

OLG Jena MMR 2008, 408 - Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails

UrhG §§ 16, 19a, 23, 51, 58; BGB § 242

Leitsätze

1. **Verkleinerte und in ihrer Pixelanzahl reduzierte Miniaturansichten (sog. Thumbnails), die in der Trefferliste einer Bildersuchmaschine angezeigt werden, sind sonstige Umgestaltungen des Originalwerks i.S.v. § 23 UrhG.**
2. **Diese Verwertung ist weder als Katalogbild nach § 58 UrhG noch als Zitat nach § 51 Nr. 1 UrhG zulässig.**
3. **Das Einstellen von Bildern in das Internet, ohne mögliche technische Schutzmaßnahmen gegenüber Suchmaschinen zu ergreifen, stellt keine konkludente Einwilligung in eine Umgestaltung in Form von Thumbnails dar.**
4. **Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs gegenüber einem Bildersuchmaschinenbetreiber wegen der Anzeige von Thumbnails ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Urheber in die Verwertung durch die Suchmaschine zwar nicht einwilligt, gleichzeitig aber eine sog. Suchmaschinenoptimierung dadurch vornimmt, dass der Zugriff von Suchmaschinen auf Bilder durch Beeinflussung der sog. Metatags erleichtert wird.**

OLG Jena, Urteil vom 27.2.2008 - 2 U 319/07 (LG Erfurt) (nicht rechtskräftig)

Sachverhalt

Die Kl. ist bildende Künstlerin. Sie unterhält seit 2003 unter der Internetadresse m-t.de eine eigene Homepage. Auf dieser sind verschiedene Bilder der Kl. eingestellt, wobei auf den einzelnen Seiten ein Copyrighthinweis bzgl. der Kl. angebracht ist.

Die Bekl., Google Inc., betreibt eine Internetsuchmaschine, die u.a. auch eine Funktion für eine sog. Bildersuche hat. I.R.d. Trefferliste der Suchmaschine der Bekl. werden im Zusammenhang mit der Worteingabe aufgefundene Bilder in verkleinerter und bzgl. ihrer Pixelanzahl reduzierter (ca. 100 x 150 Bildpunkte), komprimierter Form (Speicherbedarf nur ca. 4 bis 5 KB) „daumennagelgroß“ als Miniaturansichten (sog. „Thumbnails“) angezeigt. Die „crawler“ bzw. „robots“ der Suchmaschine durchsuchen das Internet intervallmäßig und ununterbrochen. Die Thumbnails werden zum Zwecke der Beschleunigung der Suche auf Servern der Bekl. in den USA gespeichert.

Die Kl. hat die Auffassung vertreten, die Anzeige von Verkleinerungen der Bilder, die sie auf ihrer Homepage eingestellt habe, verletze ihre Urheberrechte. Dies gelte insb. auch für die Anzeige der Thumbnails von Bildern, die sie selbst bereits von ihrer Homepage entfernt habe. Sie hat erstinstanzlich (nach entsprechend eingeschränkt bewilligter Prozesskostenhilfe durch den Senat in einem Beschwerdeverfahren) Unterlassung, Beseitigung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. sowie der ehemaligen weiteren Bekl., der Google Germany GmbH, verlangt.

Die Bekl. hat die Abweisung der Klage begehrt. Sie hat die Auffassung vertreten, durch die Darstellung von Thumbnails würden Rechte der Kl. nicht verletzt. Die Bekl. sei schon nicht Werknutzerin. Jedenfalls liege aber eine konkludente Einwilligung der Kl. schon darin, dass sie ihre Bilder frei zugänglich ins Internet eingestellt habe. Die einfach möglichen Maßnahmen, ihre Internetseite durch Aufnahme entsprechender Befehle so zu programmieren, dass die „crawler“ der Suchmaschine keinen Zugriff mehr auf von der Kl. eingestellte Inhalte nehmen würden, habe die Kl., was unstreitig blieb, nicht vorgenommen. Vielmehr habe die Kl., was von dieser nicht bestritten wurde, eine sog. Suchmaschinenoptimierung durch Aufnahme und ständige Aktualisierung von Begriffen als Meta-Elementen vorgenommen.

Das LG hat nach Beweisaufnahme die Klage mit der Begründung abgewiesen, eine konkludente Einwilligung der Kl. sei anzunehmen. Die ehemalige Bekl. sei bereits nicht passiv legitimiert. Der Senat hat der Bekl. für das beabsichtigte Berufungsverfahren wegen ihres gegen die Google Inc. gerichteten Unterlassungsbegehrens PKH bewilligt, den Antrag auf Gewährung von PKH wegen der beabsichtigten Berufung gegen die vom LG (MMR 2007, 393) abgewiesenen Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche sowie der gegen die Google GmbH gerichteten Ansprüche jedoch zurückgewiesen.

Die Kl. trägt vor, sie wolle zwar, dass ihre Homepage gefunden werde, nicht aber, dass ihre Kunst als Thumbnail abgebildet werde. Die Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, Abbildungen von Kunstwerken der Kl. zu vervielfältigen und/oder vervielfältigen zu lassen und/oder über das Internet zugänglich zu machen und/oder zu bearbeiten oder umzugestalten, wie es in Form sog. Thumbnails i.R.d. Bildersuchmaschine der Bekl. geschehen ist. Die Bekl. beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Aus den Gründen

... II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. I.E. zu Recht hat das LG die Klage abgewiesen, weil die Kl. einen urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 UrhG ... ggü. der Bekl. nicht mit Erfolg geltend machen kann.

1. Die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist, von der Bekl. nicht in Zweifel gezogen, jedenfalls

insoweit gegeben, als es sich um die Geltendmachung von unzulässigen Verwertungen des auf deutsches Recht gegründeten Urheberrechts der Kl. seitens der Bekl. handelt, die im Inland begangen wurden (vgl. OLG München GRUR 1990, 677). Dies ist jedenfalls, wie unter 3 c) noch

OLG Jena: OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 409

auszuführen sein wird, insoweit der Fall, als die Bekl. Umgestaltungen von Bildern als Thumbnails in der Trefferliste ihrer Suchmaschine in Deutschland, auch in Weimar (§ 32 ZPO), anzeigt und damit verwertet. Maßgeblich ist deshalb auch deutsches Urheberrecht (vgl. BGH GRUR 2003, 328 - Sender Felsberg).

2. Die Kl. genießt Urheberrechtsschutz an den von ihr ins Internet eingestellten, eigenen Bildern. Unzweifelhaft sind die auf Leinwand gemalten oder mit anderen Techniken hergestellten Bilder der Kl. schutzfähige Werke der bildenden Kunst i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG. Dadurch, dass die Kl. selbst Bilder von diesen Bildern in digitalisierter Form ins Internet eingestellt hat, geht dieser Urheberrechtsschutz nicht verloren. Denn der Urheberrechtsschutz beruht in einem solchen Falle nach wie vor auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG, weil die Digitalisierung des jeweiligen Werks durch die Kl. eine Vervielfältigung darstellt, die in dieser Form weiterhin schutzfähig ist, da die den Urheberrechtsschutz begründenden Gestaltungselemente erhalten bleiben. Ob der Urheberrechtsschutz im Falle der eingestellten Bilder auch auf § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG oder auch auf § 72 Abs. 1 UrhG beruht, weil die geringen Anforderungen (vgl. Dreier/Schulze, § 2 UrhG Rdnr. 195, 196) an die (fotografische) Gestaltungshöhe auch bei der vorliegend überwiegend reproduktiven Fotografie erfüllt sind, kann wegen der Art der von der Bekl. vorgenommenen Nutzungshandlungen und der Bedeutungslosigkeit der Schutzfristen für den vorliegenden Fall unentschieden bleiben.

3. Es liegt auch eine widerrechtliche Verletzung des Urheberrechts durch die Bekl. vor.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob bereits die Herstellung von Verkleinerungen bzw. Komprimierungen der Bilder mit stark reduzierter Pixelanzahl und die Ablage dieser Thumbnails auf Speichermedien eine Vervielfältigung der Werke der Kl. i.S.v. § 16 Abs. 1 UrhG darstellt. Weil solche Vervielfältigungs- bzw. Speicherhandlungen unstrittig in den USA bzw. auf in den USA gelegenen Speichermedien der Bekl. erfolgen, wäre die Beurteilung der Rechtmäßigkeit solcher Nutzungshandlungen der deutschen Gerichtsbarkeit entzogen und wäre eine Unterlassungsklage insoweit unzulässig.

b) Es kann auch unentschieden bleiben, ob die Bekl. bei der Anzeige der Thumbnails in der Trefferliste ihrer Suchmaschine in das Recht der Kl. nach § 19a UrhG eingreift. Das wäre allerdings dann zu verneinen, wenn man davon ausgeht, dass § 19a UrhG nur das öffentliche Zugänglichmachen des Werks selbst, nicht aber eine Umgestaltung bzw. Verkleinerung oder Komprimierung in Form von Thumbnails erfasst.

c) Jedenfalls greift die Bekl. durch das Anzeigen, also Verwerten dieser Thumbnails i.R.d. (bestimmungsgemäß auch in Deutschland bzw. Thüringen abrufbaren) Trefferliste ihrer Suchmaschine in das dem Urheber vorbehaltene Recht nach § 23 UrhG ein.

aa) Die von der Bekl. erstellten und in der Trefferliste der Suchmaschine angezeigten Thumbnails sind sonstige Umgestaltungen i.S.v. § 23 UrhG (so auch Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 764). Dabei spielt die umstrittene Frage, wie Bearbeitungen und sonstige Umgestaltungen i.S.v. § 23 UrhG voneinander abzugrenzen sind, keine entscheidende Rolle. Denn Thumbnails weisen als bloße Verkleinerung bzw. Komprimierung keine eigene schöpferische Gestaltungshöhe auf (so zur Abgrenzung: Fromm/Nordemann/Vinck, § 23 UrhG Rdnr. 1, HK/Dreyer, § 23 UrhG Rdnr. 5), sondern sind allein technisch bedingte und technisch herbeigeführte Veränderungen eines Werks. Der bloßen Verkleinerung bzw. Komprimierung kommt auch keine eigenständige, dem Werk dienende Funktion zu (so abgrenzend Dreier/Schulze, § 23 UrhG Rdnr. 5; Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rdnr. 4). Die Verkleinerung und Komprimierung dient allein den Zwecken der Bekl. bei der technischen Ausgestaltung ihrer Bildersuche, nicht aber dem jeweiligen Werk der Kl. Ein Vergleich von Originalbild und Thumbnail ergibt, dass bei Letzterem die prägenden, schöpferischen Gestaltungselemente des Originals übernommen werden, sodass eine für den Fall der Veröffentlichung und Verwertung einwilligungsbedürftige unfreie Benutzung i.S.v. § 23 UrhG vorliegt. Die bloße Änderung der Pixelanzahl ändert daran nichts, weil auch das verkleinert dargestellte Bild in seinen wesentlichen schöpferischen Zügen genauso gut erkennbar ist wie das Original.

bb) Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, ihre Trefferliste mit Thumbnails gehöre zum Bereich der (zustimmungsfrei zu verwertenden) freien Benutzung i.S.v. § 24 UrhG. Indem die Bekl. die gängige Formulierung aufgreift, wonach eine freie Benutzung dann vorliege, wenn die Züge des benutzten Werks „verblässen“, und dies darauf zu übertragen versucht, dass bei einer Reduzierung der Pixelanzahl das Werk außer als Miniaturansicht gar nicht mehr als solches wahrnehmbar sei, verkehrt sie den Grundgedanken des § 24 UrhG in sein Gegenteil. Denn § 24 UrhG privilegiert allein eine selbstständige Neuschöpfung, die einen ausreichenden künstlerischen Abstand zum benutzten Werk aufweist. Davon kann wegen der rein maschinengesteuerten Zusammenstellung der Trefferliste, die deshalb auch kein schutzfähiges Datenbankwerk i.S.v. § 4 Abs. 2 UrhG sein kann, und wegen der schlichten technischen Veränderung bei der Herstellung eines jeden einzelnen Thumbnails nicht die Rede sein. Die Bilder der Kl. werden in verkleinerter Form schlicht verwertet und nicht zum Ausgangspunkt für eine eigenschöpferische Leistung genommen.

cc) Dass die Thumbnails gleichzeitig einen ... zulässigen Link zur Ursprungsseite der Kl. darstellen, der als solcher urheberrechtlich nicht zu beanstanden ist (vgl. BGH GRUR 2003, 958 [= MMR 2003, 719 m. Anm. Wiebe] -

Paperboy), spielt bei der Beurteilung der Frage, ob und wie in Urheberrechte der Kl. bei der Gestaltung des „Linkankers“ i.R.d. Trefferliste eingegriffen wird, keine Rolle (so auch Ott, ZUM 2007, 119, 126). Denn die Gestaltung des Linkankers in Form eines Thumbnails geht über die rein technische Verknüpfung von Internetinhalten hinaus.

dd) Das Anzeigen der Thumbnails in der Trefferliste der Suchmaschine stellt eine Verwertung der Umgestaltung dar, da unzweifelhaft eine der in §15 Abs. 2 UrhG dem Urheber vorbehaltenen Handlungen vorgenommen wird, wenn Thumbnails durch die Bekl. auf eigenen Internetseiten als Linkanker für jeden Internetnutzer zugänglich angezeigt werden. Das Bearbeitungsrecht des Urhebers erfasst auch in § 15 UrhG nicht genannte Verwertungsarten (vgl. Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rdnr. 13).

ee) Die Bekl. ist insoweit bei der Umgestaltung der Originalbilder und der Anzeige von Thumbnails in der Trefferliste ihrer Suchmaschine auch urheberrechtlich verantwortlicher Werknutzer und stellt nicht nur technische Hilfsmittel zur Nutzung zur Verfügung. Den von der Bekl. angeführten Sachverhalten, wie sie z.B. den

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 410

Entscheidungen des BGH „Kopienversanddienst“ (GRUR 1999, 707), „Verteileranlagen“ (GRUR 1994, 45) oder der Entscheidung des OLG Köln zum Sharehoster (MMR 2007, 786) zu Grunde lagen, ist das Umgestalten von Bildern und das Anzeigen von Thumbnails nicht vergleichbar.

Die Bekl. stellt zwar grds. (nur) einen Internetsuchdienst zur Verfügung. Die Bekl. nimmt aber eine eigene Verwertungshandlung vor, nämlich das Umgestalten der Originalbilder und das Anzeigen von Verkleinerungen bzw. Komprimierungen des aufgefundenen Bilds. Dadurch greift die Bekl. selbstverantwortlich in das Urheberrecht der Kl. ein, indem sie das Werk umgestaltet und zugleich verwertet. Sie nutzt das Bild dabei selbst für ihre Zwecke, nämlich der einfachen und von ihr für sinnvoll gehaltenen Darstellung des „Treffers“ i.R.d. Suchmaschinenergebnisliste. Mit der Gestaltung des „Linkankers“ (eines ansonsten an sich zulässigen Links) stellt sie nicht nur einen technischen Vorgang zur Verfügung, der anderen die Werknutzung möglich macht. Die Bekl. überlässt die Frage der Nutzung eines in der Trefferliste ihrer Suchmaschine angezeigten Bilds als Linkanker insoweit nicht dem Suchenden, sondern hat das Originalwerk infolge der „Aufbereitung“ für die Trefferliste bereits selbst genutzt, und zwar auf Grund einer eigenen, bewussten und letztlich nur maschinell ausgeführten Entscheidung, aufgefundene Bilder in Thumbnails umzugestalten. Die bei der Indexierung der Bilder durch die „robots“ der Suchmaschine vorgenommenen maschinellen Zwischenspeicherungen sind (s.o. unter 3.a) nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

Eine andere, wertende Betrachtung scheidet für den Senat auch im Lichte der von der Bekl. aufgeführten Rspr. des BGH aus. Die Bekl. verliert ihre Nutzereigenschaft nicht deshalb, weil der Rechteinhaber durch das Einstellen des Bilds ins Internet über dessen Nutzbarkeit bzw. Indexierbarkeit entscheidet. Zwar trifft es zu, dass der Urheber durch das Einstellen eines Bilds in das Internet darüber entscheidet, ob das Bild von Suchmaschinen überhaupt erst gefunden werden kann, weil Suchmaschinen nur im Internet eingesetzt werden. Die Entscheidung, Bilder ... in Form von Thumbnails umzugestalten sowie anzuzeigen und nicht nur auf Speichermedien zu vervielfältigen, trifft aber allein die Bekl. Der ins Internet einstellende Urheber gibt dies nicht vor, er bedient sich (i.S.e. wertenden Betrachtung) auch insoweit nicht der Suchmaschine bei einer eigenen Verwertungshandlung.

ff) Die Verwertung von Umgestaltungen i.S.v. § 23 UrhG durch die Bekl. ist auch rechtswidrig.

(1) Eine gesetzliche Schrankenregelung, die eine Einwilligung des Urhebers in die Verwertung der Thumbnails durch die Bekl. entbehrllich machen könnte, greift vorliegend nicht ein.

(a) § 44a UrhG ist nicht einschlägig, weil die Anzeige von Thumbnails in Trefferlisten einer Suchmaschine keine lediglich flüchtige oder begleitende Vervielfältigungshandlung ohne eigenständige wirtschaftliche Bedeutung darstellt. Trefferlisten von Suchmaschinen zeigen die Thumbnails dauerhaft an und bieten dem Verwerter eine Vielzahl von Einnahmemöglichkeiten, insb. durch Werbung. Von dieser eng auszulegenden Vorschrift werden Umgestaltungen i.S.v. §23 UrhG zudem gar nicht erfasst.

(b) Auf § 58 Abs. 1 UrhG kann sich die Bekl. nicht berufen. Zum einen ist sie in Bezug auf die von der Kl. im Internet „ausgestellten“ Bilder nicht Veranstalter i.S.v. § 58 Abs. 1 UrhG, sondern lediglich Dritter, dem die Privilegierung des § 58 Abs. 1 UrhG nicht zugute kommen kann (vgl. Dreier/Schulze, § 58 UrhG Rdnr. 5). Zum anderen lässt § 58 Abs. 1 UrhG die sonstige Umgestaltung eines Werks i.S.v. § 23 UrhG nicht zu. Eine erweiternde Auslegung der urheberrechtlichen Schrankenvorschrift scheidet aus, zumal das rein kommerzielle Interesse der Bekl. an der Verwendung von Thumbnails zur Steigerung der Attraktivität ihrer Bildersuchmaschinen keine schutzwürdige Position darstellt (vgl. hierzu ausf. Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 772). Es existiert entgegen der Auffassung der Bekl. kein Rechtsgrundsatz dahingehend, dass ein vielfach gewünschtes oder für sinnvoll gehaltenes Geschäftsmodell nicht durch urheberrechtliche Abwehrensprüche „gefährdet“ werden dürfe. Vielmehr spricht auch der BGH in seiner Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“ (GRUR 2007, 890, 894 Tz. 39 [= MMR 2007, 634 m. Anm. Jürgens/Köster]) nur von Geschäftsmodellen, die von der Rechtsordnung gebilligt werden. Die Rechtsordnung billigt Geschäftsmodelle unter Inkaufnahme von Urheberrechtsverletzungen jedoch gerade nicht.

(c) Auf § 53 UrhG kann sich die Bekl. ebenfalls nicht berufen. Einer der privilegierten Nutzungstatbestände im Sinne dieser Norm liegt ersichtlich nicht vor, weil die Verwertung (auch) erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient und es sich nicht bloß um die Erstellung einer Privatkopie durch einen Dritten handelt, sondern um eine Nutzung in Form

der Umgestaltung.

(d) Schließlich scheidet auch aus, die Thumbnails als zulässige Zitate i.S.v. § 51 UrhG anzusehen. Dabei kann dahinstehen, ob die Verkleinerung des Bilds der Kl. noch von § 62 Abs. 3 UrhG gedeckt ist. Zwar ist infolge der Änderung der Formulierung des neu gefassten § 51 UrhG nicht mehr zwingend Voraussetzung, dass die das Bildzitat aufnehmende Trefferliste Werkcharakter hat, was zweifellos zu verneinen wäre. Jedenfalls aber fehlt es an einem berechtigten Zitzatzweck. Zitate sollen zur Erleichterung der geistigen Auseinandersetzung Belegfunktion haben (BGH GRUR 1986, 59, 60 - Geistchristentum). Eine irgendwie geartete geistige Auseinandersetzung findet i.R.d. Darstellung eines Bilds in einer Trefferliste, die rein maschinell zusammengestellt wird und oftmals auch völlig abwegige Treffer zeigt, nicht statt. Die Bekl. kann sich auch nicht darauf berufen, der Zitzatzweck sei die Ermöglichung einer technisch nicht anders möglichen Bildersuche im Internet. Auch die in ihrer Neuformulierung etwas weiter gefasste Schranke des § 51 UrhG bleibt eng auszulegen. Dass der Gesetzgeber die Problematik von Thumbnails in Trefferlisten bei der (den Zitzatzweck nicht ändernden) Neufassung des § 51 UrhG vor Augen gehabt hat, ist der Gesetzesbegründung, die lediglich allgemein von einer Anpassung an die Informationsgesellschaft spricht, nicht zu entnehmen. Vielmehr sollte die Zitierfreiheit nicht grundlegend erweitert werden, sondern nur bei einigen Werkarten (Film- und Multimediawerken) präzisiert werden (vgl. Gesetzentwurf mit Begr. BT-Drs. 16/1828). Mit der vom Gesetzgeber erwogenen „vorsichtigen“ Erweiterung der Zitierfreiheit ist der von der Bekl. geforderte Zitzatzweck nicht in Einklang zu bringen.

Die von der Bekl. geforderte Erweiterung des Zitzatzwecks ist auch nicht verfassungsrechtlich geboten. Die Überlegung, dass Art. 5 GG zu Gunsten eines Suchmaschinenbetreibers streiten könnte (vgl. OLG Hamburg MMR 2007, 315, 316), kann i.R.e. Gesamtabwägung nicht durchdringen. Denn die Bekl. berücksichtigt bei der von ihr gewünschten

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 411

Bestimmung eines erweiterten Zitzatzwecks die durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Urheber an einer angemessenen Beteiligung überhaupt nicht. Die Bekl. stellt ihre (grds. als sinnvoll anerkannte) Suchmaschine nicht aus ideellen Gründen der Internetgemeinschaft zur Verfügung. Es ist allgemein bekannt, dass ihr Unternehmenszweck z.B. die Erzielung von Werbeeinnahmen ist, wobei sie auch und gerade Trefferlisten bzw. Suchmaschinenergebnislisten als Werbefläche vermarktet, selbst wenn dies z. Zt. bei der Bildersuche noch nicht der Fall zu sein scheint. Nutzt die Bekl. aber Bilder zur Steigerung der Effizienz und der Anschaulichkeit ihrer Trefferliste, dann diene eine Privilegierung dieses Vorgehens über § 51 UrhG nur ihren eigenen kommerziellen Interessen, ohne die Urheber zu beteiligen. Eine Trefferliste stellt auch keine bisher unerkannte neue Form der geistigen Auseinandersetzung dar, die eine Erweiterung der Schranke bzw. des Zitzatzwecks rechtfertigen könnte. Vielmehr ist die von einer Suchmaschine generierte Trefferliste lediglich Hilfsmittel zum möglichen Auffinden von Inhalten im Internet. Es handelt sich also nicht um eine die privilegierte Nutzung ersetzende oder zu ihr hinzutretende Nutzungsart (vgl. hierzu BGH GRUR 2002, 605, 606 - Verhüllter Reichstag; BGH GRUR 2002, 963, 966 [= MMR 2002, 739 m. Anm. Hoeren und Waldenberger] - Elektronischer Pressespiegel).

(2) Eine die Rechtswidrigkeit ausschließende Einwilligung seitens der Kl. liegt nicht vor. Eine Einwilligung hat grds. in Zusammenhang mit der Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechts zu erfolgen (so statt vieler: Schricker/Loewenheim, § 23 UrhG Rdnr. 19; HK/Dreyer, § 23 UrhG Rdnr. 24; Wandtke/Bullinger, § 23 UrhG Rdnr. 8; offen gelassen von OLG Hamburg ZUM 2001, 507; a.A. Fromm/Nordemann/Vinck, § 23 UrhG Rdnr. 3). Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre unter Berücksichtigung der Besonderheiten der urheberrechtlichen Zweckübertragungslehre (vgl. BGH GRUR 1986, 458 - Oberammergauer Passionsspiele I; HK/Dreyer, § 23 UrhG Rdnr. 26).

(a) Ausdrücklich hat die Kl. der Bekl. kein entsprechendes Nutzungsrecht eingeräumt. Eine ausdrückliche Erklärung der Einwilligung, die auch und gerade von den „crawlern“ oder „robots“ der Suchmaschinen „verstanden“ werden kann, wäre aber auch nach dem Vortrag der Bekl. tatsächlich technisch möglich. Denn es wäre (in Anlehnung an den Vortrag zur Sperrung des Zugriffs von Suchmaschinenroboten) technisch möglich, eine Website mit der Programmzeile „Googlebot-Image Allow“ zu versehen, um die Einwilligung ausdrücklich zum Ausdruck zu bringen.

(b) Die Bekl. kann sich entgegen der Auffassung des LG nicht darauf berufen, es läge eine konkludente Einwilligung seitens der Kl. dadurch vor, dass diese ihre Bilder ins Internet eingestellt hat.

(aa) Zwar scheidet eine konkludente Einwilligung nicht bereits daran, dass die Kl. im Zusammenhang mit der Zugänglichmachung ihrer Bilder einen Urhebervermerk angebracht hat. Denn die Anbringung eines Urhebervermerks oder eines Copyrightvermerks, wenn er sich neben dem Namen einer natürlichen Person befindet, hat lediglich die Bedeutung, dass die Urheberschaft der genannten Person vermutet wird (Schricker/Loewenheim, §10 UrhG Rdnr. 8). Ein Hinweis auf eine Rechtsinhaberschaft (Copyrightvermerk) hat keine Bedeutung im Hinblick auf einen Erklärungsinhalt dahingehend, dass der Rechteinhaber jegliche Nutzung des Werks, z.B. auch diejenigen, die mit der Vervielfältigung eines Werks im Arbeitsspeicher bei dessen (von der Kl. unzweifelhaft gewünschten) Betrachtung durch den Internetnutzer einhergehen, untersagen wollte. In Bezug auf das Gestatten oder Nichtgestatten von Nutzungshandlungen hat der Copyrightvermerk vielmehr überhaupt keinen Erklärungswert. Auf die Argumentation der Bekl., dass die Suchmaschine technikbedingt einen einfachen Copyrighthinweis als einen der Indexierung und Umgestaltung entgegenstehenden Willen gar nicht erkennen und verstehen könnte, kommt es nicht mehr entscheidend an. Es fehlt jedoch an einem für eine konkludente Einwilligung erforderlichen, ausreichenden Erklärungsinhalt durch ein tatsächliches Verhalten der Kl.

(bb) Eine konkludente Willenserklärung liegt vor, wenn ein Wille nicht unmittelbar in der Erklärung seinen Ausdruck findet, sondern auf Grund von äußeren Umständen, also mittelbar auf den rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden muss (MüKo-BGB/Kramer, vor § 116 Rdnr. 22; Staudinger/Singer, vor § 116 BGB Rdnr. 53). Auch wenn die objektive Bedeutung eines Verhaltens aus Sicht des Erklärungsempfängers maßgeblich ist und ggf. Vorrang vor einem abweichenden subjektiven Willen des Erklärenden haben kann (so BGH WM 2005, 1089, 1091), so werden bei konkludenten Willenserklärungen i.S.v. Genehmigungen oder Einwilligungen grds. subjektive Mindestanforderungen gestellt (Staudinger/Singer, vor § 116 BGB Rdnr. 44 ff.), die darin bestehen, dass der Erklärende mit der seinem Handeln beigelegten Bedeutung wenigstens rechnet.

Grds. sind deshalb auch gerade an die Annahme von Einwilligungen in tatbestandlich vorliegende Urheberrechtsverletzungen strenge Anforderungen zu stellen (Dreyer/Meckel, § 97 UrhG Rdnr. 15). Einem engen Verständnis entspricht die im Urheberrecht anerkannte Zweckübertragungslehre. In dieser Auslegungsregel kommt zum Ausdruck, dass die urheberrechtlichen Befugnisse die Tendenz haben, soweit wie möglich beim Urheber zu verbleiben, damit dieser an den Erträgen seines Werks in angemessener Weise beteiligt wird. Dies bedeutet, dass im Allgemeinen nur diejenigen Nutzungsrechte stillschweigend eingeräumt sind, die für das Erreichen des Vertragszwecks unerlässlich sind. Dagegen kann die Einräumung von über den Vertragszweck hinausgehenden Nutzungsrechten nur angenommen werden, wenn ein entsprechender Parteiwille - und sei es nur auf Grund der Begleitumstände und des schlüssigen Verhaltens der Beteiligten - unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist (BGH GRUR 2004, 938, 939 - Comic Übersetzungen III).

Durch das Einstellen von Bildern zur freien Betrachtung und ohne technische Schutzmaßnahmen ins Internet hat die Kl. keine konkludente Willenserklärung in Hinblick auf eine Nutzungsrechtseinräumung wegen der Umgestaltung ihrer Bilder zu Thumbnails durch eine Suchmaschine i.S.v. § 23 UrhG abgegeben. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des eigenen Vortrags der Kl., dass sie daran interessiert sei, dass ihre Homepage bzw. ihre Bilder von möglichst vielen Internetnutzern angeschaut werden. Die abweichende Auffassung des LG, die auch in der Lit. angesprochen wird (vgl. Berberich, MMR 2005, 145, 147; Braun, jurisPR-ITR 6/2006 Anm. 4 als Anm. zu LG Bielefeld, U. v. 8.11.2005; mit Einschränkungen: Ott, ZUM 2007, 119, 126 f., sehr weitgehend auch Schrickler/Wild, § 97 UrhG Rdnr. 40 m), vermag den Senat nicht zu überzeugen (so auch LG Hamburg MMR 2004, 558, 561 f.; Schack, GRUR 2007, 639, 643; Gercke, MMR 2005, 557, 558; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 776 ff.).

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 412

(cc) Das Einstellen von Bildern ins Internet allein kann einen Erklärungsinhalt in Bezug auf eine Einwilligung in Nutzungen in Form von Umgestaltungen nicht haben. Derjenige, der Bilder frei ins Internet einstellt, will lediglich erreichen, dass sie von anderen Internetnutzern angesehen werden können. Ein darüber hinausgehender Wille, irgendwelche Nutzungsverträge abzuschließen oder auch nur Einwilligungen zu erteilen, geht damit vernünftigerweise nicht einher, weil dies originären Urheberinteressen widersprechen würde. Der Urheber, der einen Werkgenuss ermöglichen will, willigt grds. nicht darin ein, dass Nutzungshandlungen vorgenommen werden, die über den ungehinderten Werkgenuss hinausgehen. Auf Grund der nicht absehbaren Entwicklungen in Hinblick auf die technischen Möglichkeiten des Internet und darin vorkommender Verwertungsformen liegt ein solch allgemeiner Wille desjenigen, der Bilder ins Internet einstellt, fern.

(dd) Etwas anderes gilt nicht deshalb, weil der Urheber, der Bilder ins Internet einstellt, weiß, dass diese von Suchmaschinen gefunden werden können. Zwar ist davon auszugehen, dass durchaus jeder Internetnutzer bzw. Gestalter von Internetseiten weiß, dass es Suchmaschinen gibt. Ein Wille, dass Suchmaschinen Bilder aus Internetseiten auffinden und als Thumbnails anzeigen dürfen, lässt sich allein daraus aber nicht herleiten. Zwar mag dies im Einzelfall denkbar sein, wenn Internetseiten dergestalt werbeunterstützt sind, dass ein wesentliches Interesse besteht, auf diesen Seiten „Traffic zu generieren“. Eine für jeden Internetnutzer gültige konkludente Erklärung lässt sich aus solchen Einzelfällen aber nicht herleiten, insb. im Falle der Kl. nicht, die allein aus dem Umstand, wie oft ihre Internetseite aufgefunden wird, unstreitig keinerlei Einnahmen erzielt.

Das Einstellen von Bildern ins Internet kann außerdem auf ganz verschiedenen Beweggründen beruhen, die nicht alle (z.B. bei privaten Bildern) selbstverständlich zum Inhalt haben, dass ein Auffinden und Umgestalten durch Suchmaschinen und damit durch möglichst viele Internetnutzer nachgerade gewünscht wird. Die Bekl. kann und darf einen Rechtsfolgewillen in Bezug auf eine Einwilligung auch nicht von demjenigen erwarten, der sich über eine Verwertung seiner urheberrechtlich geschützten Werke durch die Bekl. im Rahmen ihrer Suchmaschine bei der Einstellung dieser Werke auf eigene Internetseiten überhaupt keine Gedanken macht. Ein derartiges Schweigen im Rechtsverkehr kann nicht die Bedeutung einer konkludenten Einwilligung haben, weil der insoweit Schweigende nach Treu und Glauben nicht verpflichtet gewesen wäre, eine Erklärung abzugeben, und die Bekl. dies auch nicht einschränkungslos, also für alle Internetseitenbetreiber gleich, erwarten durfte (BGH NJW 1990, 1601). Eine allgemeine Verkehrssitte, die für alle diejenigen, die Bilder ins Internet stellen, gültig ist, ist nämlich, wie ausgeführt, nicht festzustellen. Da es um die Frage der Einwilligung in Umgestaltungen geht, kommt es auf die von der Bekl. angestellten Überlegungen zur konkludenten Einwilligung in das intervallartige Indexieren und das Anzeigen von Informationen in Suchmaschinentrefferlisten in dieser allgemeinen Form nicht an.

(ee) Die Argumentation der Bekl., jeder, der, obwohl technisch einfach möglich, es nicht verhindere, dass crawler ihre Seiten „durchforsten“ und dabei bestimmte Inhalte wie Bilder herauslesen, gebe eine konkludente Willenserklärung des Inhalts ab, er sei mit der Umgestaltung und Verwertung durch Suchmaschinen einverstanden, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen (so auch Ott, ZUM 2007, 119, 127 Fußn. 49; Gercke, MMR 2005, 557, 558; Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 780). Eine solche Sichtweise widerspricht allgemeinen Grundsätzen, wonach sich der Nutzer um die Einräumung eines Nutzungsrechts bemühen, nicht hingegen der Urheber die

unbefugte Nutzung seines Werks verhindern muss. Technisch mögliche Sperren können dienlich sein, ihr Fehlen kann aber nicht als Freigabe für jede beliebige Form gewerblicher Drittnutzung verstanden werden (OLG Hamburg GRUR 2001, 831). Selbst Wild (Schrickler/Wild, §97 UrhG Rdnr. 19) formuliert, dass nicht jede Freigabe totale Fremdnutzung meint. Gerade die Einwilligung in Umgestaltungen ist daher aus dem Verhalten der Kl., mögliche Schutzmaßnahmen zu unterlassen, grds. nicht herzuleiten. Daran ändert auch nichts, dass die Schutzmaßnahmen, die ggü. den „crawlern“ der Verfügungsbekl. einzusetzen wären (Programmzeile „Googlebot-Image Disallow“), sehr einfach zu bewerkstelligen sind und von einer Vielzahl von Programmierern beherrscht werden. Denn nicht jeder Gestalter einer mit Bildern versehenen Homepage nutzt die technischen Möglichkeiten, die die Anweisungen an die Suchmaschinen-Robots in der robots.txt-Datei oder die Anwendung von Meta-Elementen eröffnen, oder wäre dazu verpflichtet, sie zu nutzen, nur weil die Bekl. sie anbietet.

Der Bekl. ist es auch verwehrt, sich insoweit auf internationale Standards z.B. des WWW-Konsortiums W3C oder des Robots Exclusion Standard Protocols zu berufen. Zwar mag es sein, dass insoweit bestimmte Standards festgelegt sind. Diese können aber weder für Deutschland geltende urheberrechtliche Grundsätze ersetzen noch Einfluss auf die Auslegung von Willenserklärungen haben. Denn auch hier setzt die Bekl. in unzulässiger Weise voraus, dass die Standards oder die von ihr geschaffenen technischen Möglichkeiten von jedermann gekannt und verwendet werden. Der Inhalt einer Willenserklärung, gerade in Bezug auf die Einräumung von Nutzungsrechten, kann aber nicht danach bestimmt werden, was bestimmte (ggf. marktbeherrschende) Verwerter an Erklärungsinhalt oder entgegenstehendem Erklärungsinhalt erwarten. Vielmehr müssen insoweit allgemeine Grundsätze Gültigkeit behalten, die im Zweifelsfalle nahe legen, dass ein Urheber Nutzungen durch Dritte nicht ungefragt hinnehmen will.

(ff) Die Bekl. kann sich nicht darauf berufen, die Bildersuchmaschine in der vorliegenden Form, also mit der Darstellung von Thumbnails in der Trefferliste, entspreche dem Bedürfnis der Gemeinschaft der Internetnutzer und sei durch Art. 5 GG gerechtfertigt. Zwar wirken die Grundrechte insb. bei der Auslegung von Generalklauseln auch in das Privatrecht hinein (vgl. z.B. BVerfG NJW 1999, 1322). Die Grundsätze von Treu und Glauben, wie sie bei der Auslegung von Willenserklärungen oder Verträgen nach §§ 133, 157 BGB berücksichtigt werden müssen, gebieten aber auch im Lichte der Grundrechte, auf die sich die Bekl. bezieht (insb. Art. 2, 5, 12 GG), nicht eine bestimmte Auslegung des Parteiwillens. Auf §242 BGB vermögen Grundrechte nur auszustrahlen, wenn es um einen objektiven Maßstab des rechtlichen Sollens geht (vgl. BGHZ 16, 8).

Dass Suchmaschinen auch vom BGH i.Ü. grds. für sinnvoll oder unentbehrlich gehalten werden (vgl. jeweils in anderem rechtlichen Zusammenhang BGH, a.a.O. - Paperboy und OLG Hamburg MMR 2007, 315), weist der Bekl. bei der Bewertung der Widerrechtlichkeit von Verwertungshandlungen keine an ein Allgemeininteresse geknüpfte Sonderrolle zu. Interessen der Allgemeinheit werden

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 413

durch gesetzliche Schrankenregelungen berücksichtigt, grundrechtlich relevante Positionen vermögen darüber hinaus im vorliegenden Falle keinen weiteren Rechtfertigungsgrund darzustellen. Die Gestaltung des Linkankers als Thumbnail mag sinnvoll sein, ist aber, wie ausgeführt, auch unter Wahrung der genutzten Urheberrechte nicht ausgeschlossen, sodass das Suchmaschinenangebot der Bekl. nicht grds. in Frage gestellt ist. I.Ü. muss der Nutzer, dessen Informationsfreiheit die Bekl. geschützt wissen will, gerade bei der Bildersuche auch bei Vorhandensein eines Thumbnails die Relevanz des in der Trefferliste angebotenen Links stets selbst überprüfen. Daher gebietet das Allgemeininteresse im Falle der Kl. kein Hinnehmen von Einschränkungen bzw. Rechtsnachteilen.

(gg) Die Bekl. kann sich nicht auf ein „Prinzip des mangelnden Interesses“ berufen. Es erscheint schon im Ausgangspunkt fraglich, ob ein fehlendes Interesse an der Aufrechterhaltung einer durch die Rechtsordnung zugewiesenen Rechtsposition Beurteilungsmaßstab bei der Auslegung einer (konkludenten) Willenserklärung sein kann. Denn nicht jede „unschädliche“ Beeinträchtigung einer eigentumsähnlichen Position kann als vom Rechtsinhaber hingenommen oder hinzunehmen bezeichnet werden. Auch eine Interessenabwägung findet bei der Auslegung von (konkludenten) Willenserklärungen nicht statt. Nach der Auffassung des Senats können solche Überlegungen daher nur bei der Beurteilung der Frage zum Zuge kommen, ob die Geltendmachung von Rechtsbeeinträchtigungen rechtsmissbräuchlich ist.

Bei der Nutzung des Urheberrechts durch Erstellung und Anzeige von Thumbnails kann von einem fehlenden Interesse überdies nicht ohne weiteres die Rede sein. Dass eine individuelle Lizenzierung vernünftigerweise nicht zu erwarten und/oder praktisch nicht durchführbar ist (vgl. Ott, ZUM 2007, 119, 127), spricht zwar eher gegen ein Interesse der Kl. an der Verhinderung der Umgestaltung ihrer Bilder durch eine Suchmaschine. Ein berechtigtes Interesse des Urhebers besteht aber spätestens ab dem für die Kl. wie für alle Urheber völlig unvorhersehbaren Moment, in dem der Suchmaschinenbetreiber seine mit Thumbnails bestückte Trefferliste der Bildersuche genauso kommerziell verwertet wie die Trefferliste der Wortsuche, was letztlich Geschäftsziel der Bekl. ist. Außerdem dürfen die rein wirtschaftlichen Interessen des Urhebers bei der Beurteilung, ob seinem Verhalten der Wille zur Einwilligung in eine Umgestaltung zu entnehmen ist, nicht allein ausschlaggebend sein. Denn der Urheber ist auf Grund des anerkannten Urheberpersönlichkeitsrechts auch in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk geschützt (§ 11 Satz 1 UrhG), gerade wenn es sich um umgestaltende Verwertungen handelt (§§ 14, 39 UrhG).

(hh) Auf Grund all dieser Überlegungen kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass nicht jeder, der ein Bild zur freien Ansicht und ohne die von der Bekl. angebotenen Sperrmaßnahmen ins Internet einstellt, konkludent einwilligt, dass sein Werk i.S.v. § 23 Abs. 1 UrhG durch eine Suchmaschine genutzt wird. Für eine konkludente Einwilligungserklärung der Kl. fehlen ausreichende Anhaltspunkte. Die Verwertung von Bildern der Kl. durch die Bekl. stellt vielmehr grds. einen rechtswidrigen Eingriff in die dem Urheber vorbehaltenen Rechte dar. ...

4. Gleichwohl steht der Kl. ein Unterlassungsanspruch im vorliegend zu entscheidenden Falle i.E. nicht zu, weil dessen Geltendmachung rechtsmissbräuchlich ist (§ 242 BGB). Dies folgt aus dem Umstand, dass die Kl. eine „Suchmaschinenoptimierung“ in der Gestalt vorgenommen hat, dass den Suchmaschinen der Zugriff auf ihre Seite erleichtert wird, die „crawler“ der Suchmaschine sozusagen „angelockt“ werden. Dass die Kl. eine solche „Suchmaschinenoptimierung“ durch die Aufnahme zahlreicher Meta-Elemente, die sie ständig aktualisiert und ändert, vorgenommen hat, ist von der Bekl. bereits erstinstanzlich detailliert vorgetragen worden. Sie hat beschrieben, welche Wortlisten die Kl. im Quellcode in der Befehlszeile zu „Meta Name = keywords Content“ eingefügt hat, damit die Seite der Kl. bevorzugt als Suchtreffer angezeigt wird. Die Kl. hat diesem detaillierten Vortrag der Bekl. zu den von ihr vorgenommenen Maßnahmen in Bezug auf die Programmierung ihrer Internetseite nicht widersprochen. Auch die Bildersuche der Bekl. arbeitet, das ist unstreitig, textgestützt, was bedeutet, dass die Aufnahme von „anlockenden“ Meta-Elementen auch die Bildersuche beeinflusst.

a) In einer solchen Situation ist das Berufen der Kl. auf eine fehlende Einwilligung zur Verwertung ihrer Bilder durch Suchmaschinen rechtsmissbräuchlich und treuwidrig i.S.v. § 242 BGB (venire contra factum proprium). Dabei kann dahinstehen, ob - wozu der Senat neigt - ein treuwidriges Verhalten der Kl. allein in der Einnahme eines Rechtsstandpunkts liegt, der mit ihrem eigenen früheren Verhalten in unlösbarem Widerspruch steht (BGHZ 130, 371), oder ob sie durch die Ausnutzung der Suchmaschinenoptimierung bei der Bekl. als Suchmaschinenbetreiberin ein - vom Senat für fraglich gehaltenes - schutzwürdiges Vertrauen geweckt hat, das darin besteht, dass jedenfalls von demjenigen, der mit den Suchmaschinen-Robots „kommuniziert“, auch die möglichen Programmierungen in Bezug auf die Blockierung von Suchmaschinenindexierungen von Bildern erwartet werden. Jedenfalls ist es widersprüchlich, ein mangelndes Einverständnis mit der Indexierung und Verwertung durch eine (ebenfalls textgestützte) Bildersuchmaschine im Prozess zu behaupten, gleichzeitig aber tatsächlich Handlungen vorzunehmen, die eine Indexierung durch Suchmaschinen ermöglichen und sogar erleichtern, und die auf einer bewussten technischen Ansteuerung bzw. Beeinflussung der Suchmaschinenteknik beruhen.

b) Die Kl. kann sich auch nicht darauf berufen, ihr Interesse habe sich lediglich darauf bezogen, dass „ihre Kunst“ im Internet aufgefunden werde, nicht aber, dass die Bekl. sie in Form von Thumbnails nutze. Denn durch ihre Beeinflussung der Meta-Elemente i.R.d. Programmierung ihrer Homepage hat die Kl. zu erkennen gegeben, dass sie insgesamt am Zugriff durch Suchmaschinen interessiert ist. Sie darf sich dann auch nicht gegen ein Verfahren (also die Umgestaltung in Thumbnails) wenden, das bei der Bildersuche üblich ist.

c) Etwas anderes gilt für den vorliegenden Fall auch nicht, soweit es darum geht, dass bei der Bildersuche der Bekl. nach der Behauptung der Kl. Thumbnails von Bildern angezeigt werden, die die Kl. selbst bereits von ihrer eigenen Internetseite genommen hat, von denen sie also nicht mehr möchte, dass sie im Internet zu sehen sind. Hierzu hat jedoch die Kl., insb. auch mit der Berufungserwiderung, ausführlich und nachvollziehbar vorgetragen, dass das „Entfernen von der Homepage“, also das Löschen des Links zwischen Speicherplatz des Bilds und Homepage, nicht bedeutet, dass das Bild am eigenen Speicherort oder an anderen technisch bedingten Zwischenspeicherorten nicht mehr vorhanden ist. Da die „crawler“ der Bekl. das Internet insgesamt und maschinell durchsuchen, müssen aber auch solche Speicherungen gelöscht werden, damit

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008 Heft 6, 414

die Bilder von der Suchmaschine nicht mehr gefunden werden können. Solches hat die Kl. nicht ausreichend vorgetragen. Ihr Vortrag mit Zeugenbeweisangebot, Bilder seien auf ihrer Homepage bzw. dem Server nicht mehr abgelegt gewesen, reicht dazu im Lichte des detaillierten Beklagtenvortrags nicht aus. Es fehlt jeglicher Tatsachenvortrag dazu, wie welche Speicherungen gelöscht worden sein sollen und ob diese Löschung vollständig war.

Von der Kl. unbestritten blieb i.Ü. der Vortrag der Bekl., dass die eingesetzte Technik ihrer „crawler“ und das intervallmäßige Durchsuchen tatsächlich dazu führen, dass vollständig entfernte Bilder schnellstmöglich nicht mehr aufgefunden und dann auch nicht mehr in Trefferlisten angezeigt werden. Auch wenn die Intervalle nicht im Einzelnen bekannt sind, unternimmt die Bekl. (was auch von ihr verlangt werden muss) nach dem vom Senat seiner Entscheidung zu Grunde zu legenden Sachverhalt alles zur Zeit technisch Mögliche zur Aktualisierung ihrer Suchergebnisse.

5. ... Die Revision war zuzulassen, da die Beurteilung der anstehenden Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung hat und eine Vielzahl von vergleichbaren Rechtsstreitigkeiten betreffen kann (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). ...

Mitgeteilt von RiOLG Dr. Jochen Schlingloff, Jena.
Anmerkung

Ob die Betreiber von Suchmaschinen Thumbnails verwenden dürfen, ist urheberrechtlich umstritten. Die gegen Google gerichtete Unterlassungsklage einer bildenden Künstlerin, die auf ihrer Homepage Abbildungen eigener Werke eingestellt hatte, war in beiden Instanzen erfolglos. Doch ist Googles Prozessserfolg nur ein scheinbarer, denn das OLG Jena hat die tragende Begründung der Vorinstanz, die eine konkludente Einwilligung angenommen hatte (LG Erfurt MMR 2007, 393 = CR 2007, 391 m. zust. Anm. Berberich), mit Recht ausdrücklich verworfen und damit die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Nutzung als Thumbnails festgestellt. Nur wurde der Kl. im speziellen Fall zum Verhängnis, dass sie den Zugriff von Suchmaschinen auf ihre Webseite durch die Verwendung von Metatags gezielt erleichtert hatte: Wer das tut, handelt nach (der insoweit irrigen) Ansicht des OLG rechtsmissbräuchlich, wenn er später den mittels Thumbnails erfolgten Zugriff auf die Bilder verhindern will. Die Kl. hat beim BGH PKH zur Durchführung einer Revision beantragt.

1. Die internationale Zuständigkeit stützt das OLG auf eine doppel funktionale Anwendung von §32 ZPO. Zu denken war vorrangig an das europäische Recht, hier an den Gerichtsstand der Beklagtenmehrheit in Art. 6 Nr. 1 EuGVO. Er wäre analog anwendbar gewesen, wenn die Kl. noch einen dritten Bekl. aus einem anderen Mitgliedstaat, z.B. Google Frankreich, mitverklagt hätte (h.M., vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 360). Dass die Bekl. Google Germany GmbH nach Rechtshängigkeit aus dem Prozess ausgeschieden ist, stünde der Fortdauer der internationalen Zuständigkeit auch für Ansprüche gegen die in den USA ansässige Google Inc. nicht entgegen (perpetuatio fori, vgl. Schack, a.a.O., Rdnr.393). Für die hier einschlägige Tatortzuständigkeit des §32 ZPO (und genauso des Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ) muss eine urheberrechtlich relevante in Deutschland begangene Verwertungshandlung bezeichnet werden. Das ist hier die öffentliche Zugänglichmachung (§19a UrhG) der Thumbnails zum Abruf in Deutschland, auch wenn diese nur auf einem in den USA belegenen Server von Google Inc. gespeichert sein sollten (zum zweiaktigen Tatbestand des Online-Übermittlungsrechts Schack GRUR 2007, 639, 640 m.w.Nw.). Letzteres ist in diesem Verfahren nicht bestritten worden, jedoch sehr fraglich, denn Google betreibt etliche Server auch außerhalb der USA (vgl. Kubis, ZUM 2006, 370, 377 zu Google Book Search).

2. In der Sache ist deutsches Urheberrecht anwendbar. Für den Inhalt und die Schranken der urheberrechtlichen Befugnisse folgt dies aus dem Schutzlandprinzip, für die Rechtsfolgen ihrer Verletzung aus dem Deliktsstatut (Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 920, 924) gem. Art. 40 Abs. 1 EGBGB, das künftig (ab dem 11.1.2009) von Art. 8 Abs. 1 der Rom II-VO (EG) Nr. 864/2007 v. 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht unmittelbar durch die lex loci protectionis bestimmt wird. Anspruchsgrundlage war hier also §97 UrhG.

3. Als geschützte Werke sieht das OLG die von der Kl. selbst geschaffenen Werke der bildenden Kunst (§2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG). Deren Digitalisierung ist eine bloße Vervielfältigung (Schack, UrhR, Rdnr. 378) und als solche (entgegen dem OLG unter II. 2) niemals schutzfähig. Das OLG erkennt auch nicht klar genug, dass die Werke der bildenden Kunst nur mittelbar, nämlich über eine analoge oder digitale Fotografie, digitalisiert worden sind. Bei diesen Fotografien kann es sich um einfache Lichtbilder (§72 UrhG) oder um Lichtbildwerke (§2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) handeln (hierzu Lehment, Das Fotografieren von Kunstgegenständen, 2008, S. 23 ff.; Schack, Kunst und Recht, 2004, Rdnr. 838 f.). In jedem Fall sind solche Fotografien von den abgebildeten Kunstwerken strikt zu trennende Schutzgegenstände, für die grds. allein der Fotograf aktivlegitimiert ist. Sollte die Kl. ihre Kunstwerke nicht selbst fotografiert haben, dann hätte sie den Erwerb von Nutzungsrechten darlegen müssen und auch eine konkludente Einwilligung grds. nur mit Zustimmung des Fotografen gem. §§34 Abs. 1, 35 Abs. 1, 72 Abs. 1 UrhG erklären können.

4. Bei der Bestimmung der betroffenen Verwertungsrechte tut sich das OLG unnötig schwer. In Form der von ihr geschaffenen Thumbnails hat die Bekl. die Fotografien und zugleich die abgebildeten Kunstwerke der Kl. öffentlich zugänglich gemacht (§19a UrhG); dass dies in umgestalteter bzw. verkleinerter Form geschehen ist, spielt insoweit keine Rolle. Auf die Herstellung der Thumbnails will das OLG (unter II. 3. a) nicht abstellen, weil diese Vervielfältigungshandlungen in den USA erfolgt seien. Anders als das OLG annimmt, wären sie allein deshalb aber noch nicht „der deutschen Gerichtsbarkeit entzogen“ und eine Unterlassungsklage insoweit auch nicht unzulässig. Vielmehr hätte der Unterlassungsanspruch dann nach Maßgabe des US-amerikanischen Urheberrechts als lex loci protectionis geprüft und die Klage ggf. als unbegründet abgewiesen werden müssen (Thumbnails als fair use, 17 USC §107, angesehen hat Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 [9th Cir. 2003]). An der deutschen Gerichtsgewalt fehlt es hier jedenfalls nicht (vgl. Schack, IZVR, Rdnr. 509).

Das OLG (unter II.3.c) sieht die maßgebliche Verwertungshandlung stattdessen im „Anzeigen, also Verwerten dieser Thumbnails“ als einer Bearbeitung i.S.v. §23 UrhG. Das „Anzeigen“ der Bearbeitung, wenn es sich überhaupt um eine solche handelt, ist jedoch nichts anderes als deren öffentliche Zugänglichmachung i.S.v. §19a UrhG und nicht etwa (entgegen dem OLG unter II.3.c) ein unbenanntes Verwertungsrecht des §15 Abs. 2 UrhG. Fraglich, aber

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails

MMR 2008 Heft 6, 415

nicht entscheidungsrelevant, war deshalb nur, ob hier neben §19a auch §23 UrhG einschlägig war.

Die automatische Verkleinerung und digitale Komprimierung von Abbildungen ist selbstredend keine schöpferische Leistung, die ein Bearbeiturerheberrecht (§§3 Satz 1, 2 Abs.2 UrhG) auslösen könnte, darum aber entgegen dem OLG (unter II.3.c)aa), und Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 761, 763 f. [erst recht verfehlt ist es, deshalb eine Vervielfältigung i.S.v. §16 UrhG zu leugnen! 766-769]) längst noch keine „andere Umgestaltung“ i.S.v. §23 UrhG. Vielmehr fallen kleinere Abweichungen, die gewöhnlich mit jeder (analogen) Vervielfältigung einhergehen, wie auch eine Digitalisierung des Werks, allein unter das Vervielfältigungsrecht des §16 UrhG (zu den Auswirkungen vgl. Schack, UrhR, Rdnr. 424). Das gilt auch und gerade für Verkleinerungen in Form von Thumbnails (Vogel, in: Schrickler, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, §72 UrhG Rdnr. 26; Schack, GRUR 2007, 642 f.; LG Erfurt MMR 2007, 391, 392). Das Bearbeitungsrecht als Verwertungsrecht greift dagegen erst bei größeren Abweichungen, d.h. nichtschöpferischen Umgestaltungen, insb. solchen, die eine Entstellung i.S.v. §14 UrhG bewirken. Für derart weitgehende Umgestaltungen war hier jedoch nichts vorgetragen.

Das OLG hätte daher deutlich schneller zu den entscheidungserheblichen Fragen vorstoßen können, ob Googles Eingriff in das Verwertungsrecht des §19a UrhG durch eine Schranke oder eine konkludente Einwilligung der Kl. gedeckt war.

5. Die Schranke der freien Benutzung gem. §24 UrhG war hier schon deshalb nicht einschlägig, weil die Bekl. mit den

Thumbnails kein selbstständiges Werk geschaffen hat (OLG unter II.3.c) bb); ausf. LG Hamburg MMR 2004, 558, 561 - Thumbnails). Thumbnails sind auch keine technisch unvermeidlichen vorübergehenden Vervielfältigungen i.S.v. §44a UrhG. Und auf die Katalogbildfreiheit des §58 Abs. 1 UrhG kann sich die Bekl. nicht berufen, weil Veranstalter der öffentlichen Ausstellung nicht sie, sondern die Kl. ist (vgl. Schrader/Rautenstrauch, UFITA 2007, 771 f.). Dass §58 Abs. 1 UrhG von vornherein keinerlei Umgestaltungen zulässt (OLG unter II.3.c) ff) (1)(b)), ist so pauschal nicht richtig, vgl. demgegenüber §62 Abs. 3 UrhG.

I.E. mit Recht lässt das OLG auch die Schranke der Zitierfreiheit nicht greifen. I.R.d. Zweiten Korbs (Gesetz v. 26.10.2007, BGBl. I, S. 2513) ist §51 UrhG durch die heute nur noch beispielhafte Aufzählung vorsichtig erweitert worden (RegE, BT-Drs. 16/1828, S. 25). Entgegen dem OLG hat der Gesetzgeber jedoch keineswegs darauf verzichtet, dass das zitierende Werk selbst urheberschutzfähig sein muss (Schack, UrhR, Rdnr. 487). Die Neufassung betont in §51 Satz 1 UrhG zwei Mal den besonderen Zweck des Zitats: Um zulässig zu sein, muss es Belegfunktion haben. Die Bekl. selbst macht die Werke jedoch nicht zum Gegenstand geistiger Auseinandersetzung, sondern sie erleichtert möglichen Nutzern nur, sie aufzufinden und sie ggf. später in die geistige Auseinandersetzung einzubringen. Eine Wiedergabe von Werken mit dem Zweck, dass andere sich mit ihnen auseinandersetzen, ist jedoch von der Zitierfreiheit des §51 UrhG nicht gedeckt. Neben den urheberrechtlichen Schranken kann sich die Bekl. nicht unmittelbar auf die von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Informationsfreiheit berufen (vgl. Schack, UrhR, Rdnr. 481b); auch gestattet diese niemandem, geschützte Informationen unter Verstoß gegen das Urheberrecht allgemein öffentlich zugänglich zu machen. Abgesehen davon stehen hinter dem vorgeschobenen Allgemeininteresse meist handfeste Eigeninteressen, hier an der Kombination der Trefferlisten mit der Vermarktung von Werbeflächen.

6. Da die Werknutzung in Form von Thumbnails durch keine der Schranken des Urheberrechts gedeckt ist, kommt es allein darauf an, ob die Kl. ausdrücklich oder konkludent der Nutzung als Thumbnails zugestimmt hat. Das kann durch die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts oder durch eine schuldrechtliche Einwilligung geschehen, vgl. §§29 Abs. 2, 31 Abs. 2 UrhG. Technisch wäre es durchaus möglich, dass die Suchmaschinen-Robots, bevor sie die Thumbnails generieren, eine ausdrückliche Einwilligung abfragen (OLG unter II.3.c) ff) (2)(a)). Das ist hier nicht geschehen, vielmehr will die Bekl. der Kl. die Obliegenheit zuschieben, die Tätigkeit der Crawler durch eine entsprechende Programmierung („Googlebot-Image Disallow: /“) zu verhindern. Diesem ungenierten Versuch, Kosten des Rechtsverletzers auf den Rechtsinhaber zu verlagern, erteilt das OLG (unter (2)(b)(ee)) eine erfreulich klare Absage. Wer einem anderen ein Auto stiehlt, kann sich zur Rechtfertigung auch nicht darauf berufen, dass der Eigentümer es durch eine zusätzliche Wegfahrsperrung hätte sichern können.

Eine konkludente Einwilligung, für die die Bekl. darlegungs- und beweispflichtig ist, müsste hier deshalb auf ein positives Tun gestützt werden. Dem Copyrightvermerk der Kl. spricht das OLG jeglichen Erklärungswert ab. Doch könnte man ihm über §10 UrhG hinaus u.U. die Erklärung entnehmen, grds. keine über die gesetzlichen Schranken des Urheberrechts hinausgehenden Nutzungshandlungen dulden zu wollen. Der Copyrightvermerk spricht damit eher gegen eine konkludente Einwilligung. An eine konkludente Willenserklärung müssen, wie das OLG zutreffend ausführt, hier schon wegen der Zweckübertragungsregel des §31 Abs. 5 UrhG besonders strenge Anforderungen gestellt werden. Das wird durch den 2002 angefügten Satz 2 noch einmal hervorgehoben.

Wer Bilder ins Internet stellt, will, dass diese gefunden, betrachtet und ggf. verlinkt werden (zulässig nach BGHZ 156, 1, 11 = MMR 2003, 719 m. Anm. Wiebe - Paperboy). Über die für das Betrachten erforderlichen Vervielfältigungen hinausgehende Nutzungshandlungen, zumal solche von gewerblichen Unternehmen, werden damit nicht konsentiert. Der Betreiber einer Homepage hat keinen Anlass, Dritten irgendwelche Nutzungsrechte einzuräumen oder schuldrechtliche Einwilligungen vorab zu erteilen, erst recht nicht, wenn er, wie häufig, nicht selbst Urheber der Abbildungen ist. Das ist aus dem objektiven Empfängerhorizont auch klar erkennbar. Eine konkludente Einwilligung in die Nutzung als Thumbnails scheidet damit grds. aus (Schack GRUR 2007, 643, und außer den vom OLG Genannten auch Harte-Bavendamm/Jürgens, in: FS Schricker, 2005, S. 33, 47; Dreier/Schulze, UrhG, 2. Aufl. 2006, §16 UrhG Rdnr. 14; a.A. noch Heerma, in Wandtke/Bullinger, Praxiskomm. zum Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, §16 UrhG Rdnr. 21).

7. Indes weist der hier streitige Sachverhalt die Besonderheit auf, dass die Kl. durch den zusätzlichen Einsatz von Metatags im „Head“-Bereich die Suchmaschinen „angelockt“ und so die Zugriffe auf ihre Webseite und damit zwangsläufig auch auf die in ihr enthaltenen Abbildungen gezielt gesteigert hat. Das OLG (unter II.4.) wertet diesen Umstand erst i.R.e. Rechtsmissbrauchs gem. §242 BGB. Doch liegt es auf den ersten Blick wesentlich näher, dieses

OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails

MMR 2008 Heft 6, 416

Verhalten der Kl. bereits bei der konkludenten Einwilligung zu prüfen.

Wer Metatags oder „hidden content“ einsetzt, möchte, dass seine Webseite gefunden und vorrangig gelistet wird (vgl. OLG Rostock MMR 2008, 116). Diese Einwilligung in die Indexierung und Kurzanzeige des Texts (snippets) bezieht sich jedoch zunächst nur auf die Textsuche. Die Bildersuche ist demgegenüber ein zusätzlicher, eigenständiger Dienst der Suchmaschinenbetreiber, der zwar auf einer Textsuche aufbaut, aber die Suchergebnisse urheberrechtlich wesentlich stärker nutzt, nämlich durch Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung der Werke als Thumbnails. Die Selbstständigkeit der Bildersuche zeigt sich auch in dem möglichen Steuerungsbefehl „Googlebot-Image Disallow: /“, den man indes der Kl., wie eben erwähnt, nicht abverlangen kann. Deshalb liegt hier auch keine konkludente Einwilligung der Kl. in die Bildersuche vor.

Erst recht kann der Erklärungsempfänger, zumal wenn es sich wie hier um ein marktbeherrschendes Unternehmen

handelt, den Erklärungswert eines gegen ihn gerichteten Verhaltens nicht einseitig selbst definieren; für einen solchen Erklärungswert wäre eine allgemein akzeptierte Verkehrssitte (§157 BGB) oder ein Handelsbrauch (§346 HGB) erforderlich. Diese Auslegungsgrundsätze lassen sich ebenso wie §31 Abs. 5 UrhG auch nicht unter Berufung auf Art. 5 GG überspielen, wie das OLG richtig erkennt (unter II.3.c) ff) (2)(b) (ff)). Die vom Gesetzgeber definierten Schranken des Urheberrechts müssen verfassungskonform ausgelegt, dürfen jedoch nicht nach Gutdünken durch die Fiktion einer konkludenten Einwilligung überspielt werden. Allein aus der Unentbehrlichkeit von Suchmaschinen folgt noch nicht, dass deren Betreiber die Resultate auch als Thumbnails vervielfältigen und öffentlich zugänglich machen dürfen. Thumbnails mögen für den schnellen Überblick nützlich sein, unverzichtbar sind sie aber nicht. Gerade bei Werken der bildenden Kunst kann deren extreme Verkleinerung dem Urheber unerwünscht sein, gleich ob man sie als eine Entstellung i.S.v. §14 UrhG wertet oder nicht. Und wenn künftig die Suchmaschinenbetreiber mit der Trefferliste Werbeeinnahmen generieren, gibt es überhaupt keinen Grund, den Urheber nicht an diesen Nutzungserträgen partizipieren zu lassen, vgl. §11 UrhG.

8. Hieraus folgt zwingend, dass eine gewöhnliche Suchmaschinen-Optimierung durch den Einsatz von Metatags für die Textsuche und ein späteres Vorgehen gegen die Bildersuche in Form von Thumbnails kein widersprüchliches Verhalten und damit nicht rechtsmissbräuchlich i.S.v. §242 BGB ist. Dies hat das OLG (unter II.4.b) verkannt, weil es nicht ausreichend zwischen Text- und Bildersuche differenziert hat.

9. Was nun soll ein Suchmaschinenbetreiber tun, der auf die Nutzung von Thumbnails nicht verzichten und sich rechtstreu verhalten will? Eine individuelle Lizenzierung (§§16, 19a, 72 Abs.1 UrhG) scheidet praktisch aus, wenn der Bildurheber sie nicht von sich aus durch die Programmzeile „Googlebot-Image Allow: /“ erklärt hat (vgl. Ott, ZUM 2007, 119, 127). Abzuwarten, bis ein betroffener Urheber sich meldet und Ansprüche geltend macht, sollte sich schon wegen der Strafdrohung (§§106, 108 Abs. 1 Nr. 3, 108a UrhG) verbieten. Weil ausdrückliche Einwilligungen aller Rechteinhaber illusorisch sind, kann die Lösung nur in einer kollektiven Wahrnehmung der Thumbnail-Nutzungsrechte durch die VG Bild/Kunst bestehen. Deren Wahrnehmungsvertrag regelt diese Frage bislang nicht (§1 Nr. 1 lit. m betrifft nur Google Book Search). Das Außenseiterproblem müsste überdies der Gesetzgeber durch eine §13c Abs. 2 WahrnG entsprechende Vorschrift lösen. Der gradlinigere Weg, eine gesetzliche Schranke i.V.m. einem verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsanspruch einzuführen, dürfte dagegen von Art. 5 Abs. 3 lit.o Harmonisierungs-RL versperrt sein, der eine Freistellung digitaler Nutzungen gerade nicht erlaubt.

Das mag, wer mit einem neuen Geschäftsmodell den Markt erobern will, als lästig oder unzumutbar empfinden. Doch darf er sich darum noch längst nicht über die für alle geltenden (urheber-)rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Tätigkeit hinwegsetzen (sehr klar das OLG unter II.3.c) ff) (1)(b)). Ob Kopienversanddienste (erst jüngst unter Einschränkungen legalisiert durch §53a UrhG), Shift-TV (verboten, vgl. Schack, GRUR 2007, 642 m.w.Nw.) oder Thumbnails - Geschäftsmodellen, die fremde Urheberrechte nutzen und nicht von den urheberrechtlichen Schranken gedeckt sind, droht die rote Karte. Sie dem Suchmaschinenbetreiber Google deutlich gezeigt zu haben, ist das Verdienst des OLG Jena.

Prof. Dr. Haimo Schack, Universität Kiel.

Anm. d. Red.: Die Vorinstanz ist abgedruckt in MMR 2007, 393.