feststellen, ob es sich bei der über seine Suchmaschine auffindbaren und von dieser als *Thumbnail* angezeigten Vorlage um eine „ursprünglich illegale“ oder erst „nachträglich illegale“ Vervielfältigung des Werkes handelt. Eine solche Unterscheidung ist zum einen technisch nicht möglich. Zum anderen verdeutlicht diese willkürliche Differenzierung die Schwäche der vom BGH herangezogenen Einwilligungslösung, die hier an ihre Grenzen gerät. Denn aus Sicht des Suchmaschinenbetreibers – als objektivem Erklärungsempfänger – ist der objektive Erklärungsgehalt in beiden Fällen gleich. Er findet (durch seine Crawler) jeweils ein Werkexemplar vor, das nicht mit Hilfe technischer Schutzmaßnahmen gegen einen Zugriff geschützt ist. Unterscheidet sich jedoch der „Erklärungsgehalt“⁶⁷⁸ bei der (maßgeblichen) Betrachtung vom objektiven Empfängerhorizont tatsächlich nicht, so kann sich auch für die Beurteilung der Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung sinnvollerweise kein Unterschied ergeben.

Dies verdeutlicht, dass der BGH mit der *Vorschaubilder II*-Entscheidung den Boden der traditionellen zivilrechtlichen Einwilligungslehre weitgehend verlässt und diese zu einer „Allzweckwaffe“⁶⁷⁹ zur Rettung erhaltenswerter Geschäftsmodelle erweitert, die in Verbindung mit dem Rückgriff auf das Argument widersprüchlichen Verhaltens eine äußerst flexible Anwendung und insbesondere auch die Berücksichtigung von Praktikabilitäts-, Transaktionskosten- und Gemeinnutzgesichtspunkte ermöglicht.⁶⁸⁰ Zugleich zeigen die dogmatischen Schwächen eindrucksvoll, dass sich die vom BGH vorgenommene Überdehnung der Einwilligungslehre als „Notanker“ zur Ermöglichung oder Erhaltung wünschenswerter

678 Hier in Anführungszeichen gesetzt, da im Falle „ursprünglich illegaler“ Inhalte bereits jegliche Erklärung fehlt.

679 *Spindler*, GRUR 2010, 785 (789).

680 *Thum*, GRUR-Prax 2012, 215 stellt insoweit (unter Hinweis auf *Spindler*, GRUR 2010, 785 (790)) zutreffend fest, auf der Basis der Rechtsfigur der (schlichten) Einwilligung habe sich „eine von den Gerichten flexibel handhabbare „Quasi-Fair-Use-Regelung“ im deutschen Recht etabliert“.

neuer Formen der Werknutzung letztlich als Offenbarungseid darstellt, der einmal mehr verdeutlicht, wie dringend eine Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken erforderlich ist.⁶⁸¹ Eine dringend erforderliche Schrankengeneralklausel sollte dabei so ausgestaltet werden, dass gerade auch die vom BGH in jüngerer Zeit insbesondere in Bezug auf Internet-Nutzungssachverhalte immer offener zur Begründung herangezogenen (Transaktions-)Kosten- und Nutzenaspekte⁶⁸² bei der Frage der Rechtfertigung einer Werknutzung Berücksichtigung finden können.⁶⁸³ So können auf Basis einer Schrankengeneralklausel Entscheidungen getroffen werden, die nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Herleitung und Begründung überzeugen. Dies würde es dem BGH ersparen, sich zur Erreichung richtiger Ergebnisse fragwürdiger Konstruktionen zu bedienen, mit denen er selbst teilweise nicht im Reinen zu sein scheint. Darauf dass auch der BGH mit seiner Lösung im *Vorschaubilder II*-Urteil nicht vollständig zufrieden zu sein scheint, deutet jedenfalls der den Überlegungen zur Einwilligung angefügte (selbstverständliche) Hinweis hin, dem Rechteinhaber bleibe es „allerdings unbenommen, diejenigen wegen einer Verletzung seiner nach dem Urheberrechtsgesetz geschützten Rechte an der Fotografie in Anspruch zu nehmen, die Abbildungen der Fotografie unberechtigt ins Internet eingestellt haben“.⁶⁸⁴

c) Untersagung künftiger Nutzungen

Kommt man zu dem – hier vertretenen – Ergebnis, dass im ungeschützten Einstellen urheberrechtlich geschützter Werke grundsätzlich eine konkludente (schlichte) Einwilligung in deren Nutzung in einem für die effektive Bildersuche erforderlichen Umfang zu sehen ist, so stellt sich die Frage, ob und wie der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber, der mit der Nutzung – entgegen des von ihm objektiv erzeugten Rechtsscheins – tatsäch-

681 So i.E. auch *Spindler*, MMR 2012, 386 (387).

682 Siehe bereits BGH, GRUR 2003, 958 (961) – *Paperboy* sowie die Praktikabilitäts- und Zumutbarkeitsüberlegungen in der Rechtsprechung zur Störerhaftung, etwa BGH, GRUR 2007, 708 (712) – *Internet-Versteigerung II*; GRUR 2009, 597 (598 f.) – *Halzband*; GRUR 2010, 633 (635 f.) – *Sommer unseres Lebens*; GRUR 2012, 304 (307 f.) – *Basler Haar-Kosmetik*.

683 Siehe zu Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Schrankengeneralklausel im deutschen und europäischen Recht unten 7. Kapitel, A. und B.

684 BGH, GRUR 2012, 602 (605, Rn. 29) – *Vorschaubilder II*.

lich nicht einverstanden ist, die künftige Nutzung untersagen kann. Die Einwilligung ist grundsätzlich mit Wirkung für die Zukunft frei widerruflich,⁶⁸⁵ das heißt der „Erklärende“ kann der Annahme einer konkludenten Einwilligung durch eine ausdrückliche gegenteilige Erklärung entgegenreten. Unter dem Gesichtspunkt der *protestatio facto contraria* räumt der BGH jedoch in seiner *Vorschaubilder*-Entscheidung dem sozialtypischen Verhalten des Einstellenden sogar im Konfliktfall den Vorrang vor dessen tatsächlich erklärtem Willen ein und nimmt an, die Einwilligung könne nur spiegelbildlich zu ihrer Erklärung widerrufen werden.⁶⁸⁶ Selbst ein ausdrücklich gegenüber einem Suchmaschinenbetreiber geäußelter Widerspruch soll demnach unbeachtlich sein, wenn der Erklärende sein Verhalten, dem objektiv die Einwilligungserklärung entnommen wurde, nicht ändert. Die stillschweigende (schlichte) Einwilligungserklärung könne im konkreten Fall folglich nur widerrufen werden, indem der „Erklärende“ die entsprechenden Sicherungen seiner eingestellten Werke gegen das Auffinden beziehungsweise Verwenden durch die Bildersuchmaschinen vornimmt.⁶⁸⁷

Diese Auffassung mag aus Transaktionskostengesichtspunkten auf den ersten Blick ihren Reiz haben, da der dem Rechteinhaber durch die Einrichtung technischer Schutzmaßnahmen entstehende Aufwand in aller Regel tatsächlich deutlich niedriger ist, als der Aufwand für die Suchmaschinenbetreiber, auf eine Vielzahl einzelner, uneinheitlicher und zu überprüfender (Widerrufs-)Erklärungen zu reagieren. Bei genauerer rechtlicher Betrachtung ist die Ansicht des BGH dennoch aus mehreren Gründen abzulehnen. Misst man einem bestimmten Verhalten – hier dem ungeschützten Einstellen eines Werkes in das Internet – einen gewissen Erklärungs Wert zu, so kann es nicht überzeugen, diesen weiterhin anzunehmen, wenn der Erklärende tatsächlich widersprochen hat. Den Erklärenden trotz eines ausdrücklich und deutlich erklärten Widerspruchs an seinem sozialtypischen Verhalten festzuhalten, widerspräche dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz, dass in der Regel der wahre Wille maßgeblich ist, wenn er erkennbar ist.⁶⁸⁸ Die Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Einzelnen durch die Annahme eines Vorranges des Erklärungsgehalts eines sozi-

685 Vgl. nur *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 177 f. m.w.N.

686 Siehe BGHZ 185, 291 (308) – *Vorschaubilder*.

687 Vgl. BGHZ 185, 291 (308) – *Vorschaubilder*.

688 Vgl. grundlegend Staudinger/*Singer*, § 133 BGB Rn. 17 m.w.N. Vgl. auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 191.

altypischen Verhaltens gegenüber der ausdrücklichen Erklärung muss daher die begründungsbedürftige Ausnahme bleiben.⁶⁸⁹ Legt man die (stillschweigende) Einwilligungserklärung vom objektiven Empfängerhorizont aus – im Fall der Bildersuche also aus der Sicht der Suchmaschinenbetreiber – so erscheint es inkonsequent, bei einem tatsächlich erfolgten Widerruf an einen oder alle Suchmaschinenbetreiber nicht mehr auf diese Empfänger abzustellen, die ja nun tatsächlich Kenntnis vom Widerspruch des Einstellenden haben, sondern stattdessen einen Widerruf gegenüber der Allgemeinheit durch ein geändertes Sozialverhalten zu fordern.⁶⁹⁰

Eine Änderung des „Sozialverhaltens“ im Sinne der Einfügung wirksamer Schutzmechanismen gegen die Erfassung durch Bildersuchmaschinen zu verlangen, kann zudem im Einzelfall den Interessen des Einstellenden entgegenlaufen. Dieser mag tatsächlich ein Interesse daran haben, von den „Massensuchmaschinen“ nicht gefunden zu werden und deshalb der Nutzung durch diese widersprechen. Zugleich möchte der Urheber oder Rechteinhaber jedoch unter Umständen gerade keine erhöhten Sicherheitsvorkehrungen, etwa einen Passwortschutz und Mitgliederbereich für die eingestellten Werke verwenden, um den problemlosen Zugang für andere Nutzer sicher zu stellen, beispielsweise für den Freundeskreis oder ein Fachpublikum, das die Internetseite nicht aufgrund einer Suche mit einer Bildersuchmaschine erreicht, sondern deren Adresse gezielt eingibt oder die Seite durch das Anklicken eines Links aufruft.

Es ist zudem nicht ersichtlich, weshalb ein Urheber oder Rechteinhaber daran gehindert sein sollte, die Nutzung seiner Werke – aus welchen Gründen auch immer – beispielsweise nur einem bestimmten Suchmaschinenbetreiber mit Wirkung für die Zukunft zu untersagen. Dies wäre ihm aber nicht möglich, wollte man – wie der BGH⁶⁹¹ – stets ein gegenläufiges Verhalten durch Erklärung *gegenüber der Allgemeinheit* als Wirksamkeitsvoraussetzung eines Widerrufs verlangen. Bei konsequenter Anwendung der Argumentation des *Senats* müsste nämlich auch ein Widerruf durch ein geändertes Sozialverhalten in Form der – technisch ohne Weiteres möglichen – Einfügung wirksamer Schutzmechanismen gegen die Er-

689 Vgl. *Teichmann*, in: FS Michaelis, S. 294 (315).

690 Vgl. *Hüsch*, CR 2010, 452 (456).

691 Vgl. BGHZ 185, 291 (308) – *Vorschaubilder*.

fassung durch *einen* oder *bestimmte* Bildersuchmaschinenanbieter⁶⁹² *rechtlich* unbeachtlich bleiben, da sich eine solche Erklärung gerade an einzelne Suchmaschinenbetreiber und somit nicht – spiegelbildlich zur zunächst erklärten (mutmaßlichen) Einwilligung – an die Allgemeinheit richtet. Die Folge der *Vorschaubilder*-Rechtsprechung wäre somit in Bezug auf die Möglichkeit einer einmal erklärten Einwilligung ein interessenwidriges „Alles oder Nichts“. Trotz zahlreicher, zumeist leicht zu realisierender technischer Möglichkeiten zur – auch nachträglichen – Differenzierung und Steuerung der Suchmaschinennutzung könnte ein Widerruf aufgrund des Erfordernisses eines spiegelbildlich zur gegenüber der Allgemeinheit erklärten Einwilligung auch nur durch einen entsprechenden Widerruf gegenüber der Allgemeinheit rechtlich beachtlich erklärt werden. Der Urheber oder Rechteinhaber, der einmal seine Einwilligung in die Suchmaschinennutzung (konkulent) erklärt hat, wäre folglich daran gehindert, diese mit Wirkung für die Zukunft einzelnen Suchmaschinenbetreibern gegenüber wirksam zu widerrufen.

Nur die Anerkennung der Möglichkeit eines ausdrücklichen Widerrufs trägt zudem der Tatsache Rechnung, dass tatsächlich bei weitem nicht jeder, der ein Bild auf einer eigenen oder fremden Webseite ins Internet stellt, die Möglichkeiten kennt oder technisch umzusetzen weiß, um Suchmaschinen die Nutzung dieses Werkes zu untersagen.⁶⁹³ Dieses Unwissen muss er aufgrund einer entsprechenden Verkehrssitte im Internet bei der Ermittlung des Erklärungsinhaltes aus Sicht eines objektiven Empfängers zu seinen Lasten im Sinne einer Einwilligung in die übliche Nutzung hinnehmen. Kennt der Einstellende jedoch die technischen Möglichkeiten eines *Opt Out* tatsächlich nicht, so ist er auch nicht – oder zumindest nicht ohne erheblichen Aufwand, etwa durch die Beauftragung eines Webdesigners – in der Lage, diese nachträglich vorzunehmen, nachdem er Kenntnis von der seinem tatsächlichen Willen widersprechenden Nutzung durch die Suchmaschine erlangt hat. Macht der Urheber oder Rechteinhaber auf „traditionellem“ Wege durch einen ausdrücklichen Widerruf einer aufgrund der Verkehrssitte angenommenen Einwilligungserklärung deutlich, nicht mit der Nutzung einverstanden zu sein, so muss dies Beachtung finden.

692 Siehe zu den technischen Möglichkeiten, den Zugriff durch Suchmaschinen-Crawler auf einzelne Anbieter zu beschränken oder bestimmten Suchmaschinen zu untersagen oben 3. Kapitel, B.

693 Vgl. *Omsels*, jurisPR-WettbR 7/2010 Anm. 1.

Schließlich besteht auch kein tatsächliches Bedürfnis, den Widerruf gegenüber dem Einzelnen auszuschließen. Die Annahme einer konkludenten Einwilligung beruht letztlich auf einer – wesentlich durch Transaktionskostenüberlegung gesteuerten – Interessenabwägung zwischen den Belangen der Suchmaschinenbetreiber und deren Nutzern auf der einen Seite und den Interessen der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber auf der anderen Seite.⁶⁹⁴ Hier kommt man grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass letztere gewisse Einschnitte in ihre Ausschließlichkeitsbefugnisse hinnehmen müssen, da sie sich die Vorteile des Mediums Internet zu Nutzen machen und ihnen unschwer eine Sicherung ihrer Inhalte gegen ungewollte Nutzungen möglich ist, während dem Suchmaschinenbetreiber eine individuelle Lizenzierung und Überprüfung der Rechte im Einzelfall nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar ist.⁶⁹⁵ Dieses Abwägungsergebnis entspricht in aller Regel auch den tatsächlichen Interessen der Beteiligten, insbesondere auch denen der Urheber und Rechteinhaber, die gerade ein Interesse an einer besseren Auffindbarkeit ihrer Inhalte und gesteigertem *traffic* auf ihrer Webseite haben. Die Interessenlage ändert sich aber entscheidend, wenn der Urheber oder Rechteinhaber der Nutzung tatsächlich widersprochen hat. Dann ist kein Raum mehr für Mutmaßungen über dessen Willen und der Suchmaschinenbetreiber ist in seinen Interessen an einer möglichst einfachen und effektiven Ermöglichung der Bildersuche nicht mehr schutzbedürftig. Ein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend, der Urheber oder Rechteinhaber sei bereit, Einschränkungen seiner Ausschließlichkeitsrechte durch die Nutzung seiner Werke im Rahmen der Bildersuche hinzunehmen, besteht gerade nicht mehr. Sobald der Suchmaschinenbetreiber Kenntnis von einem Widerspruch erlangt hat, ist es ihm ohne unzumutbaren Aufwand möglich, die entsprechenden *Thumbnails* aus seiner Datenbank zu entfernen und die entsprechende Website in Zukunft nicht mehr von den Crawlern durchsuchen zu lassen, so dass die entsprechenden Bilder nicht mehr auf Suchanfragen der Nutzer angezeigt werden. Ein solches nachträgliches *Opt Out* ist somit in rein tatsächlicher Hinsicht nicht problematisch und zudem bei Online-Diensten auch nicht unüblich. So wird auch von zahlreichen anderen Online-Diensteanbietern, etwa von Verkaufsplattformen, verlangt, dass diese nach einem entsprechenden Hinweis rechtsverletzende Angebote entfernen und Maßnahmen

694 Vgl. Götting, LMK 2010, 309481; Spindler, GRUR 2010, 785 (790).

695 Vgl. BGHZ 185, 291 (307 f.) – *Vorschaubilder*; Schulze, ZUM 2011, 2 (11 f.); Spindler, GRUR 2010, 785 (790).

zur zukünftigen Verhinderung solcher Rechtsverletzungen treffen.⁶⁹⁶ Zu bedenken ist zudem, dass dem Dritten – hier also dem Suchmaschinenbetreiber – durch die (schlichte) Einwilligung gerade kein durchsetzbarer Anspruch auf eine Nutzung eingeräumt wird. Wenn aber kein Anspruch einzelner Mitglieder der Allgemeinheit begründet wird, sondern lediglich die Rechtswidrigkeit ihrer Handlung ausgeschlossen wird, so kann es auch keinen Vertrauensschutz der Allgemeinheit geben, der die Interessen des Rechteinhabers überragt.⁶⁹⁷ Es muss dem Urheber oder Rechteinhaber deshalb möglich sein, gegenüber einem bestimmten Dritten oder allen Mitgliedern der Allgemeinheit die Wirkung der Einwilligung durch ausdrückliche Erklärung zu vernichten.⁶⁹⁸

Die tatsächliche Erklärung eines Widerrufs gegenüber einem oder allen Bildersuchmaschinenbetreibern ohne eine gleichzeitige Modifikation der eigenen Website grundsätzlich als treuwidriges Verhalten zu deklarieren und daher für unbeachtlich zu halten, kann somit im Ergebnis nicht überzeugen. Ist derjenige, der durch das freie Einstellen eines Webseiten-Inhaltes objektiv eine Einwilligung erklärt hat, tatsächlich mit der Nutzung im Rahmen der Bildersuche nicht einverstanden, so kann er dies durch die Änderung seines Verhaltens, das heißt durch die Verwendung geeigneter Schutzmechanismen, verdeutlichen und so die zukünftige Nutzung verhindern. Er muss die Nutzung aber für die Zukunft auch durch einen ausdrücklichen Widerruf an einen oder mehrere Bildersuchmaschinenbetreiber beseitigen können. Ein solcher Widerruf ist meines Erachtens (spätestens) auch in der Erhebung einer Klage gegen die Nutzung zu sehen, da der Rechteinhaber hiermit eindeutig zum Ausdruck bringt, mit der (weiteren) Nutzung seiner urheberrechtlich geschützten Inhalte nicht einverstanden zu sein.

696 Vgl. BGHZ 172, 119 (132) – *Internet-Versteigerung II*; BGHZ 173, 188 (194 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH, GRUR 2008, 702 (706) – *Internet-Versteigerung III*. Zur (auch nachträglichen) *Opt Out*-Möglichkeit im Rahmen der *Google* Buchsuche, siehe oben 3. Kapitel, A. Ebenfalls möglich ist ein *Opt Out* etwa bei dem umstrittenen Dienst *Google Street View*, bei dem auch nach der Veröffentlichung der Bilder im Internet eine Unkenntlichmachung einzelner Gebäude möglich bleibt; vgl. <https://streetview-deutschland.appspot.com/submission> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]. Zu den rechtlichen Problemen von *Google Street View* siehe etwa *Dreier/Spiecker gen. Döhmman*, Systematische Aufnahme des Straßenbildes, S. 19 ff.; *Hoffmann*, CR 2010, 514 ff.

697 Vgl. *Omsels*, jurisPR-WettbR 7/2010 Anm. 1.

698 Ebenso i.E. *Ohly*, GRUR 2012, 983 (990 f.).

d) Zwischenergebnis

Hat der Urheber oder Rechteinhaber seine urheberrechtlich geschützten Werke ungeschützt und somit für jedes Mitglied der Öffentlichkeit frei zugänglich auf einer Internetseite eingestellt, so stellt die Annahme einer konkludenten (schlichten) Einwilligung in die Nutzung durch Bildersuchmaschinen in Form von Vorschaubildern einen dogmatisch tragfähigen Weg zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Verwertungsrechte dar, der zu interessengerechten Ergebnissen führen kann. Der Erklärende kann seine stillschweigende Einwilligung in die Nutzung mit Wirkung für die Zukunft entweder durch ein gegenläufiges Verhalten oder durch eine ausdrückliche Erklärung gegenüber einem Suchmaschinenbetreiber widerrufen. Aus den dargestellten Voraussetzungen der Einwilligungslösung ergeben sich jedoch auch deren Grenzen. Grundsätzlich ausscheiden muss die Annahme einer rechtfertigenden Einwilligung in die *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen nämlich dann, wenn der Urheber seine Werke nicht selbst auf einer Webseite zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereitgestellt und auch Dritten die erforderlichen Nutzungsrechte nicht eingeräumt hat. In solchen Konstellationen einer „Drittinhaberschaft“ der erforderlichen Nutzungsbefugnisse kommt eine Einwilligungslösung nicht in Betracht, da es schon an einer anknüpfungsfähigen Handlung des Rechteinhabers fehlt.

3. Haftungsprivilegierung des Suchmaschinenbetreibers unter Anwendung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-Richtlinie

Obwohl die Konstellation der „Drittinhaberschaft“ des Urheberrechts nicht Gegenstand der ersten „Vorschaubilder“-Entscheidung des BGH war, hat dieser in einem *obiter dictum* Überlegungen angestellt, die nach allen zuvor dargestellten Lösungsansätzen nicht zu legitimierenden Fälle der Verwendung von Werken, die von dazu nicht berechtigten Personen in das Internet eingestellt wurden, durch eine Anwendung der Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG⁶⁹⁹ (sog. E-Com-

699 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1.

merce-Richtlinie) zu erfassen. So soll die Haftung der Suchmaschinenbetreiber auf solche Verstöße begrenzt werden, die begangen werden, nachdem die Betreiber Kenntnis von einer klaren Rechtsverletzung erlangt haben.⁷⁰⁰ In Anlehnung an die jüngste Rechtsprechung des EuGH zur Benutzung fremder Marken als sogenannte *Keywords* im Rahmen der Online-Werbung⁷⁰¹ soll Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL auch auf die Bereitstellung der Dienstleistungen von Suchmaschinen anwendbar sein, wenn die betreffende Tätigkeit des Suchmaschinenbetreibers rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die von ihm gespeicherte oder weitergeleitete Information besitzt.

Diese Überlegungen des BGH überraschen in vielerlei Hinsicht und können im Ergebnis nicht überzeugen.⁷⁰² Bei der Regelung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL handelt es sich um eine Haftungsprivilegierung für Host Provider. Diese wurde durch § 10 TMG in deutsches Recht umgesetzt. Warum der BGH nicht auf diese nationale Regelung, sondern unmittelbar auf die Richtlinien-Vorschrift abstellt, ist bereits die erste Ungeheimtheit in diesem Teil der Entscheidung. Unabhängig davon ist jedoch – entgegen des Eindrucks, den der Hinweis des *Senats* vermittelt – auch nicht eindeutig, ob diese Haftungsregel ohne weiteres auf Suchmaschinenbetreiber anwendbar ist. Die in Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL vorgesehene Beschränkung der Verantwortlichkeit gilt im Fall eines „Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht“. Der Anbieter eines solchen Dienstes kann nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt,

700 BGHZ 185, 291 (309) – *Vorschaubilder*; dem ohne Begründung folgend Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, § 19a Rn. 47.

701 Siehe EuGH, Urt. v. 23.3.2010, C-236/08 bis C-238/08, GRUR 2010, 445 – *Google France SARL, Google Inc./Louis Vuitton Malletier SA u.a.* Zu diesen Urteilen und zur markenrechtlichen Zulässigkeit der Verwendung fremder Kennzeichen im Rahmen des Keyword-Advertising, siehe etwa *Eichelberger*, EuZW 2010, 731 ff.; *Ohly*, GRUR 2010, 776 ff.; *Ott/Schubert*, MarkenR 2010, 160 ff.; *Spindler/Prill*, CR 2010, 303 ff.; *Splittgerber*, NJW 2010, 2014 ff.; ausführlich *Hühner*, Domain-Parking, S. 175 ff.

702 Ebenfalls kritisch zu diesem Aspekt der *Vorschaubilder*-Entscheidung des BGH *Conrad*, ZUM 2010, 585 (587); *Eichelberger*, GB 2010, 212 (214); *Leistner*, IIC 2011, 417 (433 f.); *Niemann*, K&R 2010, 507 (508); *Roggenkamp*, jurisPR-ITR 14/2008 Anm. 2; *Rössel*, MMR 480 (481 f.); *Spindler*, GRUR 2010, 785 (792).

nachdem er durch eine geschädigte Person oder auf andere Weise von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Nutzers Kenntnis erlangt hat. Es stellt sich also die Frage, ob eine Suchmaschine als ein solcher „Dienst der Informationsgesellschaft“ einzustufen ist, der in der Speicherung von durch den Werbenden eingegebenen Informationen besteht, so dass diese Daten Gegenstand von „Hosting“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL sind und die Verantwortlichkeit des Suchmaschinenanbieters nicht geltend gemacht werden kann, solange er von dem rechtswidrigen Verhalten des Dritten keine Kenntnis hat.⁷⁰³

Zur Frage der Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie beziehungsweise des TMG auf Suchmaschinen hat der BGH bisher nicht Stellung genommen. Der BGH hat jedoch bislang eine Anwendung der Haftungsprivilegierungen des TMG auf Hyperlinks abgelehnt.⁷⁰⁴ Gegen die Anwendung der §§ 7 ff. TMG auf Hyperlinks wurde insbesondere angeführt, der Wortlaut der Normen sei auf Provider zugeschnitten und passe nicht auf den Fall eines bloßen Seitenverweises.⁷⁰⁵ Zudem lasse die E-Commerce-RL in Art. 21 Abs. 2 die Frage der Haftung für Hyperlinks ausdrücklich offen und auch der deutsche Gesetzgeber habe bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht bewusst auf eine Regelung des ihm bekannten Problems der Haftung für Links verzichtet.⁷⁰⁶ Diese Argumente ließen sich auch auf die Frage der Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen auf Suchmaschinen übertragen, weshalb bisher zumeist auch davon ausgegangen wurde, die Regelungen der §§ 7 ff. TMG seien auf diese ebenfalls nicht anwendbar.⁷⁰⁷

Der EuGH hat jedoch zuletzt im Zusammenhang mit der Frage der Haftung von Suchmaschinen für fremde Markenrechtsverletzungen durch Keyword-Advertising angedeutet, dass er die Anwendung der Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL auf Suchmaschinen als „Referenzierungsdienste“ in dieser Konstellation prinzipiell für möglich

703 Vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 (450) – *Google France./ Louis Vuitton*.

704 Siehe BGHZ 158, 343 (349) – *Schöner Wetten*.

705 Vgl. *Härting*, Internetrecht, Rn. 1689 f.; *Spindler*, MMR 2002, 495 (496); *ders.*, NJW 2002, 921 (924).

706 Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/6098, S. 37; *Ernst/Seichter*, WRP 2006, 810 (811); *Koch*, CR 2004, 213 (214); *Ott*, WRP 2006, 691 (693); *Spindler*, NJW 2002, 921 (924); *ders.*, MMR 2004, 440.

707 Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 14/6098, S. 37; *Härting*, Internetrecht, Rn. 1691; *Spindler*, MMR 2004, 440.

hält.⁷⁰⁸ Zugleich hat das Gericht jedoch einschränkend festgestellt, die Speicherung der Information durch den Suchmaschinenbetreiber falle nur dann unter die Regelung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL, wenn das Verhalten des Anbieters auf das eines „Vermittlers“ beschränkt sei, dieser die Informationen also für einen Dritten auf dessen Veranlassung speichere.⁷⁰⁹ Aus Erwägungsgrund 42 der E-Commerce-RL ergibt sich, dass dies nur der Fall ist, wenn die Tätigkeit des Suchmaschinenbetreibers *rein technischer, automatischer und passiver Art* ist und dieser *weder Kenntnis noch Kontrolle* über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.⁷¹⁰ Ob der Suchmaschine im konkreten Fall eine derartige neutrale Rolle zukam, hat der EuGH nicht entschieden, sondern dem nationalen Gericht zur Feststellung überlassen.⁷¹¹ Demnach ist bereits für die vom EuGH behandelte Konstellation – die im Wesentlichen die Verwendung sogenannter AdWords durch „traditionelle“ Suchmaschinen und gerade nicht deren Suchfunktion selbst betraf – bisher nicht festgestellt worden, ob diese tatsächlich rein technische, automatische und passive Dienstleistungen erbringen und weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleiteten oder gespeicherten Informationen haben. Bei den vom EuGH zu bewertenden Suchmaschinen-Dienstleistungen mag dies vertretbar sein, da es um die Störerhaftung aufgrund der Mitwirkung von *Google* an einer von einem Dritten vorgenommenen Rechtsverletzung durch die Zurverfügungstellung der erforderlichen Infrastruktur geht, *Google* als reiner Dienstleister die Daten also nur auf Anfrage des Werbenden verarbeitet und speichert.⁷¹² Auf das Geschäftsmodell der Bildersuchmaschinen ist die Regelung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL hingegen unanwendbar, da diese in keiner Weise eine dem klassischen Host Provider vergleichbare Tätigkeit durchführen.

Die Tätigkeit des Bildersuchmaschinenbetreibers ist gerade *nicht rein technischer, automatischer und passiver Art*, denn der Betreiber hat *Kenntnis und Kontrolle* über die weitergeleitete und gespeicherte Information. Der Suchmaschinenbetreiber nimmt durch das Erstellen und Speichern verkleinerter Vorschaubilder der von den eigenen Crawlern aufge-

708 Vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 (451) – *Google France./ Louis Vuitton*.

709 Vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 (451) – *Google France./ Louis Vuitton*.

710 Vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 (451) – *Google France./ Louis Vuitton*; BGHZ 185, 291 (310) – *Vorschaubilder*.

711 Siehe EuGH, GRUR 2010, 445 (451) – *Google France./ Louis Vuitton*.

712 Vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 (451) – *Google France./ Louis Vuitton*.

fundenen Bilddateien und das Vorhalten dieser *Thumbnails* für spätere Suchanfragen *eigene Nutzungshandlungen* vor.⁷¹³ Dies hat der BGH auch selbst bei der Qualifizierung des Eingriffs in urheberrechtliche Verwertungsrechte festgestellt und ausdrücklich betont, der Bildersuchmaschinenbetreiber stelle nicht lediglich die technischen Mittel zur Verfügung, sondern übe vielmehr die Kontrolle über die Bereithaltung der Werke aus. Die Tatsache, dass der einzelne Suchmaschinennutzer den Abruf der vorgehaltenen *Thumbnails* durch die Eingabe eines bestimmten Suchbegriffes bewirke, berühre die Eigenschaft des Suchmaschinenbetreibers als Werknutzer gerade nicht.⁷¹⁴ Diesen Überlegungen ist zuzustimmen, da der Bildersuchmaschinenbetreiber die Suche nach Bilddateien im Internet unabhängig von einer konkreten Anfrage durchführt und die gefundenen Bilder indexiert und in verkleinerter Form für einen späteren Abruf speichert. Die Feststellungen des BGH vertragen sich jedoch nicht mit der Annahme einer Haftungsprivilegierung des Bildersuchmaschinenbetreibers nach Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL. Die Werknutzung erfolgt nicht im Auftrag oder auf Veranlassung der Inhaltenanbieter oder der Suchmaschinennutzer, sondern aus eigenem Antrieb und Interesse des Suchmaschinenbetreibers. Es handelt sich um eigene Werknutzungen durch den Suchmaschinenanbieter – dieser ist also nicht lediglich Störer, sondern selbst *Täter* einer Urheberrechtsverletzung. Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL soll hingegen ausdrücklich nur die Haftung beseitigen, wenn ein neutraler Anbieter wegen einer mittelbaren Rechtsverletzung hinsichtlich solcher Inhalte, die auf Veranlassung Dritter gespeichert und gegebenenfalls zugänglich gemacht werden, zur Verantwortung gezogen werden soll. Aus diesem Grund kann die Regelung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL keine Anwendung auf Bildersuchmaschinen finden.

Auch ein weiterer Aspekt des Verweises des *Senats* auf Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL und die neue EuGH-Rechtsprechung überrascht. Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH finden die im TMG geregelten Haftungsprivilegierungen für Host Provider keine Anwendung auf Unterlassungsansprüche.⁷¹⁵ Durch § 10 TMG sollen demnach lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung begrenzt

713 Siehe dazu oben 4. Kapitel, A.I.1.

714 Siehe BGHZ 185, 291 (297 f.) – *Vorschaubilder*.

715 Vgl. BGHZ 158, 236 (246 f.) – *Internet-Versteigerung I*; BGHZ 172, 119 (126) – *Internet-Versteigerung II*; BGHZ 173, 188 (193 f.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

werden.⁷¹⁶ Im „Vorschaubilder“-Verfahren wurde *Google* jedoch gerade auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Verweisung des *Senats* auf die Regelung der E-Commerce-Richtlinie wirft somit die Frage auf, ob der BGH tatsächlich Abstand von seiner bisherigen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierung auf Unterlassungsansprüche nimmt, oder ob es sich insoweit um ein „Versehen“ handelt. Es spricht einiges dafür, dass die Äußerungen des BGH zur Haftungsprivilegierung nach Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL tatsächlich lediglich einen (missglückten) Versuch darstellen, eine Lösung für die äußerst problematischen Fälle der Verwendung von Werken, die von dazu nicht berechtigten Personen in das Internet eingestellt wurden, zu finden. Dabei mag das Gericht tatsächlich übersehen haben, dass es sich mit seinen Äußerungen in einen Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung zu Haftungsprivilegierungen zum TMG begibt.⁷¹⁷

Selbst wenn man jedoch dem Vorschlag des BGH folgen und die Haftung der Betreiber von Bildersuchmaschinen auf solche Verstöße beschränken wollte, die begangen werden, nachdem dieser auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden sind, offenbart sich eine weitere Schwäche des „Vorschaubilder“-Urteils. Einerseits soll für die Untersagung der künftigen Werknutzung ein ausdrücklicher Widerruf der konkludenten Einwilligung gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber nicht ausreichen, sondern vielmehr eine Erklärung an die Allgemeinheit in Form einer Änderung des „Einstellverhaltens“ erforderlich sein, da es für den Suchmaschinenbetreiber für unzumutbar gehalten wird, auf einen einzelnen Widerruf zu reagieren.⁷¹⁸ Andererseits hält es der BGH jedoch offensichtlich für den Suchmaschinenbetreiber für durchaus zumutbar, auf Mitteilungen zu reagieren, in denen er auf bestimmte rechtswidrig in das Internet eingestellte Bilder hingewiesen wird. Eine Haftungsprivilegierung des Bildersuchmaschinenbetreibers setzt also voraus, dass es diesem – was tatsächlich auch zutreffend sein wird – möglich ist, die Erfassung einzelner Internetseiten durch seine Crawler und die Anzeige der *Thumbnails* von dort eingestellten Bildern mit Wirkung für die Zukunft zu unterlassen, sobald der Betreiber Kenntnis davon erlangt hat, dass Inhalte *unberechtigt* eingestellt wurden. Diese Annahme lässt sich im Verhältnis zur Ablehnung einer ausdrücklichen Widerrufsmöglichkeit für denjenigen, der In-

716 Vgl. BGHZ 173, 188 (193) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*.

717 So die Vermutung von *Hüttner*, WRP 2010, 1008 (1015).

718 Zur Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung siehe oben 4. Kapitel, B.I.2.c).

halte *berechtigt* ins Internet stellt, jedoch nicht ohne Wertungswiderspruch aufrechterhalten.⁷¹⁹ Es spricht vielmehr deutlich dafür, im Falle einer Haftungsprivilegierung des Suchmaschinenbetreibers zumindest – wie zuvor befürwortet⁷²⁰ – auch den Widerruf einer konkludenten Einwilligung in die Werknutzung durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber zuzulassen, da auch ein solcher dem Suchmaschinenbetreiber keinen unzumutbaren Aufwand aufbürdet.

Aus der vom BGH vorgeschlagenen Anwendung der Regelungen zur Haftungsprivilegierung auf die Konstellation der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte bei der Bildersuche ergibt sich schließlich ein weiteres Folgeproblem: In ständiger Rechtsprechung zur Störerhaftung verlangt der BGH, dass nach dem Hinweis auf eine Verletzung zumutbare Vorkehrungen getroffen werden, um vergleichbare Verletzungen künftig zu vermeiden.⁷²¹ Solche Vorkehrungen müssten folglich konsequenterweise auch von den Betreibern der Bildersuchmaschinen gefordert werden.⁷²² Bedenkt man jedoch, dass es sich bei der Konstruktion der Rechtfertigung der Werknutzung im Rahmen der Bildersuche durch eine Einwilligung letztlich um eine Lösung handelt, die der Tatsache Rechnung tragen soll, dass eine Überprüfung der Berechtigung zur Bildnutzung im Einzelfall den Suchmaschinen gerade nicht möglich ist, so ist nicht ersichtlich, wie ausreichende Vorkehrungen zur Vermeidung zukünftiger Rechtsverletzungen im Einzelnen ausgestaltet werden sollten, ohne dabei das Geschäftsmodell der Bildersuche tatsächlich in Frage zu stellen.

719 Vgl. auch die Kritik von *Omsels*, jurisPR-WettbR 7/2010 Anm. 1; *Spindler*, GRUR 2010, 785 (792).

720 Siehe oben 4. Kapitel, B.I.2.c).

721 Siehe BGHZ 172, 119 (132) – *Internet-Versteigerung II*; BGHZ 173, 188 (194 ff.) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; BGH, GRUR 2008, 702 (706) – *Internet-Versteigerung III*. Vgl. auch *Bornkamm*, GRUR Int. 2007, 642 (644). Zum Folgeproblem der Ausgestaltung derartiger Prüf- und Vorkehrungspflichten in Abgrenzung zu dem in Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL und § 7 Abs. 2 S. 1 TMG vorgesehenen Verbot allgemeiner Überwachungspflichten GRUR 2007, 890 (894) – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; *Leistner/Stang*, WRP 2008, 533 (541 ff.); sowie zuletzt ausführlich *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1 (27 ff.) m.w.N. Zur Störerhaftung bei nicht gewerblichem Handeln (privater WLAN-Anschlussinhaber) und in diesem Fall zumutbaren Prüfungspflichten BGHZ 185, 330 (335 ff.) – *Sommer unseres Lebens*, mit Anm. *Stang/Hühner*, GRUR 2010, 636 f.

722 Vgl. auch *Niemann*, K&R 2010, 507 (508).

4. Zusammenfassung zur Rechtfertigung der Thumbnail-Nutzung

Es ist vielfach versucht worden, die *Thumbnail*-Nutzung durch die erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen zu legitimieren, wobei zum Teil abenteuerlich anmutende Konstruktionen oder Begründungen bemüht worden sind. Im Ergebnis erscheint auf der Ebene der Schrankenregelungen jedoch allenfalls ein Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG als praktikabler Lösungsweg, der allerdings mit nicht unerheblichen dogmatischen Zweifeln belastet ist. Einen dogmatisch überzeugenderen Weg zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Verwertungsrechte stellt die Annahme einer konkludenten (schlichten) Einwilligung in die Nutzung durch Bildersuchmaschinen dar. Diese vermag allerdings – ebenso wie ein Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG – die *Thumbnail*-Nutzung nur dann zu rechtfertigen und kann nur dann zu interessengerechten Ergebnissen führen, wenn der Urheber selbst seine urheberrechtlich geschützten Werke ungeschützt auf einer Internetseite eingestellt oder die dazu erforderlichen Rechte einem Dritten eingeräumt hat. Grundsätzlich ausscheiden muss die Einwilligungslösung hingegen dann, wenn der Urheber seine Werke nicht selbst in das Internet gestellt und auch Dritten die erforderlichen Nutzungsrechte nicht eingeräumt hat. In solchen Konstellationen einer „Drittinhaberschaft“ der erforderlichen Nutzungsbefugnisse fehlt es für die Annahme einer Einwilligung schon an einer anknüpfungsfähigen Handlung des Rechteinhabers. Der Versuch, Fälle der Verwendung von Werken, die von dazu nicht berechtigten Personen in das Internet eingestellt wurden, durch die Anwendung der Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie zu erfassen, ist abzulehnen. Die Werknutzung erfolgt bei der Bildersuche nicht im Auftrag oder auf Veranlassung der Inhaltenanbieter oder der Suchmaschinennutzer, sondern aus eigenem Antrieb und Interesse des Suchmaschinenbetreibers. Es handelt sich um eigene Werknutzungen durch den Suchmaschinenanbieter – dieser ist also nicht lediglich Störer, sondern selbst *Täter* einer Urheberrechtsverletzung, so dass Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL keine Anwendung finden kann.

De lege lata lässt sich die Verwendung solcher Werke, die ohne Zustimmung des Urhebers und ohne entsprechende Rechtseinräumung an Dritte in das Internet gestellt wurden – was bei einem nicht unerheblichen Anteil der Nutzungen der Fall sein wird – also nicht rechtfertigen. Tatsächlich ist es in diesen Fällen auch berechtigt, dem Urheber oder Rechteinhaber einen Unterlassungsanspruch zuzugestehen, da eine unerlaubte

Nutzung seiner Werke stattfindet, die er nicht hinzunehmen braucht. Selbst wenn man jedoch eine – wie auch immer ausgestaltete – Haftungsprivilegierung der Suchmaschinenbetreiber annehmen wollte, nach der diese erst dann haften, wenn sie von einer klaren Rechtsverletzung Kenntnis erlangt haben, droht im Falle zahlreicher entsprechender Mitteilungen eine empfindliche Erschwerung der Dienstleistung „Bildersuche“.

Obwohl es sich bei der Bildersuche um eine Dienstleistung handelt, die allgemein als äußerst nützlich und deshalb erhaltenswert angesehen wird, lässt sich diese nach geltendem Recht nur schwer gesetzeskonform ausgestalten. Insgesamt zeigen die vorhergehenden Überlegungen, dass sich die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in Form von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche *de lege lata* nur dann rechtfertigen lässt, wenn die verwendeten Werke mit Zustimmung des Urhebers im Internet veröffentlicht wurden. Auch die Rechtfertigung dieser Nutzung erfordert jedoch erheblichen Begründungsaufwand und die Heranziehung „wackeliger“ Hilfskonstruktionen. Dies zeigt, dass von der regelmäßig als entscheidendes Argument zugunsten eines detaillierten Schrankenkataloges ins Feld geführten Rechtssicherheit oftmals nicht viel übrig bleibt, da bis zu einer höchststrichterlichen Entscheidung – oder sogar noch danach – tatsächlich keine Klarheit herrscht, ob eine neuartige Nutzungsform geschützter Werke Urheberrechte verletzt. Diese Probleme und die durch die Heranziehung zum Teil „abenteuerlicher“ Hilfskonstruktionen erzeugte Rechtsunsicherheit zeigen, dass mehr Flexibilität bei den urheberrechtlichen Schranken dringend erforderlich ist.

Durch den Rückgriff auf die flexible zivilrechtliche Einwilligungslösung wird zwar die begrüßenswerte Berücksichtigung zusätzlicher interessengerechter Aspekte, etwa auch die den urheberrechtlichen Schranken weitestgehend fremde Beachtung von Transaktionskostengesichtspunkten, ermöglicht. Zugleich ist jedoch zu bedenken, dass der Rückgriff auf die im Richterrecht ausgestaltete und damit wenig vorhersehbare und wenig „nutzerfreundliche“ Einwilligungslösung letztlich allein dazu dient, (urheber-)rechtlich das zu erreichen, was derzeit auf Grundlage des zu starren Schrankenkatalogs nicht möglich ist: Eingriffe in urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte durch neuartige Formen der Werknutzung, die wünschens- und förderungswerte Allgemeinwohlwirkungen entfalten, sollen jedenfalls dann urheberrechtlich rechtfertigbar sein, wenn sie die Urheber und Rechteinhaber nicht oder jedenfalls nicht ungebührlich beeinträchtigen. Der Rückgriff auf die zivilrechtliche Einwilligungslösung dient somit letztlich zur Überwindung der sich mit fortschreitender technischer Ent-

wicklung immer deutlicher aufdrängenden Schwächen des geltenden Urheberrechts.

Vor diesem Hintergrund mag die Anwendung der Einwilligungslösung durch die Rechtsprechung für einige Zeit als „Brückentechnologie“ geeignet und hinnehmbar sein; auf Dauer verfestigen sollte sich eine solche „urheberrechtsexterne“ Lösung jedoch nicht. Auf längere Sicht erscheint es vielmehr nicht nur zur „Rettung“ bestimmter (neuer) Geschäftsmodelle, sondern – wie insbesondere *Hilty* zu Recht angemerkt hat⁷²³ – auch aus Gründen der *Methodenehrlichkeit* erstrebenswert, das deutsche (und europäische) Urheberrecht durch die Schaffung einer flexiblen Schrankengeneralklausel oder zumindest durch die Implementierung flexiblerer Elemente in den bestehenden Schrankenatalog zukunftsfähig zu machen.⁷²⁴ Die Einführung einer hinreichend konkret und dennoch flexibel ausgestalteten, im Urheberrecht verankerten Schrankengeneralklausel ermöglicht die erstrebenswerte „urheberrechtsinterne“ Lösung, die einen – zwar (teilweise) zielführenden, jedoch methodisch fragwürdigen – Rückgriff auf die gegenüber einer etwaigen Schrankengeneralklausel noch deutlich vagere zivilrechtliche Einwilligungslösung in Zukunft erübrigen würde und zugleich eine Möglichkeit für die Urheber vorsehen könnte, an den Einnahmen aus der Nutzung ihrer Werke angemessen zu partizipieren..

II. Rechtfertigung der Google Buchsuche nach deutschem Urheberrecht

Der allgemein als äußerst nützlich angesehene Buchsuche-Dienst von *Google* greift – wie gezeigt⁷²⁵ – in die ausschließlichen Verwertungsrechte der Urheber ein, namentlich in das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG). Lässt sich die Werknutzung nach geltendem Recht nicht durch die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes rechtfertigen, so liegt eine Verletzung des Urheberrechts vor, die gemäß den §§ 97 ff. UrhG grundsätzlich Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz und Vernichtung der Werkstü-

723 Vgl. *Hilty*, wiedergegeben von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475 (493).

724 Zur Zulässigkeit und zu den Möglichkeiten einer Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken im deutschen und europäischen Recht, siehe unten 7. Kapitel.

725 Siehe oben 4. Kapitel, A.II.

cke nach sich zieht und gegebenenfalls sogar eine nach den §§ 106, 108a UrhG strafbare Handlung darstellt. Greifen die Schrankenregelungen nicht ein, müsste *Google* sich zur Vermeidung dieser Rechtsfolgen individuell die erforderlichen Rechte zur Nutzung einräumen lassen.

1. Anwendung des § 44a UrhG

Nach § 44a UrhG sind Vervielfältigungshandlungen zulässig, die lediglich vorübergehend, flüchtig oder begleitend sind, einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Zur Ermöglichung eines effizienten Funktionierens von Übertragungssystemen sollen derartige für den Benutzer nicht verwertbare Vervielfältigungen, die rein technisch bedingt sind, der Verfügungsbefugnis des Rechtsinhabers entzogen sein.⁷²⁶

Die Regelung des § 44a UrhG vermag die Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche nicht zu rechtfertigen. Soweit es um die öffentliche Zugänglichmachung der Werke gemäß § 19a UrhG geht, greift § 44a UrhG schon nicht ein, da er ausschließlich Vervielfältigungshandlungen im Sinne von § 16 UrhG zu privilegieren vermag.⁷²⁷ Auch die für die Buchsuche vorgenommenen Vervielfältigungen können jedoch nicht nach § 44a UrhG gerechtfertigt werden, da es sich gerade nicht um flüchtige Vervielfältigungen handelt, die einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen.⁷²⁸ Die digitalisierten Bücher werden vielmehr dauerhaft sowohl als Bilddatei als auch als maschinenlesbare Textdatei gespeichert und zum Abruf bereitgehalten.

726 Vgl. Dreier/Schulze, § 44a Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 44a Rn. 1.

727 Vgl. BGHZ 185, 291 (299) – *Vorschaubilder*; HK-UrhR/Dreyer, § 44a Rn. 3; Schack, Urheberrecht, Rn. 419 f.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 44a Rn. 1; Spindler, GRUR 2010, 785 (787).

728 Im Ergebnis ebenso Heckmann, AfP 2007, 314 (317); Kubis, ZUM 2006, 370 (375).

2. Anwendung des § 51 UrhG

Nach der durch den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform neu eingefügten Generalklausel in § 51 S. 1 UrhG ist das Zitatrecht nun nicht mehr auf bestimmte Zitatarten beschränkt, sondern ein veröffentlichtes Werk darf ganz generell zitatsweise genutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Entscheidende Voraussetzung für die Anwendung des § 51 UrhG ist somit der für den zulässigen Umfang des Zitats entscheidende *Zitatzweck*.⁷²⁹ § 51 UrhG setzt zudem auch nach der vorsichtigen Erweiterung durch den „zweiten Korb“ nach richtiger Ansicht weiterhin einen selbständigen Werkcharakter der Leistung voraus, in der zitiert wird.⁷³⁰ Erfüllt die Werknutzung diese Voraussetzungen, so sind sowohl die Vervielfältigung und Verbreitung als auch die öffentliche Zugänglichmachung zulässig.⁷³¹

Die Regelung des § 51 UrhG ist seit ihrer vorsichtigen Erweiterung nicht mehr auf das Zitieren in bestimmten Werkarten begrenzt. Als zitierendes Werk könnte im Falle der Buchsuche daher grundsätzlich die von *Google* zur Ermöglichung des Buchsuche-Dienstes erstellte Datenbank in Betracht kommen, wenn diese als Datenbankwerk im Sinne des § 4 Abs. 2 UrhG einzustufen ist. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 UrhG sind Datenbankwerke Sammelwerke, deren Elemente systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind. Da es sich bei den Datenbanken um einen Unterfall der Sammelwerke gemäß § 4 Abs. 1 UrhG handelt, gilt auch für Datenbanken als Schutzvoraussetzung, dass es sich um eine persönliche geistige Schöpfung handeln muss.⁷³² Aufgrund der aufwendigen Gestaltung der Buchsuche-Datenbank, wie sie insbesondere etwa in der Anordnung und Verknüpfung der Bild- und Textdateien, der Festlegung des Anzeigumfangs im Einzelfall, der Verknüpfung mit bestimmten bibliographischen Angaben, der Suchoptionen und Abfragemöglichkeiten, der Verknüpfung der verschiedenen Werke untereinander und der mit diesen verbundenen

729 Vgl. BGHZ 85, 1 (10 f.) – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe I*; GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; Dreier/Schulze, § 51 Rn. 3; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 16.

730 Vgl. oben 4. Kapitel, B.I.1.c).

731 Vgl. Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 10 m.w.N.

732 Vgl. nur Dreier/Schulze, § 4 Rn. 16, 19 sowie ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen Leistner, Rechtsschutz von Datenbanken, S. 264 ff.

Links zum Ausdruck kommt, sprechen im Ergebnis gute Gründe dafür, die Buchsuche-Datenbank als Datenbankwerk im Sinne des § 4 Abs. 2 UrhG anzusehen.⁷³³ Selbst wenn die Buchsuche-Datenbank jedoch ein Datenbankwerk gemäß § 4 Abs. 2 UrhG ist, fehlt es für die Anwendung der Zitatschranke des § 51 UrhG dennoch an einer entscheidenden weiteren Voraussetzung – der *Selbstständigkeit* des zitierenden Werkes. Durch die Auswahl und Anordnung von Zitaten kann zwar ein als Datenbankwerk schutzfähiges Werk geschaffen werden, das gegenüber jedem einzelnen verwendeten Werk selbständig ist, da die Urheberrechtsschutzfähigkeit nicht von dessen Verwendung abhängt.⁷³⁴ Dennoch kann es an der nach § 51 UrhG erforderlichen Selbstständigkeit fehlen, wenn die Gesamtheit der Zitate dergestalt im Mittelpunkt des zitierenden Werkes steht, dass Letzteres ohne die Zitate kein für sich existenzfähiges Werk mehr darstellen würde.⁷³⁵ Entscheidend ist für die Beurteilung also, ob eine eigenständige individuelle Schöpfung übrig bliebe, wenn man sich die übernommenen Werke wegdenkt.⁷³⁶ Denkt man sich bei der für die *Google* Buchsuche erstellten Datenbank die zitierten Datenbankelemente, also alle Vervielfältigungsstücke der Originalwerke in Form der Bild- und Textdateien, weg, so bleibt letztlich kein schutzfähiges Werk übrig. Ist dies der Fall, so verdient die Werknutzung jedoch keine Privilegierung durch das Zitatrecht, da letztlich nur eine Mehrzahl fremder Werke ohne wesentliche eigene Leistung wiedergegeben wird.⁷³⁷ Insbesondere nicht von der Schrankenregelung des § 51 UrhG erfasst ist daher das bloße Aneinanderreihen fremder Werke oder Werkteile ohne eigene schöpferische Leistung.⁷³⁸ Schon aus diesem Grund scheidet daher die Privilegierung der Werknutzung bei der *Google* Buchsuche durch die Zitatschranke aus.

Selbst wenn man jedoch annehmen wollte, dass nach der Änderung des § 51 UrhG im Rahmen des „zweiten Korbs“ der Urheberrechtsreform das

733 Ausführlich zur Einordnung der Buchsuche-Datenbank als Datenbankwerk *Lucke*, *Google Buchsuche*, S. 54 ff.

734 Vgl. BGH, GRUR 1973, 216 (217 f.) – *Handbuch moderner Zitate*.

735 Vgl. BGHZ 116, 136 (141) – *Leitsätze*; BGHZ 126, 313 (320) – *Museumskatalog*; HK-UrhR/Dreyer, § 51 Rn. 12; Loewenheim/Götting, § 31 Rn. 168 f. m.w.N.

736 Vgl. BGH, GRUR 1973, 216 (217) – *Handbuch moderner Zitate*; GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; BGHZ 116, 136 (141 f.) – *Leitsätze*; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 19; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 22.

737 Vgl. *Ulmer*, S. 314.

738 Vgl. BGH, GRUR 1973, 216 (218) – *Handbuch moderner Zitate*.

Zitieren in einem selbständigen Werk nicht mehr zwingend erforderlich ist,⁷³⁹ so lässt sich die Werknutzung im Rahmen der Buchsuche dennoch nicht nach § 51 UrhG rechtfertigen. Unstrittig ist die zitatweise Nutzung eines Werkes nur zu einem besonderen Zweck und in einem durch diesen gerechtfertigten Umfang zulässig. Dies erfordert, dass der Zitierende die fremden Werkteile erkennbar als solche nutzt, dabei jedoch eine innere Verbindung zwischen dem eigenen und dem fremden Werk herstellt.⁷⁴⁰ Das Zitat soll dem Zitierenden also nicht lediglich dazu dienen, sich eigene Ausführungen zu ersparen, sondern vielmehr die Erörterungsgrundlage für selbständige Ausführungen bilden und durch diese Belegfunktion die geistige Auseinandersetzung ermöglichen oder erleichtern.⁷⁴¹ Einem solchen legitimen Zitzweck dient die Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche gerade nicht. Eine geistige Auseinandersetzung mit den verwendeten Werken findet durch den „Zitierenden“ selbst, den Buchsuche-Anbieter, nicht statt. Zwar wird oftmals der Nutzer des Dienstes die mit Hilfe der Buchsuche aufgefundenen Werke zur Grundlage eigener Überlegungen machen, doch ist eine solche „Vermittlerrolle“ zur Ermöglichung der geistigen Auseinandersetzung eines Dritten mit einem Werk von § 51 UrhG nicht privilegiert.⁷⁴²

Auch eine erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung des § 51 UrhG vermag die Werknutzung durch *Google* nicht zu rechtfertigen. Die Werke werden von *Google* lediglich mit dem Ziel in die Datenbank aufgenommen, eine möglichst umfassende Dienstleistung zu erbringen – und somit letztlich zu kommerziellen Zwecken, da durch die besondere Attraktivität des umfassenden Dienstes die Möglichkeit begründet werden soll, Gewinne zu erzielen.⁷⁴³ Diese Interessenlage ist jedoch mit der vom Gesetzgeber privilegierten Förderung der geistigen Auseinandersetzung und

739 Vgl. zu dieser Ansicht die Nachweise oben Fn. 571.

740 Vgl. BGHZ 28, 234 (240) – *Verkehrskinderlied*; BGH, GRUR 1987, 362 (364) – *Filmzitat* [insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 99, 162]; BGHZ 175, 135 (147) – *TV-Total*; BGHZ 185, 291 (300) – *Vorschaubilder*; KG, ZUM 2010, 883 (884) – *Bild im Bild*; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 51 Rn. 16 m.w.N.

741 Vgl. BGHZ 50, 147 (154) – *Kandinsky I*; BGH, GRUR 1986, 59 (60) – *Geistchristentum*; GRUR 1987, 34 (35) – *Liedtextwiedergabe I*; BGHZ 175, 135 (147) – *TV-Total*; BGHZ 185, 291 (300) – *Vorschaubilder*; Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler, § 51 Rn. 16 m.w.N.

742 Vgl. zur insoweit vergleichbaren Situation bei der Bildersuche *Schack*, MMR 2008, 414 (415); siehe dazu auch bereits oben 4. Kapitel, B.I.1.c).

743 So auch *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376); *Lucke*, *Google* Buchsuche, S. 87.

schöpferischen Tätigkeit durch die Möglichkeit der unentgeltlichen Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile nicht vergleichbar.

Eine Privilegierung der Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche durch die Schrankenregelung des § 51 UrhG scheidet somit im Ergebnis aus.⁷⁴⁴

3. Anwendung des § 52a UrhG

Die Regelung des § 52a UrhG wurde im Rahmen der Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie (RL 2001/29/EG) in das Urheberrechtsgesetz eingefügt, um in einem eng begrenzten Umfang den berechtigten Interessen von Wissenschaft und Unterricht an der Nutzung moderner Kommunikationsformen Rechnung zu tragen.⁷⁴⁵ Zu diesem Zweck gestattet § 52a UrhG die öffentliche Zugänglichmachung veröffentlichter (kleiner) Teile eines Werkes, von Werken geringen Umfangs sowie einzelner Beiträge aus Zeitungen und Zeitschriften für einen abgegrenzten Personenkreis. Privilegiert ist nach § 52a Abs. 1 UrhG zum einen die Nutzung zum Zwecke der Veranschaulichung im Unterricht in Schulen und weiteren genannten Bildungseinrichtungen (Nr. 1) und zum anderen die öffentliche Zugänglichmachung zum Zwecke der eigenen wissenschaftlichen Forschung (Nr. 2). In beiden Fällen ist die Nutzung jedoch nur zulässig, soweit sie zu einem der privilegierten Zwecke geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Nach § 52a Abs. 3 UrhG ist auch die Herstellung der für die öffentliche Zugänglichmachung erforderlichen Vervielfältigungen erlaubt.

Im Rahmen der *Google* Buchsuche werden den Nutzern auf ihre Suchanfragen hin lediglich einzelne Auszüge aus den urheberrechtlich geschützten Werken zugänglich gemacht. Gewiss wird der Dienst auch von zahlreichen Personen genutzt, die die aufgefundenen Informationen für die eigene wissenschaftliche Forschung verwenden. Es kann und soll jedoch

⁷⁴⁴ So im Ergebnis – jedoch zumeist ohne nähere Begründung – ebenfalls *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586 (588); *Heckmann*, AfP 2007, 314 (317); *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376); *Lucke*, Google Buchsuche, S. 85 ff., 113 ff.; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (565); *Rath/Swane*, K&R 2009, 225 (228); *Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler*, § 51 Rn. 54.

⁷⁴⁵ Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. 15/38, S. 20.

bei der *Google* Buchsuche, die das Ziel hat, möglichst sämtliche veröffentlichte Bücher zu erfassen, gerade nicht ausgeschlossen werden, dass auch eine Nutzung zu beliebigen anderen Zwecken erfolgt. § 52a UrhG soll jedoch zur Vermeidung einer unzumutbaren Beeinträchtigung der (wissenschaftlichen) Verleger die öffentliche Zugänglichmachung nur für einen bestimmten abgegrenzten Personenkreis ermöglichen.⁷⁴⁶ In Bezug auf die Nutzung zur eigenen wissenschaftlichen Forschung muss die Nutzung also in einem Personenkreis erfolgen, dessen Angehörige selbst das Ziel der Gewinnung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse verfolgen – die Einbeziehung von Personen, bei denen das nicht der Fall ist, ist unzulässig.⁷⁴⁷ Die Zugänglichmachung muss zudem zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt sein. Auch aus diesem Grund ist eine Rechtfertigung der *Google* Buchsuche nach § 52a UrhG ausgeschlossen. Für die Beurteilung des kommerziellen Charakters ist nämlich sowohl entscheidend, ob die konkrete Forschungstätigkeit einem kommerziellen Zweck dient, als auch die Frage, ob mit der Zurverfügungstellung selbst bereits ein kommerzieller Zweck verfolgt wird.⁷⁴⁸ Da eine Beschränkung der Nutzung bei der Buchsuche nicht auf eine solche zu Forschungszwecken erfolgt, etwa durch eine Identifizierung des Nutzers als Mitglied einer bestimmten (Forschungs-)Institution, ist schon nicht ausgeschlossen, dass durch einzelne Nutzer eine Verwendung zu kommerziellen Zwecken erfolgt. Entscheidend ist jedoch, dass *Google* selbst die Buchsuche mit Gewinnerzielungsabsicht betreibt. Die Buchsuche wird zwar als für die Nutzer kostenlose Dienstleistung angeboten, *Google* generiert jedoch auf unterschiedliche Weise, insbesondere durch die Verknüpfung des Suchangebots mit Werbung und Links zu Online-Buchhändlern, bei denen der Erwerb eines Werkes möglich ist, Einnahmen. Durch die Implementierung der Buchsuche in das sonstige Suchmaschinenangebot von *Google* wird zudem deutlich, dass eine besonders umfassende Buchsuche gerade auch den Zweck hat, durch das Angebot umfassender Dienstleistungen die Popularität des kommerziellen Unternehmens *Google* insgesamt zu fördern.

746 Vgl. Dreier/Schulze, § 52a Rn. 2 f.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 52a Rn. 1.

747 Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 52a Rn. 11.

748 Vgl. Dreier/Schulze, § 52a Rn. 13; Fromm/Nordemann/Dustmann, § 52a Rn. 16; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 52a Rn. 15.

Im Ergebnis scheidet daher eine Privilegierung der *Google* Buchsuche als Nutzung zur eigenen wissenschaftlichen Forschung nach § 52a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 UrhG aus.⁷⁴⁹

4. Anwendung des § 53 UrhG

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ist die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke eines Werkes zustimmungsfrei zulässig, wenn der Gebrauch durch eine natürliche Person in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse der eigenen Person oder der mit ihr durch ein persönliches Band verbundenen Personen erfolgt.⁷⁵⁰ Die Vervielfältigung darf dabei auf beliebigen Trägern, also sowohl mit analogen als auch mit digitalen Mitteln, stattfinden.⁷⁵¹ Anders als der sonstige eigene Gebrauch im Sinne des § 53 Abs. 2 UrhG darf der private Gebrauch jedoch weder mittelbar noch unmittelbar Erwerbszwecken dienen.

Wie gezeigt wird die Buchsuche von *Google* jedoch zu kommerziellen Zwecken angeboten. *Google* kann sich somit keinesfalls unmittelbar als privilegierter Nutzer auf die Schrankenbestimmung des § 53 UrhG berufen. In Betracht kommt eine Anwendung des § 53 UrhG allenfalls dann, wenn *Google* nicht als Werknutzer, sondern als reiner Dienstleister einzustufen wäre, der die Vervielfältigung lediglich für einen Dritten – den Nutzer der Buchsuche – anfertigt.

Der nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zur Vervielfältigung Berechtigte muss die Vervielfältigungsstücke nicht zwingend eigenhändig herstellen, sondern kann sie nach § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG auch durch einen Anderen her-

749 So im Ergebnis auch *Heckmann*, AfP 2007, 314 (317); *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376); *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (564).

750 St. Rspr., vgl. BGH, GRUR 1978, 474 (475) – *Vervielfältigungsstücke* (noch zum insoweit entsprechenden Begriff des „persönlichen Gebrauchs“ in § 53 UrhG a.F.); BGHZ 134, 250 (256 f.) – *CB-Infobank I*; OLG München, GRUR-RR 2003, 365 (366) – *CD-Münzkopierautomaten*; vgl. aus dem Schrifttum statt vieler Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 14 m.w.N.

751 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. 15/38, S. 20; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 18.

stellen lassen, solange dies unentgeltlich⁷⁵² geschieht oder es sich lediglich um analoge Vervielfältigungen handelt. „Anderer“ im Sinne dieser Norm kann dabei jeder Dritte sein.⁷⁵³ Es stellt sich somit auch hier die Frage der Abgrenzung zwischen Werknutzer und bloßem Dienstleister.⁷⁵⁴ Die Werknutzung gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG ist nur dann dem Auftraggeber und nicht dem Hersteller selbst zuzurechnen, wenn dessen Beitrag sich bei wertender Betrachtung darauf beschränkt, gleichsam „an die Stelle des Vervielfältigungsgeräts“ zu treten und somit bei normativer Betrachtung als „notwendiges Werkzeug“ des anderen tätig zu werden.⁷⁵⁵

Ein solches „notwendiges Werkzeug“ des anderen stellt *Google* als Anbieter der Buchsuche jedoch gerade nicht dar. Ein zulässiges „Herstellenlassen“ im Sinne des § 53 UrhG kann nämlich dann nicht mehr angenommen werden, wenn nicht der privilegierte Nutzer selbst die Auswahl der zu vervielfältigenden Werke trifft, sondern der Dritte die Vervielfältigungsstücke unabhängig von einer konkreten Anfrage auf der Grundlage eigener Recherchen erstellt.⁷⁵⁶ Im Falle der Buchsuche digitalisiert *Google* aus eigenem Antrieb und eigenem (wirtschaftlichem) Interesse sämtliche Bücher aus den Kooperations-Bibliotheken. Nur auf diese zuvor digitalisierten Werke kann der Nutzer der Buchsuche zugreifen. Die Vervielfältigungen finden also keinesfalls aufgrund konkreter Nutzeranfragen statt, sondern erfolgen völlig unabhängig davon. Dies wird schon dadurch deutlich, dass sich in der Buchsuche-Datenbank etliche Werke finden dürften, die tatsächlich nie aufgerufen werden. Zudem wird von *Google* auch nicht ausgeschlossen, dass die Verwendung durch die Nutzer ebenfalls zu mittelbaren oder unmittelbaren Erwerbszwecken erfolgt. Diesen Nutzern käme aber selbst schon die Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht zugute, so dass auch ein Herstellenlassen der Vervielfältigungsstücke durch einen Dritten nicht zulässig wäre. Auch aus diesem Grund kann die Schranken-

752 Die Herstellung eines Vervielfältigungsstückes durch einen Dritten ist auch dann noch als unentgeltlich i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG anzusehen, wenn ein Entgelt verlangt wird, das lediglich der Kostendeckung dient. Ist die Tätigkeit hingegen auf Gewinnerzielung ausgerichtet, so ist sie nicht mehr unentgeltlich im Sinne der Norm; vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 15/38, S. 20 f.; bestätigt und präzisiert durch BGH, GRUR 2009, 845 (850) – *Internet-Videorecorder*.

753 Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 25.

754 Vgl. dazu bereits oben 4. Kapitel, A.I.1.

755 Vgl. BGH, GRUR 2009, 845 (846) – *Internet-Videorecorder*; OLG Köln, GRUR 2000, 414 (417) – *GRUR/GRUR Int.*

756 Vgl. BGHZ 141, 13 (20 ff.) – *Kopienversanddienst*.

regelung des § 53 Abs. 1 UrhG nicht zur Rechtfertigung der *Google* Buchsuche dienen.

Letztlich ist für eine Anwendung des § 53 UrhG auf die *Google* Buchsuche auch deswegen kein Raum, weil § 53 Abs. 4 lit. b UrhG ausdrücklich regelt, dass die vollständige oder im Wesentlichen vollständige Vervielfältigung von Büchern oder Zeitschriften grundsätzlich die Einwilligung des Berechtigten voraussetzt, sofern sie nicht durch Abschreiben erfolgt. Zwar erfordert ein Abschreiben im Sinne des § 53 Abs. 4 UrhG nicht die handschriftliche Übernahme des Textes, sondern erfasst auch die Textverarbeitung mittels eines Computers, eine unmittelbare Übertragung des Textes mittels digitaler Technik wie im Falle des Scannens unterfällt jedoch nicht mehr dem Abschreiben im Sinne der Norm.⁷⁵⁷ Vom Verbot der vollständigen Vervielfältigung eines Werkes nach § 53 Abs. 4 lit. b UrhG ausgenommen ist jedoch auch die Vervielfältigung zum Zwecke der Aufnahme in ein Archiv gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG. Unter einem Archiv im Sinne dieser Norm versteht der BGH eine unter sachlichen Gesichtspunkten geordnete Sammlung vorhandener Werke zum internen Gebrauch.⁷⁵⁸ Die Ausnahme zugunsten von Archiven kommt demnach nur dann zur Anwendung, wenn die vollständige Vervielfältigung dem reinen Zweck der Archivierung dient. Es darf also gerade keine zusätzliche Verwertung des Werkes erfolgen.⁷⁵⁹ Zu diesem Zweck beschränkt § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 UrhG die Ausnahme auf eine Archivierung unter Benutzung eines eigenen Werkstückes als Vorlage. Schließlich darf die Vervielfältigung auch bei der Aufnahme in ein Archiv nicht gewerblichen Zwecken dienen.⁷⁶⁰ Alle diese Voraussetzungen erfüllt die *Google* Buchsuche nicht. Es handelt sich bei der Buchsuche-Datenbank schon nicht um ein internes Archiv. Die Vervielfältigung der Bücher erfolgt zudem von fremden Vorlagen und gerade nicht zum Zwecke der Archivierung, sondern um diese den Nutzern zur weiteren Verwendung zugänglich zu machen. Schließlich dient die Nutzung wie gezeigt auch Erwerbszwecken. Auch die Ausnahme zugunsten von Archiven kommt *Google* somit im Ergebnis nicht zugute.

Wie zuvor gezeigt, stellt zudem der Abruf der Textausschnitte durch den Nutzer im Rahmen der Suchergebnisse einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG dar. Diese Vervielfältigungshandlung wird

757 Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 Rn. 75.

758 Vgl. BGHZ 134, 250 (257) – *CB-Infobank I*.

759 Vgl. Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, S. 73.

760 Vgl. Fromm/Nordemann/W.Nordemann, § 53 Rn. 23.

jedoch in aller Regel von der Schrankenregelung des § 53 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 UrhG als Vervielfältigung zum privaten Gebrauch oder als Vervielfältigung zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch (§ 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG) privilegiert sein.⁷⁶¹ Es ist jedoch auch nicht auszuschließen, dass die Buchsuche vom Nutzer mittelbar oder unmittelbar zu Erwerbszwecken verwendet wird.

Im Ergebnis kann § 53 UrhG in Bezug auf die *Google* Buchsuche somit allenfalls solche Vervielfältigungshandlungen rechtfertigen, die durch den Nutzer beim Abruf der Suchergebnisse erstellt werden. Allerdings sind auch diese nur nach § 53 UrhG zulässig, wenn sie nicht mittelbar oder unmittelbar Erwerbszwecken dienen. Alle sonstigen Eingriffe in das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG durch das Digitalisieren geschützter Werke und deren Umwandlung in eine Textdatei für die Nutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche lassen sich hingegen keinesfalls nach § 53 UrhG rechtfertigen.⁷⁶² Beeinträchtigungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG durch die Buchsuche lassen sich zudem grundsätzlich nicht nach § 53 UrhG rechtfertigen, der ausdrücklich nur auf das Vervielfältigungsrecht Anwendung findet.

5. Anwendung des § 53a UrhG

Nach § 53a UrhG ist die Vervielfältigung und Übermittlung einzelner in Zeitungen und Zeitschriften erschienener Beiträge und kleiner Teile eines erschienenen Werkes durch öffentliche Bibliotheken im Wege des Post- oder Faxversands oder in sonstiger elektronischer Form zulässig. Die Anwendung dieser Regelung auf die *Google* Buchsuche scheidet jedoch im Ergebnis aus mehreren Gründen aus. Zum einen erscheint schon zweifelhaft, ob sich die *Google* Buchsuche als öffentliche Bibliothek im Sinne der Schrankenregelung einordnen lässt. Die „Öffentlichkeit“ einer Bibliothek erfordert zwar nicht, dass diese von der öffentlichen Hand getragen wird, sondern kann auch bei einer privaten Einrichtung vorliegen.⁷⁶³ Erforderlich ist jedoch, dass die Bibliothek und ihre Buchbestände öffentlich

761 So auch *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586 (588); *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376 f.); *Meyer*, K&R 2007, 177 (183); *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (564).

762 So im Ergebnis – ohne nähere Begründung – auch *Heckmann*, AfP 2007, 314 (317); *Kubis*, ZUM 2006, 370 (376); *Lucke*, Google Buchsuche, S. 71 ff.

763 Vgl. *Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel*, § 53a Rn. 5.

zugänglich sind.⁷⁶⁴ Dies ist zwar auch bei einer reinen Zugriffsmöglichkeit über das Internet nicht ausgeschlossen,⁷⁶⁵ trifft aber auf die *Google* Buchsuche nicht zu. Dem Nutzer ist nicht der vollständige Bibliotheksbestand zugänglich, sondern gerade nur eine begrenzte *Snippet*-Vorschau auf die in der Datenbank enthaltenen Werke. Die *Google* Buchsuche dient also gerade nicht als Bibliothek im klassischen Sinne, sondern vielmehr als Register oder „Wegweiser“ zu den Büchern, die der Anfrage des Nutzers entsprechen. Um den vollständigen Inhalt eines Werkes zu sehen, muss der Nutzer – bei urheberrechtlich geschützten Werken – daher das mit Hilfe der Buchsuche aufgefundene Werk andernorts, etwa in einer „echten“ Bibliothek, einsehen. Dieses „Selbstverständnis“ der *Google* Buchsuche als reiner Hinweisdienst zeigt sich gerade auch darin, dass neben der *Snippet*-Anzeige Hinweise auf mögliche Fundstellen und Kaufmöglichkeiten des gefundenen Buches präsentiert werden. § 53a Abs. 1 UrhG setzt zudem voraus, dass die öffentliche Bibliothek auf Grundlage einer Einzelbestellung handelt und die daraufhin erstellte Kopie durch Post- oder Faxversand oder in sonstiger elektronischer Form an den Besteller übermittelt wird. Einen Post- oder Faxversand der vom Nutzer gefundenen Werkteile bietet *Google* nicht an. In Betracht kommt daher allenfalls eine Einstufung der *Snippet*-Darstellung als Übermittlung in sonstiger elektronischer Form. Eine Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist zulässig, soweit sie funktional an die Stelle der Einzelübermittlung in körperlicher Form tritt.⁷⁶⁶ Sie unterliegt jedoch zusätzlichen Einschränkungen gemäß § 53a Abs. 1 S. 2 und 3 UrhG. Diese einschränkenden Voraussetzungen erfüllt die *Google* Buchsuche keinesfalls, denn es erfolgt – wie zuvor gezeigt – keine Beschränkung auf solche Kopien, die der Veranschaulichung des Unterrichts oder Zwecken der wissenschaftlichen Forschung dienen. Schließlich ist festzuhalten, dass die Schrankenregelung des § 53a UrhG nur das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG einschränkt. Eine Be-

764 Vgl. Dreier/Schulze, § 53a Rn. 7; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53a Rn. 9.

765 Vgl. HK-UrhR/Dreyer, § 53a Rn. 7.

766 Vgl. Begr. zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 16/1828, S. 27.

schränkung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist ausdrücklich nicht erwünscht.⁷⁶⁷

Die *Google* Buchsuche lässt sich somit im Ergebnis nicht aufgrund der Schrankenregelung des § 53a UrhG rechtfertigen.⁷⁶⁸

6. Einwilligung

Die zuvor ausführlich dargestellte Annahme einer konkludenten Einwilligung,⁷⁶⁹ die hinsichtlich der *Thumbnail*-Nutzung (teilweise) einen dogmatisch tragfähigen Weg zur Rechtfertigung der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke darstellt, kann für die *Google* Buchsuche nicht als Lösung herangezogen werden. Bei der Bildersuche kann eine konkludente Einwilligung des Urhebers oder Rechteinhabers deshalb angenommen werden, weil dieser sein geschütztes Werk frei zugänglich in das Internet eingestellt hat. Diesem Verhalten lässt sich bei Betrachtung vom objektiven Empfängerhorizont die Erklärung entnehmen, der Einstellende sei mit der üblichen Nutzung durch (Bilder-)Suchmaschinen einverstanden.⁷⁷⁰

In Bezug auf die *Google* Buchsuche fehlt jedoch jegliches Verhalten des Rechteinhabers, dem der für die Annahme einer Einwilligung erforderliche Erklärungswert beigemessen werden könnte, er sei mit der Nutzung im Rahmen der Buchsuche einverstanden. *Google* verwendet für seine Buchsuche diejenigen Werke, die in den Partner-Bibliotheken enthalten sind. Es handelt sich also ausschließlich um Werke, die offline veröffentlicht wurden. Der Veröffentlichung und Verbreitung eines Buches in gedruckter Form kann jedoch keinesfalls eine Einwilligung in die kommerzielle Online-Nutzung durch einen Dritten entnommen werden.⁷⁷¹ Eine Einwilligung in die Werknutzung durch *Google* für die Buchsuche kann auch deshalb nicht angenommen werden, weil die dafür erforderlichen Rechte vielfach gar nicht bei dem Verleger liegen mögen, der das Werk in gedruckter Form verbreitet hat. Hat sich der Urheber etwa die Rechte zur

767 Vgl. Begr. zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 16/1828, S. 27; Schricker/Loewenheim/*Loewenheim*, § 53a Rn. 13.

768 So auch *Lucke*, *Google* Buchsuche, S. 122 f.

769 Siehe oben 4. Kapitel, B.I.2.

770 Siehe dazu ausführlich oben 4. Kapitel, B.I.2.b).

771 So auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562 (565).

Online-Nutzung ausdrücklich vorbehalten oder diese bereits einem anderen Verleger eingeräumt, so kann der Verleger der von *Google* digitalisierten Offline-Veröffentlichung schon rein rechtlich nicht in die Online-Nutzung einwilligen. Selbst wenn jedoch die Rechte für die Online-Nutzung bei demselben Verleger liegen und selbst wenn der Rechteinhaber das Werk auch online veröffentlicht haben sollte, ändert sich die Bewertung jedoch nicht. Denn selbst einer solchen Handlung könnte eine Einwilligung in die Nutzung im Rahmen der Buchsuche nicht entnommen werden. Durch eine eigene Online-Veröffentlichung macht der Rechteinhaber vielmehr deutlich, dass er diese Art der Werkverwertung selbst nutzen möchte und somit keinesfalls mit einer möglicherweise konkurrierenden kommerziellen Nutzung durch einen Dritten einverstanden ist.

Die Rechtswidrigkeit der Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche kann somit auch nicht durch die Annahme einer Einwilligung ausgeschlossen werden.

7. Zusammenfassung zur Rechtfertigung der Google Buchsuche

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die allgemein als äußerst nützlich und deshalb erhaltenswert erachtete *Google* Buchsuche in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht mit geltendem Recht vereinbar ist. Die Werknutzung greift in das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19a UrhG ein. Die Digitalisierung vollständiger Werke zu kommerziellen Zwecken und die Anzeige einzelner Ausschnitte mit Werkqualität lässt sich *de lege lata* auch nicht rechtfertigen. Die Werknutzung kann nicht durch die Schranken des Urheberrechtsgesetzes erfasst werden und – anders als bei der *Thumbnail*-Nutzung im Rahmen der Bildersuche – kann auch eine Einwilligung des Rechteinhabers nicht angenommen werden, da es an einer anknüpfungsfähigen Handlung fehlt, der ein entsprechender Erklärungswert beigemessen werden könnte. Es liegt somit eine Urheberrechtsverletzung vor, die gemäß §§ 97 ff. UrhG grundsätzlich Ansprüche auf Unterlassung, Schadensersatz und Vernichtung der Werkstücke nach sich zieht und gegebenenfalls sogar eine nach den §§ 106, 108a UrhG strafbare Handlung darstellt.

III. Zwischenergebnis

Die Überlegungen zur Rechtfertigung der *Thumbnail*-Nutzung bei der Bildersuche und zur Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche haben gezeigt, vor welche erheblichen Schwierigkeiten der technische Fortschritt und auf diesem basierende neue Geschäftsmodelle das deutsche Urheberrecht stellen. Selbst allgemein als äußerst nützlich anerkannten und aufgrund ihres erheblichen Wertes für die Allgemeinheit für erhaltenswert gehaltenen Geschäftsmodellen, die die eigene Werkverwertung durch den Urheber oder Rechteinhaber nicht beeinträchtigen oder diese sogar fördern, droht das „Aus“, weil sie sich im Rahmen des starren Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes nicht rechtfertigen lassen. Um dieses unerwünschte Ergebnis zu vermeiden, wird oftmals versucht, die innovativen Nutzungsformen durch eine extensive Auslegung der bestehenden Schranken, deren analoge Anwendung oder den Rückgriff auf die allgemeine zivilrechtliche Einwilligungstheorie zu rechtfertigen. Dabei werden bisweilen abenteuerlich anmutende Konstruktionen oder Begründungen bemüht, deren dogmatische Tragfähigkeit bezweifelt werden darf. Trotz dieser Anstrengungen lassen sich jedoch nicht alle Geschäftsmodelle rechtfertigen.

Die Anzeige von Vorschaubildern unter Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke lässt sich etwa nur dann durch die Annahme einer konkludenten (schlichten) Einwilligung in die Werknutzung oder einen Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG rechtfertigen, wenn die Ursprungswerke vom Urheber selbst oder zumindest mit dessen Zustimmung in das Internet eingestellt wurden. Im Fall der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte, wenn Werke also ohne Zustimmung des Urhebers und ohne entsprechende Rechteinräumung an Dritte in das Internet gestellt wurden, ist dieser Lösungsweg hingegen versperrt. Die vom BGH für diese Fälle erwogene Anwendung der Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 der E-Commerce-Richtlinie ist abzulehnen, da eine eigenständige Nutzungshandlung des Suchmaschinenbetreibers stattfindet, so dass dieser Täter einer Urheberrechtsverletzung ist. Für die Konstellation der „Drittinhaberschaft“ bleibt es somit *de lege lata* bei dem Ergebnis, dass das Vorgehen der Suchmaschinenbetreiber die Rechte des Urhebers und/oder Rechteinhabers verletzt.

Auch die *Google* Buchsuche lässt sich in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht mit deutschem Urheberrecht vereinbaren. Noch deutlicher als im Falle der *Thumbnail*-Nutzung bei der Bildersuche greifen zugunsten

des Anbieters *Google* keine urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen ein. Auch die für die Bildersuche zumindest teilweise tragfähige Annahme einer (konkludenten) Einwilligung in die Werknutzung scheidet hier aus. Dem inzwischen weltweit angebotenen Buchsuche-Dienst droht daher in Deutschland aufgrund der mangelnden Flexibilität der Schrankenregelungen das Aus.

Die dogmatischen „Verbiegungen“, die unternommen wurden und werden, um innovative, auf zuvor unbekannten Geschäftsmodellen basierende Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke *de lege lata* zu rechtfertigen, erzeugen jedoch nicht nur praktische Probleme bei der Rechtsanwendung. Sie zeigen auch deutlich, dass die Rechtssicherheit, die regelmäßig als wesentlicher Vorteil des enumerativen Schrankenkataloges des deutschen Urheberrechtsgesetzes gepriesen wird, tatsächlich ganz erheblich leidet, sobald sich das deutsche Recht mit neuen Geschäftsmodellen konfrontiert sieht. Es scheint daher nicht nur zur „Rettung“ bestimmter neuer Geschäftsmodelle, sondern auch aus Gründen der Methodenehrlichkeit notwendig, das deutsche Recht durch die Schaffung einer flexiblen Schrankengeneralklausel oder durch die Implementierung flexiblerer Elemente in den bestehenden Schrankenkatalog zukunftsfähig zu machen.

C. Verletzung von (Urheber-)Persönlichkeitsrechten?

Neben den dargestellten Verwertungsrechten könnten durch die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche und durch das Geschäftsmodell der *Google* Buchsuche in Einzelfällen auch persönlichkeitsrechtliche Aspekte betroffen sein; es könnte insbesondere eine Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts vorliegen. Derartige Verletzungen sind im Hinblick auf die Zulässigkeit der genannten neuen Verwertungsformen urheberrechtlich geschützter Werke besonders problematisch, da eine Rechtfertigung durch Schrankenregelungen von vorneherein nicht in Betracht kommt. Lediglich ein Ausschluss der Rechtswidrigkeit aufgrund einer Einwilligung kommt unter bestimmten – strengen – Voraussetzungen möglicherweise in Betracht.