

Nützliches „Spielzeug“ oder Werkzeug zur Verletzung von Urheberrechten?

Rechtliche Neuigkeiten und grundlegende Überlegungen zur *Google*-Bildersuche

Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.*

I. Problemstellung

Internetsuchmaschinen beschränken ihr Angebot längst nicht mehr auf die herkömmliche allgemeine Internetsuche, sondern bemühen sich, durch ständige technische Erweiterung und Einführung neuer Funktionen die Auffindbarkeit spezieller Internetinhalte für die Nutzer zu verbessern und dadurch gleichzeitig auch das eigene Angebot im umkämpften Markt für Werbeanzeigen attraktiver zu gestalten. Derlei neue Internettechnologien werfen zahlreiche urheberrechtliche Fragen auf und rufen Experten vor allem dann auf den Plan, wenn *Google* ihnen als Marktführer durch Implementierung in sein Angebot zu massenhafter Verbreitung verhilft.

Ein besonders augenfälliges Beispiel hierfür ist neben dem *Google*-Buchprojekt¹ insbesondere die *Google*-Bildersuchfunktion, mit der sich im besten Fall passende Abbildungen zu einem bestimmten Suchbegriff finden lassen. Für den Internetnutzer ist dies nicht mehr und nicht weniger als ein nützlicher Zusatzservice. Aus der Sicht der Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten der solcherart präsentierten Abbildungen, die in Form sog. *thumbnails* als Vorschau in die Ergebnisliste eingestellt werden, ist diese Dienstleistung aber hochproblematisch. So ist sie folgerichtig in die urheberrechtliche Diskussion geraten und mittlerweile auch bereits mehrfach zum Gegenstand von Gerichtsentscheidungen geworden.² Neben

dem instruktiven rechtsvergleichenden Seitenblick in die Rechtsprechung amerikanischer Instanzgerichte sind dabei aus der Sicht des deutschen Rechts vor allem zwei aktuelle, sorgsam begründete Urteile des OLG Jena und des LG Hamburg von Interesse.

Während bei der „klassischen“ Suche nach Internetseiten gewöhnlich innerhalb der Suchtrefferliste eine knappe, auszugsweise Darstellung des Textes der verlinkten Website genügt, um dem Nutzer einen Eindruck von deren Inhalt und ihrer Relevanz für seine Suchanfrage zu vermitteln, ist es bei der Bildersuche notwendig, aufgefundene Bilder komplett – wenn auch nicht notwendigerweise in voller Qualität und Größe – darzustellen, um dem Nutzer eine Möglichkeit zu geben, über deren Relevanz für seine Suchanfrage zu entscheiden. Mit Hilfe sog. *crawler* durchsuchen Suchmaschinenbetreiber zu diesem Zweck Internetseiten nach dort eingestellten Bildern. Die aufgefundenen Bilder werden indiziert, verkleinert, komprimiert und gespeichert. Die so erstellten verkleinerten digitalen Abbildungen der Originalwerke, die sog. *thumbnails*, werden schließlich den Nutzern der Suchmaschine auf ihre Suchanfrage hin in einer Ergebnisliste angezeigt. Diese Vorschaubilder haben aufgrund der starken Komprimierung den Vorteil einer gegenüber den Originalbildern vielfach höheren Anzeigegeschwindigkeit. Die Suchmaschinenbetreiber speichern die verkleinerten Grafiken regelmäßig auf eigenen Servern, um sie so noch schneller abrufbar zu machen und nicht auf die Reaktionszeit anderer Server angewiesen zu sein.

Das besonders Reizvolle der hierdurch aufgeworfenen rechtlichen Problematik liegt nun darin, dass sich die praktisch-wirtschaftlich ersichtlich immens bedeutsame Fragestellung nach den urheberrechtlichen Rahmenbedingungen eines derartigen Suchdienstes kaum beantworten lässt, ohne zugleich bestimmte Grundlagenfragen des Urheberrechts zu stellen, die im weltweiten Rechtsvergleich fundamental unterschiedlich beantwortet werden. Im wirtschaftlichen Kern geht es darum, wie ein Suchdienst im Internet

* Der Autor hat den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn inne. Der Verfasser dankt seinen Mitarbeitern Herrn RA Felix Stang und Herrn Dipl.-Jur. Manuel Kleinemenke für ihre tatkräftige Hilfe bei der Arbeit an diesem Beitrag.

¹ Vgl. hierzu *Nimmer*, CRi 2006, 1; *Niiranen*, CRi 2006, 65; *Schöwerling*, MR-Int 2005, 129; *Kubis*, ZUM 2006, 370; *Ott*, GRURInt 2007, 562.

² Vgl. LG Hamburg v. 05.09.2003 – 308 O 449/03, CR 2004, 855; LG Bielefeld v. 08.11.2005 – 20 S 49/05, CR 2006, 350; LG Hamburg v. 22.02.2006 – 308 O 743/05, CR 2007, 196; LG Erfurt v. 15.03.2007 – 3 O 1108/05, CR 2007, 391; OLG Jena v. 27.02.2008 – 2 U 319/07, CR 2008, 390; zuletzt LG Hamburg v. 26.09.2008 – 308 O

42/06, CR 2009, 47.

zu beurteilen ist, der auf zwei gänzlich verschiedenen Märkten (dem Markt der suchenden Internet-Nutzer und dem Markt der Unternehmen, die im Rahmen der Suchmaschinen werben) und typischerweise in vollkommen anderem Zusammenhang als der Urheberrechtsinhaber der verwendeten Bilder (also typischerweise gerade nicht „auf Kosten“ des Urheberrechtsinhabers) im Internet Gewinne erzielt und dabei zugleich der Seite des durch die Bildersuche betroffenen Anbieters sogar zusätzlichen *traffic* verschafft. Einerseits erscheint das rein wirtschaftlich sinnvolle Ergebnis für eine derartige Situation im Regelfall schon aufgrund überblicksartiger Interessenanalyse vergleichsweise eindeutig und wird durch Überlegungen der ökonomischen Analyse bestätigt³: Da die Suchmaschine gewerblich auf Märkten tätig ist, auf denen eine potenzielle Verwertung durch den Urheberrechtsinhaber schon von vornherein nicht in Betracht kommt und für den typischen Fall zudem dem Urheberrechtsinhaber – grundsätzlich erwünschten – zusätzlichen *traffic* verschafft, hat ein Verbotsanspruch faktisch rein behindernde Wirkung. Für das Suchmaschinenangebot kann dies u.U. wegen der drohenden Transaktionskosten, die eine individuelle Lizenzierung der Rechte vollkommen unrealistisch erscheinen lassen, sogar zur Auswirkung haben, dass das gesamte Geschäftsmodell in Frage gestellt wird. Andererseits soll der Urheber grundsätzlich an sämtlichen Erträgen seines Werks angemessen beteiligt werden.

Ein ersichtlicher Mittelweg zur Erzielung effizienter Resultate läge in der Anordnung einer Urheberrechtsschranke samt entsprechender Vergütungsregelung im Sinne einer *liability rule*. Steht ein solcher Mittelweg allerdings *de lege lata* nicht zur Verfügung, so stellt sich im Kern – wohlgermerkt immer noch im Rahmen rein wirtschaftlich orientierter Argumentation – an dieser Stelle weltweit die Frage, ob die Suchmaschinen mit einem derartigen Service überhaupt Erträge „aus dem Werk“ erzielen oder ob sie nicht vielmehr mit ihrem gegenüber der „normalen“ Verwertung des Werks funktional vollkommen anders ausgerichteten Angebot (das zugleich einem unübersehbaren öffentlichen Interesse an effektiver Erschließung der Informationen im Internet dient) letztlich das Werk einer neuen, sozial nützlichen Nutzung zuführen, auf die sich der Verbotsanspruch des Urhebers gerade nicht mehr erstrecken soll.

II. Ein rechtsvergleichender Seitenblick

Aus rechtlicher Sicht lässt sich die Fragestellung so direkt und offen allerdings allenfalls im Rahmen des

flexiblen US-amerikanischen *fair use*-Konzepts aufwerfen und beantworten. Amerikanische Gerichte haben sich in der Tat zuletzt mehrfach mit der Bildersuche im Internet auseinandergesetzt⁴ und sind regelmäßig zu dem Ergebnis gelangt, dass für den Normalfall die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks durch eine Bildersuchmaschine als – letztlich im Ergebnis einer Gesamtabwägung freier – *transformative use* im Sinne einer Art „freier Bearbeitung“ anzusehen sei. Hier erhalte das Bild durch Verwendung in dem vollkommen anderen Kontext der Suchfunktion eine gänzlich andere Funktion – eine Art „Zeigerfunktion“ im Hinblick auf den verlinkten Inhalt –, die seinen Charakter grundlegend ändere und zudem im Hinblick auf die Sicherung effektiver Suchinfrastrukturen im Netz von hohem Wert für die Allgemeinheit sei. Dies sei im Ergebnis einer Gesamtabwägung der im Rahmen des *fair use* zu gewichtenden weiteren Faktoren jedenfalls dann der Fall, wenn die Nutzung im Rahmen der Bildersuche den Verwertungsinteressen des Urheberrechtsinhabers auf den von ihm wahrgenommenen Märkten keinen Schaden zufüge. Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn *substantiell* und *nachweislich* dem Urheberrechtsinhaber einzelne seiner Verwertungsmärkte – etwa die zusätzliche Verwertung erotischer Fotografien neben dem Internet-Angebot auch als Angebot für Handys – durch das Angebot der *Image Search* erschwert werde, weil die Nutzer beispielsweise in größerem Umfang die *thumbnails* aus der Bildersuche auf ihre Handys übertragen und solcherart Umsätze des Handy-Angebots zurückgingen⁵. Konkret ist ein derartiger Nachweis noch nicht geführt worden.

Die Ausdehnung des Konzepts des *transformative use* auf die Verwendung des Werks in bloßen anderen funktionalen Zusammenhängen ist, zumal sie ersichtlich diesen Faktor mit dem für das amerikanische Recht an sich nachgelagert und gesondert zu gewichtenden Faktor der Frage nach den Effekten der Nutzung auf die Verwertungsmärkte des Urhebers ver-

⁴ Vgl. zuletzt *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, Case No. 06-55405, 06-55406, 06-55425, 06-55759, 06-55854, 06-55877 (9th Cir., 2007) = CRi 2006, 76 ff.; CRi 2007, 109 ff.; CRi 2008, 83 ff.; MR-Int 2007, 115 ff.; schon zuvor ähnlich *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002) = CRi 2003, 179 ff.; mit vergleichbaren Weiterungen des *transformative use*-Konzepts auf Situationen bloßen Verwertungsfunktionswandels *Nez v. Carribean Int'l News Corp.*, 235 F.3d 18, 22-23 (1st Cir. 2000). Ein Überblick findet sich auch bei *Ott*, ZUM 2007, 119 ff.

⁵ Vgl. im konkreten Fall freilich ablehnend *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, CRi 2007, 109, 112; MR-Int 2007, 115, 118.

³ Vgl. insoweit zutreffend *Berberich*, MMR 2005, 145 ff.

mischt, durchaus nicht frei von Zweifeln⁶. Gegen den international-rechtlichen Drei-Stufen-Test verstößt eine derartige Auslegung der *fair use*-Schranke allerdings wohl gerade nicht, behält sie doch die normale Nutzung des Werks und seiner Verwertung durch den Urheber und dessen berechnete Interessen im Auge und wahrt dessen Verwertungschancen grundsätzlich ungeschmälert⁷. Sei dies wie es sei, illustriert jedenfalls die einschlägige Rechtsprechung der amerikanischen Berufungsgerichte, dass das flexible *fair use*-Konzept eine methodenehrliche und offene Auseinandersetzung mit der Frage nach Beschränkungen zugunsten technologisch neuartiger Nutzungsformen im Netz im Grundsatz gut gestattet. Der einzige Nachteil einer solchen richterrechtlichen Lösung für die durch neue Technologien aufgeworfenen urheberrechtlichen Problemstellungen mag darin liegen, dass bloße instanzgerichtliche Leitentscheidungen nur nach und nach einen wirklich verlässlichen rechtlichen Rahmen für derlei neue Geschäftsmodelle schaffen können. Andererseits bewahrt ein solcher Ansatz das Gesamtsystem des Urheberrechts auch umgekehrt vor gesetzgeberischen „Schnellschüssen“, die nur zu häufig bereits innerhalb kurzer Zeit wiederum der technologischen Entwicklung hinterherhinken bzw. von vornherein nicht den richtigen Weg zum nachhaltigen Ausgleich der Interessen im Hinblick auf neue Geschäftsmodelle und Nutzungsformen finden.

III. Lösungsansätze im deutschen Recht

1. Ausgangslage

Im deutschen und insgesamt in den Systemen kontinentaleuropäischen Urheberrechts mit ihren tendenziell geschlosseneren, detaillierten Schrankenatalogen kommt eine derartig freie und offene – und zumal nach rein wirtschaftlichen Kriterien erfolgende – Abwägung nach derzeitigem Stand kaum in Betracht. Der Grund ist ersichtlich die größere Rückbindung kontinentaleuropäischer Urheberrechtssysteme in eine Konzeption des Urheberschutzes, in deren Ausgangspunkt Ausnahmen nur in detailliert enumerativer Form und zumal unter Berücksichtigung der persönlichkeitsrechtlichen Belange des Urhebers möglich sind⁸.

Die Differenz wird überdeutlich, wenn man sich die Überlegungen zur Frage nach der Beurteilung der *Image Search*-Funktionen zwischen Bearbeitung i.S.d. § 23 UrhG und freier Benutzung i.S.d.

§ 24 UrhG vor Augen führt. Für das deutsche Recht kommt die Annahme einer freien Benutzung aufgrund bloßen wirtschaftlichen Funktionswandels, der dem ursprünglichen Werk nicht – wie etwa eine Parodie – zugleich einen vollkommen neuen *geistig-schöpferischen* Bedeutungsgehalt unterlegt und damit zur Schaffung eines neuen, ebenfalls schutzfähigen Werkes führt, sondern lediglich den Verwertungszusammenhang fundamental verändert, gerade nicht in Betracht⁹. Will man das kontinentaleuropäische, auf das Werk als geistige Schöpfung ausgerichtete Urheberrecht in seinem grundlegenden Gepräge nicht vollkommen verändern, muss es bei diesem (Zwischen-) Ergebnis jedenfalls bleiben, weil die *thumbnails* zum einen keinen ausreichenden künstlerischen Abstand zum benutzten Werk aufweisen und zum anderen aufgrund ihrer maschinellen Erstellung grundsätzlich keine *persönlichen* geistigen Schöpfungen darstellen können¹⁰. Offen bleibt an dieser Stelle einstweilen die Frage, wie sich ein die wechselseitigen Interessen ausgleichendes, auch wirtschaftlich sinnvolles Ergebnis unter den Rahmenbedingungen deutschen Urheberrechts erzielen lässt.

Um zu diesem Ziel zu gelangen, wurden und werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Wege erwogen¹¹.

2. Betroffene Verwertungsrechte

Zuletzt wurde in der Literatur der bedenkenswerte Versuch unternommen, aufgrund einer funktionalen Auslegung der einzelnen Verwertungsrechte für die Situationen der *Google*-Bildersuche schon das Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten *Nutzungshandlung* zu verneinen¹². Der Suchmaschinenbetreiber erbringe quasi eine rein technische, bei wertender Betrachtung als bloße vollkommen automatisch erzeugte Vorwirkung normativ dem Angebot der „gefundenen“ Website (ohne Sperren für die *robots* der Suchmaschinen) zuzuordnende Dienstleistung, die für sich selbst genommen keine urheberrechtsrelevante Nutzung darstelle. Der Weg sucht also einen radikalen Schnitt zu erzielen, wie er der *Paperboy*-

⁹ Vgl. zum Erfordernis der erforderlichen Neuschöpfung Dreier/Schulze/Schulze, § 24 Rn. 5 m.w.N.

¹⁰ So zutreffend OLG Jena, CR 2008, 390, 391 sowie bereits LG Hamburg, MMR 2004, 558, 561; vgl. auch Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 763 sowie Schack, MMR 2008, 414, 415.

¹¹ Vgl. die Nachweise o. Fn. 2; aus der Literatur vgl. Wimmers/Schulz, CR 2008, 170; Ott, WRP 2008, 393; Roggenkamp, K&R 2007, 328; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761; Ott, ZUM 2007, 119; Berberich, MMR 2005, 145.

¹² Vgl. Wimmers/Schulz, CR 2008, 170, 176 f.

⁶ Vgl. zuletzt die deftige Kritik bei Goldstein, IIC 2008, 216 ff.

⁷ Insoweit a.A. Goldstein, aaO.

⁸ Vgl. grundlegend Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 486 f.

Entscheidung des BGH¹³ für Situationen schlichter Links gleichsam entspräche und stützt sich insoweit auf einzelne Judikate des BGH zur näheren werten Bestimmung des Werknutzers in anders gelagerten Konstellationen¹⁴. Doch sind die diesbezüglichen Überlegungen zuletzt in der Rechtsprechung wohl zu Recht verworfen worden¹⁵. In der Tat wird das Originalbild durch „Aufbereitung“ für die Trefferliste durch den Suchmaschinenbetreiber nämlich *selbst* genutzt, da mindestens die Gestaltung des Link-Ankers gerade in Form des verkleinerten Bildes und die hierdurch erreichte besondere Attraktivität und Aussagekraft der Trefferliste gerade der Optimierung der eigenen Dienstleistung des Suchmaschinenbetreibers im Hinblick auf *deren* Attraktivität und wirtschaftliche Verwertbarkeit dient. Diese Nutzung ist demnach einer – auch bei wertender Betrachtung – eigenständigen Dienstleistung des Suchmaschinenbetreibers zuzuordnen, deren Optimierung in dessen eigenem wirtschaftlichen Interesse liegt, und daher unumgänglich als urheberrechtsrelevante Nutzung zu werten.

Zunächst ist bei einem *thumbnail* aus den bereits erläuterten Gründen von einer Bearbeitung i.S.d. § 23 S. 1 UrhG in Abgrenzung zu einer freien Benutzung nach § 24 UrhG auszugehen. Insbesondere ist für die Annahme einer Bearbeitung nach richtiger Auffassung nicht Voraussetzung, dass die *thumbnails* eigenständige Werke darstellen¹⁶; vielmehr genügt es, dass sie eine dem Originalwerk dienende Funktion vorzuweisen haben¹⁷, was im Hinblick auf den Zweck der *thumbnails* als Vorschau auf das eigentliche Bild ohne weiteres anzunehmen ist. Die Herstellung der Bearbeitung als solche ist – mit Ausnahme der in § 23 S. 2 UrhG genannten Fälle¹⁸ – im Verhältnis zum ebenfalls betroffenen Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG privilegiert und daher nicht zustimmungspflichtig¹⁹. Erst die spätere Veröffentlichung und Ver-

wertung des Werkes bedürfen deshalb gemäß § 23 S. 1 UrhG der Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten Werkes. Ob eine Veröffentlichung der Bearbeitung auch dann vorliegt, wenn das bearbeitete Werk seinerseits bereits veröffentlicht war, ist umstritten, dürfte aber zu bejahen sein²⁰. Unumstritten ist hingegen, dass jede Art der Verwertung der Bearbeitung erlaubnispflichtig ist. Hierbei ist eine nähere Eingrenzung der vorgenommenen Verwertungshandlung an sich überflüssig²¹. Bei genauer Betrachtung jedoch ist in der Bereitstellung der *thumbnails* im Internet eine öffentliche Zugänglichmachung der Bearbeitung i.S.d. § 19a UrhG zu sehen, was sich auch bei rechtsvergleichender Betrachtung in den internationalen Trend²² gut einfügt. Ob eine solche Zugänglichmachung durch das Bereitstellen der *thumbnails* auch im Hinblick auf das Ursprungswerk vorliegt²³, kann offen bleiben, weil jedenfalls die *thumbnails* selbst zugänglich gemacht werden²⁴. Der spätere Abruf der Bilder, der zu einer Kopie im Arbeitsspeicher des jeweiligen Nutzers und damit zu einer darüber hinaus noch einschlägigen Vervielfältigung nach § 16 UrhG führt²⁵, könnte dem Suchmaschinenbetreiber zudem dem Grunde nach wohl über die Grundsätze der Störerhaftung zugerechnet werden²⁶.

3. Erfassung im Rahmen des Schrankensystems

a) Bisherige Überlegungen in Rechtsprechung und Literatur

Im Anschluss an die Festlegung der betroffenen Verwertungshandlungen ist die Einschlägigkeit denkba-

eines neuen Werkes erforderlich –, als auch in Form der sonstigen Umgestaltung – mit der Begründung (entgegen der Auffassung des OLG Jena und zahlreichen Stimmen in der Literatur, vgl. Nachweise bei Roggenkamp jurisPR-ITR 14/2008 Anm. 2, C), erst bei größeren Abweichungen lägen nichtschöpferische Umgestaltungen vor –, bleibt lediglich eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG übrig. Eine solche ist auch dann anzunehmen, wenn die Werkumgestaltung sich noch im Schutzbereich des Originals hält, weil dessen Eigenart auch in der Nachbildung erhalten bleibt und ein übereinstimmender Gesamteindruck besteht (vgl. BGH, GRUR 1988, 533, 535 – *Vorentwurf II*). Dies dürfte bei der Verkleinerung eines Bildes auf *thumbnail*-Größe der Fall sein (vgl. hierzu Schricker/Vogel, § 72 Rn. 26).

²⁰ Vgl. den Überblick über die verschiedenen Auffassungen bei Dreier/Schulze/Schulze, § 23 Rn. 17.

²¹ Insoweit konsequent OLG Jena, CR 2008, 390, 391.

²² Vgl. *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, MR-Int 2007, 115 f. zur Verletzung des *display right* durch die Zurverfügungstellung von *thumbnails* im Rahmen der Bildersuche.

²³ Ablehnend insoweit Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 769.

²⁴ So auch OLG Jena, CR 2008, 390, 391.

²⁵ Vgl. Wandtke/Bullinger/Heerma, § 16 Rn. 16.

²⁶ Vgl. in diesem Punkt im Ergebnis zutreffend LG Hamburg, MMR 2004, 558, 560.

¹³ BGH, CR 2003, 920 – *Paperboy*.

¹⁴ Vgl. BGH, CR 1997, 403 – *CB-Infobank I*; BGH, GRUR 1997, 464 ff. – *CB-Infobank II*; BGH, CR 1999, 614 – *Kopienversanddienst*; BGH, GRUR 1981, 414 – *Kabelfernsehen in Abschattungsgebieten*; BGH, GRUR 1988, 206 – *Kabelfernsehen II*; BGH, GRUR 1994, 45 – *Verteileranlagen*; BGH, GRUR 2000, 699 – *Kabelweiterleitung*; BGH, GRUR 2003, 328 – *Sender Felsberg*.

¹⁵ S. OLG Jena, CR 2008, 390, 392; LG Hamburg, CR 2009, 47.

¹⁶ So aber Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 23 Rn. 5 m.w.N.

¹⁸ Insbesondere der Bearbeitung oder Umgestaltung eines Datenbankwerks.

¹⁹ Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 23 Rn. 25. Lehnt man mit *Schack* (MMR 2008, 414, 415) eine Anwendung des § 23 UrhG ab, und zwar sowohl in Form der Bearbeitung – mit der Begründung, für eine Bearbeitung sei (entgegen der hier vertretenen Auffassung) die Schaffung

rer Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG für den zugrundeliegenden Sachverhalt zu prüfen. § 44a UrhG scheidet aus, da die *thumbnails* dauerhaft zum Abruf bereitgehalten werden und deren Nutzung eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Auch die Vervielfältigung durch einen Dritten zum privaten Gebrauch nach § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG, die Katalogbildfreiheit des § 58 UrhG und eine Wiedergabe zu Werbezwecken gem. §§ 17 Abs. 2, 59 UrhG sind nicht einschlägig. Eine für das Zitatrecht des § 51 Nr. 2 UrhG erforderliche geistige Auseinandersetzung findet bei der Darstellung eines Bildes in einer maschinell erstellten Trefferliste ebenfalls nicht statt; allenfalls im Hinblick auf die behutsame Erweiterung hinsichtlich denkbarer Zitat Zwecke im Rahmen des zweiten Korbes wäre an die Möglichkeit einer Weiterung wohl überhaupt zu denken; letztlich ist aber der dem § 51 UrhG zugrunde liegende Rechtsgedanke ersichtlich nicht – wohl nicht einmal im Wege analoger Anwendung im Hinblick auf neuartige technische Entwicklungen – auf die Konstellation der Bildersuche im Internet übertragbar.

b) Analoge Anwendung des § 59 UrhG?

Im Zusammenhang mit der Bildersuche von Suchmaschinen bisher – soweit ersichtlich – nicht thematisiert wurden die Schrankenbestimmung des § 59 UrhG sowie eine *e contrario*-Anwendung des § 12 Abs. 2 UrhG, der nach einer Minderauffassung ebenfalls im Sinne einer (zusätzlichen) Schrankenbestimmung zu verstehen ist.

Eine Analogie zu Ausnahmebestimmung § 59 UrhG erscheint auf den ersten Blick insofern nicht völlig abwegig, als das zumindest im Grundsatz jedermann frei zugängliche Internet im Sinne eines Datenverkehrsnetzes längst zu einem dem Straßenverkehr als den Ausnahmehereich des § 59 UrhG bildende Summe öffentlicher Wege, Straßen und Plätze durchaus vergleichbaren öffentlichen Raum geworden ist. Insofern könnte man argumentieren, dass jedermann, der sein Bild in diesem virtuellen öffentlichen Raum uneingeschränkt zur Betrachtung freigibt, das Werk der Allgemeinheit in vergleichbarer Weise wie im realen öffentlichen Raum widmend zur freien Verfügung stellt. Auch zu den Möglichkeiten der Verhinderung einer freien Verfügbarkeit im öffentlichen Verkehrsraum, wie der Errichtung von Zäunen oder Hecken zur Abschirmung von Kunstwerken²⁷, ließen sich im Internet durchaus Parallelen ziehen, die beispielsweise in der Einrichtung von passwortgeschützten *member*-Bereichen oder der Programmierung der jeweiligen Internetseite mit entsprechenden Anweisungen

für die *crawler* der Suchmaschinen hinsichtlich des Verbots einer Verwendung der Inhalte²⁸ gesehen werden könnten. Allerdings hätte ein so gesehen weites Verständnis der Schranke des § 59 UrhG für den Umgang mit urheberrechtlich geschützten Inhalten im gesamten Internet weitreichende Konsequenzen.

Zwar ließe sich eine Anwendung auf die Bilderfunktion von Suchmaschinen auch vor dem Hintergrund einer möglichst weitgehenden Beteiligung der Urheber an der Verwertung ihrer Werke bei einer bloßen Bildervorschau mit Verlinkung auf die Hauptwerke – unabhängig von einer im jeweiligen Einzelfall schwer festzustellenden Widmung des Urhebers zu einem länger dauernden Verbleib²⁹ des Werkes auf den Internetseiten – unter Umständen noch vertreten. Doch wäre die Folge einer entsprechenden Heranziehung des § 59 UrhG ja angesichts des hinter der Norm stehenden allgemeineren Rechtsgedankens gerade nicht auf diese spezifische Konstellation begrenzt. Eine demnach aus einer analogen Anwendung des Rechtsgedankens des § 59 UrhG letztlich resultierende uneingeschränkte Verwendbarkeit aller im Internet frei zugänglichen Inhalte ist aber keinesfalls zu rechtfertigen, zumal der Schrankenbestimmung des § 59 UrhG auch nach den Vorstellungen des BGH gerade *kein* genereller Rechtsgrundsatz entnommen werden kann, demzufolge bei allgemein zugänglichen Gestaltungen der Urheberrechtsschutz stets zurückzustehen habe³⁰. Die Vorschrift ist auch aufgrund ihrer unflexiblen Rechtsfolge der beinahe freien Verwendbarkeit zumindest in ihrer jetzigen Gestaltung ein ungeeignetes Mittel zur Bestimmung des Umgangs mit frei zugänglichen Internetinhalten. Eine entsprechende Anwendung des § 59 UrhG auf die hier zugrundeliegenden Konstellationen ist also im Ergebnis ebenfalls abzulehnen.

c) Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG?

Anders verhält es sich für die hier untersuchte Konstellation möglicherweise im Hinblick auf die Vorschrift des § 12 Abs. 2 UrhG. Die urheberrechtliche Interessenlage bei Verwendung von *thumbnails* im Rahmen von Bildersuchmaschinen ist, insbesondere angesichts der zumindest in weiten Teilen fehlenden Eignung zu einer Substitution der verwendeten Werke oder Werkteile, der Problematik der sog. *abstracts* durchaus verwandt, in deren Zusammenhang die

²⁸ Vgl. zum technischen Verfahren LG Hamburg, MMR 2006, 697, 698. Für ein Beispiel vgl. auch die Anleitung von Google unter <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?answer=35308&hl=de> (zuletzt besucht am 02.12.2008).

²⁹ Zur entsprechenden Voraussetzung im Rahmen des § 59 UrhG siehe Wandtke/Bullinger/Lüft, § 59 Rn. 4 m.w.N.

³⁰ Vgl. BGH GRUR 2001, 51, 53 – *Parfumflakon*.

²⁷ Vgl. Wandtke/Bullinger/Lüft, § 59 Rn. 3.

Vorschrift des § 12 Abs. 2 UrhG eine aktuelle Bedeutung erlangte³¹. In einem Umkehrschluss zu dieser Bestimmung wird nämlich von einer Ansicht in Literatur und Rechtsprechung gefolgert, dass es nach Veröffentlichung eines Werkes jedermann gestattet sein soll, den Inhalt des Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, wenn das Werk selbst oder sein wesentlicher Inhalt oder seine Beschreibung mit Zustimmung des Urhebers veröffentlicht wurde. Dies soll insbesondere auch dann der Fall sein, wenn die Inhaltsmitteilung oder -beschreibung in einer an sich dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsart geschehe³². Als insofern zulässige Mitteilung bzw. Beschreibung des Werkes sei eine Darstellung zu verstehen, die über das Werk berichtet, ohne seine Lektüre, Anhörung oder Betrachtung zu ersetzen³³.

Die im Rahmen der Bildersuche erfolgende stark verkleinernde Darstellung ließe sich aufgrund des insoweit gleich bleibenden Gesamteindrucks und vor dem Hintergrund der von den amerikanischen Gerichten insoweit zu Recht in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückten „Zeigerfunktion“ der Verwendung von *thumbnails* im Rahmen der Bildersuche möglicherweise als Mitteilung und Inhaltsbeschreibung des jeweils aufgelisteten Bildes im Sinne einer Information über die Existenz und die Auffindbarkeit des jeweiligen Werkes verstehen. Eine fehlende Substitution könnte sich daneben dem Grunde nach auch im Rahmen der Bildersuche zumindest insoweit bejahen lassen, als eine tatsächliche und in ihren Ausmaßen nicht bloß zu vernachlässigende weitergehende Verwendung der *thumbnails* – zum Beispiel als Handybilder – jenseits einer bloß abstrakt theoretischen Möglichkeit nicht ernsthaft droht.

Gleichwohl sind die Bedenken der Gegenauffassung nicht von der Hand zu weisen, dass sich aus § 12 Abs. 2 UrhG wohl kaum die Berechtigung ableiten lässt, jede Art der Inhaltsmitteilung oder -beschreibung durchzuführen; die Anhaltspunkte für die Möglichkeit

eines Umkehrschlusses erscheinen aus Sicht grammatikalischer und systematischer Auslegung schließlich denkbar dünn³⁴. Insbesondere die Übernahme schutzfähiger Elemente in die Inhaltsbeschreibung ist daher auch im Rahmen der Bildersuche durchaus nicht unkritisch zu sehen. Die Prüfung der Zulässigkeit einer Inhaltsbeschreibung allerdings – wie das OLG Frankfurt³⁵ bei den *abstracts* – komplett in die Abgrenzung zwischen unfreier und freier Bearbeitung zu verlagern, geht dennoch letztlich am zentralen für die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 UrhG diskutierten Aspekt vorbei, der ja gerade darin besteht, aus der Norm bestimmte Voraussetzungen abzuleiten, unter denen eine an sich *zustimmungspflichtige* Verwertung ausnahmsweise *zulässig* ist.

Insgesamt erscheint § 12 Abs. 2 UrhG mit dem vorgeschlagenen Kriterium der Substituierbarkeit demnach einen zumindest nachdenkswerten Weg zur Lösung eines bestehenden Konfliktes zwischen dem bloßen Informationsinteresse am Inhalt eines Werkes und den Verwertungsinteressen des Urhebers, die vor allem bei der Möglichkeit einer Substituierung des Werkes durch die Inhaltsbeschreibung gefährdet werden, aufzuzeigen. Den berechtigten Interessen des Urhebers müsste allerdings durch einen diesbezüglich strengen Maßstab im Hinblick auf die Substituierbarkeit³⁶ angemessen Rechnung getragen werden. So passend dabei die für einen Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG vorgeschlagenen Kriterien scheinen, um der Interessenlage im Rahmen der Bildersuche Rechnung zu tragen, so berechtigt erscheinen doch auch die grundsätzlichen methodischen Zweifel an der Zulässigkeit eines Umkehrschlusses zu § 12 Abs. 2 UrhG.

d) Zwischenfazit

Letztlich wird an dieser Stelle deutlich, dass eine Erfassung neuartiger, innovativer Nutzungsformen wie der Bildersuche im Rahmen des starren Schranken-katalogs des deutschen Urheberrechts in jedem Falle ganz erhebliche methodische Probleme bereitet. Insbesondere droht die analoge Ausdehnung existierender Schrankentatbestände im Sinne nur notdürftiger Lösungen häufig am eigentlichen Kern der sich stellenden Probleme vorbeizuzielen. Im Hinblick auf die Offenheit für neue technische Entwicklungen könnte eine behutsame Öffnung des urheberrechtlichen Schranken-katalogs auf europäischer Ebene

³¹ Vgl. zuletzt das Urteil des OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249; zur Vorinstanz LG Frankfurt, MMR 2007, 118; außerdem OLG Frankfurt, ZUM-RD 2003, 353.

³² Vgl. Schricker/Dietz, § 12, Rn. 29; *Rehbinder*, Urheberrecht, 15. Aufl., Rn. 511; *Haberstumpf*, Handbuch des Urheberrechts, Rn. 205; Loewenheim/Dietz, § 16 Rn. 11; *Erdmann*, FS Tilmann, S.24, 30f.; *Hackemann*, GRUR 1982, 262, 267; *Müsse*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht, S.147f.; ebenso LG Frankfurt, MMR 2007, 118; a.A. OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249, 251; LG Hamburg, NJW 2004, 610, 614f.; Dreier/Schulze/Schulze, § 12 Rn. 24; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 12 Rn. 22; *Mehrings*, GRUR 1983, 275, 284.

³³ Vgl. LG Frankfurt, MMR 2007, 118 unter Verweis auf Fromm/Nordemann/Hertin, 9. Aufl., § 12 Rn. 14.

³⁴ Vgl. etwa Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 12 Rn. 22, der im Wesentlichen aufgrund der rein positiven Formulierung sowie der Stellung der Vorschrift im Gesetz von einer den Urheber schützenden Vorschrift ausgeht.

³⁵ OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249, 251.

³⁶ Vgl. Schricker/Dietz, § 12 Rn. 29.

– wenn auch nicht im Sinne einer weithin offenen *fair use*-Generalklausel, so doch durch Schaffung neuer flexiblerer Schranken unter sorgsam begrenzter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe – einen sinnvollen Weg *de lege ferenda* zur rechtlichen Auseinandersetzung mit neuen Nutzungsformen im Internet darstellen³⁷. Eine Öffnungsmöglichkeit für die Erfassung neuartiger, zumal sozial nützlicher und für die Verwertungschancen des Urhebers keinesfalls schädlicher, der Infrastruktur des Netzes zuzuordnender Nutzungsformen durch eine flexibel ausgestaltete Schranke, die dann zudem unter den Rahmenbedingungen des Drei-Stufen-Tests im internationalen Recht gegebenenfalls mit einer entsprechenden Vergütungspflicht zu kombinieren wäre, erscheint an dieser Stelle in der Tat durchaus der wohlwollenden Erwägung wert.

4. Konkludente Einwilligung

Wenn der Rechtsprechung *de lege lata* der Weg über eine Ausdehnung einer der existierenden Schranken versperrt ist, bleibt schließlich im Wesentlichen die in Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich erwogene Annahme einer konkludenten Einwilligung in die Nutzung im Rahmen der Bildersuche als Ausweg zur Erzielung interessengerechter Ergebnisse³⁸. Die Zulässigkeit der Verwendung von *thumbnails* der Originalwerke durch Bildersuchmaschinen könnte sich demnach aus der Überlegung ergeben, dass in der Veröffentlichung eines Bildes im Internet zugleich die konkludente Zustimmung zu dessen Aufnahme in die Bildersuche und daher auch zur Anfertigung eines

³⁷ Vgl. so schon *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 486 f. (für generalklauselartige Öffnungsklauseln und insgesamt mit der Forderung nach Klarifizierung des Schranken-katalogs); demgegenüber etwas anders und behutsamer in Richtung auf jeweils klar definierte Öffnungsbestimmungen, insbesondere unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe argumentierend *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 167, S. 33 f. (auch abrufbar unter http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Zivilrecht3/Stuff/Publikationen.pdf).

³⁸ Vgl. allgemein schon *Leistner*, Teil B, Urheber- und wettbewerbsrechtlicher Schutz der Website und rechtliche Beurteilung von Hyperlinks, in: *Bettinger/Leistner*, Werbung und Vertrieb im Internet (2003), Teil 1 B, Rz. 73 ff., 76 f.; konkret bei der Bildersuche: LG Hamburg, MMR 2004, 558, 561 f.; LG Erfurt, CR 2007, 391; OLG Jena, CR 2008, 390; *Berberich*, MMR 2005, 145, 147 f.; *ders.*, CR 2007, 393 f.; *Gercke*, MMR 2005, 557, 558; *Ott*, ZUM 2007, 119, 126 f.; *ders.*, K&R 2008, 306, 308; *Schrader/Rautenstrauch*, UFITA 2007, 761, 776 f.; *Roggenkamp*, K&R 2007, 328 f.; *ders.*, jurisPR-ITR 14/2008 Anm. 2, C; *Schack*, MMR 2008, 414, 415.

thumbnails liegt.

Ermittelt man auf Grundlage der Grundsätze der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre in ihrer besonderen urhebervertragsrechtlichen Ausformung der Zweckübertragungslehre durch Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont im Einzelfall den Erklärungswert eines freien Einstellens von Materialien in das Internet, so lassen sich durchaus differenzierende und strenge Lösungen hinsichtlich der Reichweite entsprechender konkludenter Einwilligungserklärungen erzielen.

Gerade diese zusätzlichen differenzierenden Voraussetzungen stellen nach der hier vertretenen Auffassung zugleich sicher, dass mit der Annahme einer konkludenten Einwilligung aufgrund der äußeren Umstände der Einstellung der Materialien in das Netz der Boden der Voraussetzungen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre für die Abgabe einer derartigen Willenserklärung aufgrund normativen Erklärungsbewusstseins gerade nicht verlassen wird. Tatsächlich wird man dem vollkommen freien Einstellen von Bildern in das Netz schon nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten im Internet und im Hinblick auf die in diesem Bereich bei Betrachtung vom normativen Empfängerhorizont verfolgten Zwecke durchaus unter bestimmten Voraussetzungen einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert dahingehend zubilligen müssen, dass der Rechteinhaber mit der Benutzung dieser Materialien auch im Rahmen der Bildersuche einverstanden ist³⁹. Denn in der Regel liegen diese Zwecke bei Betrachtung vom normativen Empfängerhorizont eben darin, den eigenen Seiten für den Normalfall möglichst weitreichende Auffindbarkeit und entsprechenden *traffic* zu verschaffen. Dies gilt zumindest in Situationen, in denen das Einstellen der Bilder als aktive Handlung ohne nach außen erkennbare Kundgabe eines anderslautenden Willens, beispielsweise durch Vornahme einfach zu treffender technischer Vorkehrungen gegen Verwertung im Rahmen der mittlerweile gängigen Bildersuche, erfolgt.

Betont werden muss in diesem Zusammenhang, dass es auch bei Genehmigungen und Einwilligungen sowie im Rahmen schlüssigen Verhaltens ohne Erklärungsbewusstsein nach der ständigen Rechtsprechung des BGH letztlich darauf ankommt, ob der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass sein Verhalten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden

³⁹ Vgl. in diese Richtung schon *Leistner*, aaO. mwN.

durfte⁴⁰. Dementsprechend hat der BGH jüngst in seiner Entscheidung zur Vergütungspflicht von Druckern und Plottern hinsichtlich der Vervielfältigung von Texten und Bildern zu eigenen Zwecken, die im Internet ohne Einschränkung frei zugänglich gemacht werden, ausgeführt, dass eine konkludente Einwilligung unter Umständen in Betracht kommt, weil ein Berechtigter mit diesen Vervielfältigungen rechnen muss und er es selbst in der Hand hat, seine Werke durch technische Maßnahmen zu schützen⁴¹.

Entscheidend ist vor diesem Hintergrund die nähere Festlegung der differenzierenden Voraussetzungen, unter denen dies beim Einstellen von Bildern im Internet auch über die in der *Drucker und Plotter*-Entscheidung bezeichneten Vervielfältigungshandlungen hinaus der Fall ist. Demgegenüber überzeugt die schon prinzipielle Ablehnung des Instruments der konkludenten Einwilligung⁴² nicht. Weder die Annahme, der Rechteinhaber rechne mit einer derartigen seinem Handeln beigelegten Bedeutung nicht, noch die Annahme, dass ein Seitenanbieter, der seine Bilder frei im Netz zur Verfügung stelle, bei Betrachtung vom objektiven Empfängerhorizont nicht für den Normalfall auch deren effektive Auffindbarkeit durch Bildersuche gewährleistet sehen wolle, überzeugen vor dem Hintergrund der Verkehrssitten im Internet. So geht es richtigerweise weniger um eine generelle Ablehnung konkludenter Einwilligungen in diesem Bereich, sondern mehr um die Definition der Voraussetzungen der Entstehung eines diesbezüglichen Vertrauenstatbestandes und die Zurechnung einer entsprechenden schlüssigen Willenserklärung und demnach um die Voraussetzungen und Grenzen dieses Instruments im Einzelnen. Diesbezüglich lassen sich sinnvolle Kriterien durchaus entwickeln und konkretisieren.

Allgemein ist davon auszugehen, dass es für die Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont und die Annahme eines normativen Erklärungsbewusstseins für Situationen, in denen eine individuelle Lizenzierung an prohibitiven Transaktionskosten scheitert, im Einklang mit der urheberrechtlichen Zweckübertragungstheorie hauptsächlich darauf ankommen muss, ob der mit einem *thumbnail* versehene Link den vom objektiven Empfängerhorizont aus beurteilten Zwecken des verlinkten Anbieters dient oder ob er ihnen zuwider-

läuft⁴³. Für die hier betrachtete, besondere Konstellation wurden ins Einzelne gehende Konkretisierungen dieser allgemeinen Voraussetzungen an anderer Stelle entwickelt⁴⁴.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so führt die Annahme einer konkludenten Einwilligung zum einzig wirtschaftlich sinnvollen Ergebnis: Derzeit ist *de lege lata* nämlich schlichtweg nur auf diesem Wege einer Art *opt out* sicherzustellen, dass es *überhaupt* zu einer Einigung kommen kann; eine individuelle Lizenzierung in flächendeckender Weise für die Bildersuche würde demgegenüber ersichtlich an prohibitiven Transaktionskosten scheitern.

5. Konstellationen der Drittinhaberschaft des Urheberrechts

Das eigentliche Problem der konkludenten Einwilligung als Lösungsansatz für die durch die *Google*-Bildersuche aufgeworfenen rechtlichen Probleme liegt an anderer Stelle⁴⁵: In nicht ganz seltenen Fällen werden Content Provider Bilder ins Netz gestellt haben, ohne überhaupt über die für eine (konkludente) Sublizenzierung an den Suchmaschinenbetreiber erforderlichen Nutzungsrechte zu verfügen, oder werden die Abbildungen sogar von vornherein rechtswidrig verwendet haben⁴⁶.

Diese Fallgestaltung lag erstmals in einem deutschen Urteil der jüngsten Entscheidung des LG Hamburg zugrunde⁴⁷. In diesen Konstellationen einer Drittinhaberschaft der notwendigen Nutzungsbefugnisse hilft die Annahme einer konkludenten Einwilligung in der Tat nicht weiter, da es schon an einer anknüpfungsfähigen Handlung *des Rechteinhabers* fehlt. Ebenso scheidet hier der zuvor erwogene Umkehrschluss aus § 12 Abs. 2 UrhG⁴⁸ als Lösungsweg aus. Eine derartige Einschränkung des Urheberrechts kommt keinesfalls in Betracht, wenn das Werk ohne Zustimmung des Urhebers im Internet veröffentlicht wurde. Fraglich ist allerdings, ob dies für die Praxis schon zu untragbaren Ergebnissen führt⁴⁹. Schließlich wurde in diesen

⁴⁰ Vgl. BGH, NJW 2002, 363, 365; BGH, ZIP 2001, 410, 412; BGH, NJW 1997, 312, 313; BGH, NJW 1990, 454, 456; BGH, NJW 1984, 2279.

⁴¹ BGH v. 6.12.2007 – I ZR 94/05, GRUR 2008, 245, 247 – *Drucker und Plotter*.

⁴² S. zuletzt insbesondere OLG Jena, CR 2008, 390, 393 ff.

⁴³ Vgl. *Leistner*, aaO.; zu den Voraussetzungen im Einzelnen in je unterschiedlicher Nuancierung *Berberich*, MMR 2005, 145, 147 f.; *Ott*, ZUM 2007, 119, 126 f.

⁴⁴ Ausführlich zu den Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung in die Nutzung von Abbildungen im Rahmen der Bildersuche *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 504 ff.

⁴⁵ Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 643, *ders.*, MMR 2008, 414, 415; *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170, 177.

⁴⁶ Vgl. LG Hamburg, MMR 2006, 697.

⁴⁷ LG Hamburg v. 26.09.2008, CR 2009, 47 mit Anm. *Kleinemenke*. Auch das amerikanische Verfahren *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.*, CRi 2006, 76 ff.; CRi 2007, 109 ff.; CRi 2008, 83 ff. betraf eine derartige Sachverhaltskonstellation.

⁴⁸ S. oben III. 3. c).

⁴⁹ So *Wimmers/Schulz*, aaO.

Fällen das Material ohne die benötigte Einräumung von Nutzungsrechten seitens des „dritten“ Rechteinhabers erstmals in das Netz gestellt bzw. von ursprünglich passwortgeschützten Bereichen anderer Internetseiten entnommen und erstmals ungeschützt auf Seiten von (demnach unberechtigten) Betreibern angeboten, um dann erst von dort den Weg in die Bildersuche zu finden. Wenn es aber insofern hinsichtlich der Zustimmung des „dritten“ Rechteinhabers in dieser Konstellation an jeglichem normativem Anknüpfungspunkt fehlt, erscheint in der Tat die Zuerkennung eines Unterlassungsanspruchs für den Rechteinhaber auch gegen Suchmaschinenbetreiber, die sein urheberrechtlich geschütztes Material im Rahmen der Bildersuche urheberrechtsrelevant und ohne Zustimmung nutzen, durchaus gerechtfertigt. Jeglicher andere Ansatz – insbesondere über eine funktional wertende Einschränkung schon der Frage nach einer überhaupt existierenden urheberrechtsrelevanten Nutzung durch die Suchmaschinenbetreiber – würde demgegenüber letztlich dazu führen, dass ein Dritter, der seine Materialien nicht einmal für irgend eine Nutzung im Internet oder jedenfalls nicht frei zur Verfügung stellen wollte, nicht effektiv gegen jeden, der diese Materialien im Internet für seine wirtschaftlichen Zwecke nutzt, vorgehen könnte. Ein solches Ergebnis wäre aber in der Tat aus der Sicht derjenigen Urheber, die ihre Werke schon von vornherein nicht für eine freie Internet-Nutzung zur Verfügung stellen wollten, kaum hinnehmbar.

6. Privilegierung im Rahmen der Providerhaftung?

Auch eine Privilegierung von Suchmaschinen im Hinblick auf die Haftung für fremde Inhalte nach dem österreichischen Vorbild⁵⁰ wird für die Bildersuche letztlich nicht weiterhelfen. Zwar wäre die Suchmaschine für die *fremden* verlinkten Inhalte demgemäß nicht verantwortlich. Daneben stünde aber eine urheberrechtliche Verantwortlichkeit für die *eigenen* im Rahmen der Bildersuche kopierten und zugänglich gemachten Inhalte – den in der Form des *thumbnails* verkleinerten Link-Anker als solchen – weiterhin im Raum.

IV. Ergebnis

Alles in allem scheint die an strenge Voraussetzungen geknüpfte Annahme einer konkludenten Einwilligung der Nutzungsrechtinhaber in die Nutzung bestimmter urheberrechtlich geschützter Materialien im Rahmen der Bildersuche im Internet ein dogmatisch tragfähiger Weg, der für diese Zweitnutzungen zu die Interessen angemessen ausgleichenden, praktisch

handhabbaren Resultaten führt. Insbesondere sichert er einerseits die Infrastrukturdienstleister im Internet vor prohibitiven Such- und Lizenzierungskosten und sorgt andererseits dafür, dass dies auf angemessen differenzierendem Wege nur unter bestimmten Voraussetzungen und für bestimmte Konstellationen geschieht. Ein weiterer Vorteil dieses Weges liegt darin, dass einzig die Lösung über die Annahme einer konkludenten Einwilligung auch für andere Konstellationen der Bildersuche – etwa wenn „nur“ das Recht am eigenen Bild betroffen ist⁵¹ – verallgemeinerbar ist und auch in diesen Bereichen zu handhabbaren und einheitlichen Ergebnissen führt. Die wertende Begrenzung urheberrechtlicher Nutzungsrechte würde für diese letztgenannten Konstellationen nämlich gerade auch aus Sicht der Suchmaschinenbetreiber nicht weiterführen.

Ein gewisses Unbehagen bleibt allerdings insofern, als letztlich auf dem subjektiv orientierten Weg der konkludenten Einwilligung ein wegen der prohibitiven Transaktionskosten objektiv sich stellendes Effizienzproblem gelöst wird, dessen zutreffende Lösung wohl richtigerweise in einer behutsamen Beschränkung des exklusiven Urheberrechtsschutzes im Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung effizienter Infrastruktur im Netz läge. *De lege ferenda* wäre für diese Konstellationen daher die Schaffung einer neuartigen, idealerweise im Hinblick auf künftige technologische Entwicklungen gewisser flexibler Auslegung zugänglichen Urheberrechtsschranke ein denkbarer Ausweg, wobei derartige Beschränkungen im Lichte des Drei-Stufen-Tests gegebenenfalls mit Vergütungsansprüchen zu kombinieren wären. Doch wirft dies Grundlagenfragen auch des europäischen Urheberrechts auf, die ohnedies schon nicht mehr im rein nationalen Rahmen beantwortet werden dürfen und die die weitere urheberrechtliche Diskussion im europäischen und weltweiten Rahmen noch auf Jahre hinaus beschäftigen werden.

⁵⁰ Vgl. § 14 des Österreichischen ECG.

⁵¹ Vgl. zum insoweit strengen Maßstab hinsichtlich der Verlinkung das Urteil des OLG München, ZUM 2007, 531, mit ablehnender Anmerkung von *Wimmers/Schulz*, ZUM 2007, 533.