

Dr. Daniel Hürlimann

Zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen

En date du 12 avril 2012, la Cour fédérale d'Allemagne a publié les motifs de son deuxième arrêt de principe relatif à la recherche d'images. Le tribunal arrive à la conclusion que la reproduction d'une image miniature par un moteur de recherche d'images est admissible, si la représentation d'un tiers a été publiée sur Internet avec l'accord de l'ayant droit. L'auteur considère comme problématique l'extension de la présomption de consentement à des situations supplémentaires et estime que la reproduction des images miniatures dans un moteur de recherche d'images est couverte, à tout le moins par le droit suisse, par la liberté de citation. (sl)

Catégorie(s) : Informatique et droit ; Droit d'auteur ; Contributions

Proposition de citation : Daniel Hürlimann, Zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen, in : Jusletter 30 avril 2012

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Technische Grundlagen
3. Die Urteile des Bundesgerichtshofes (BGH)
 - 3.1. Zum Grundsatzurteil Vorschaubilder
 - 3.2. Ausdehnung der Einwilligung in Vorschaubilder II
 - 3.3. Kritik
4. Rechtslage in der Schweiz
 - 4.1. Urheberrecht für Fotos und Bildzitat
 - 4.2. Zitatziel und -umfang
 - 4.3. Quellenangabe
 - 4.4. Ergebnis
5. Fazit und Ausblick

1. Einleitung

[Rz 1] Nachdem der Bundesgerichtshof 2010 sein erstes Grundsatzurteil zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen fällte¹, hat er im Folgejahr die Reichweite dieser Rechtsprechung auf weitere Konstellationen ausgedehnt². Im vorliegenden Beitrag wird nach einer kurzen Zusammenfassung der beiden Urteile diese Entwicklung kritisch gewürdigt, bevor auf die Rechtslage in der Schweiz eingegangen wird. Abschliessend soll ein kurzer Ausblick auf mögliche Entwicklungen in Deutschland und der Schweiz gegeben werden.

2. Technische Grundlagen

[Rz 2] Die technische Funktionsweise von Suchmaschinen lässt sich vereinfacht in drei Schritten darstellen: Beim *Crawling* werden mit einem sogenannten Crawler, Robot oder Spider Websites ermittelt, welche in den Index der Suchmaschine aufgenommen werden³. Beim anschliessenden *Indexing* werden die vom Crawler erfassten Daten analysiert und strukturiert. Als Ergebnis resultiert eine Tabelle mit einer Liste aller vorkommenden Begriffe und den zugehörigen Fundstellen in Form von URLs⁴. Wenn nun ein Suchbegriff eingegeben und die Suche ausgelöst wird, muss die Liste der Webseiten, welche den Suchbegriff enthalten, in eine Reihenfolge gebracht werden, idealerweise nach absteigender Relevanz⁵. Die Reihenfolge wird im dritten Schritt, dem *Ranking*, festgelegt, wobei die vom Suchmaschinenbetreiber angewendeten Ranking-Faktoren massgeblich für die Nutzerzufriedenheit und damit den Erfolg einer Suchmaschine sind.

[Rz 3] Die Bildersuche ermöglicht das Recherchieren nach Bildern anhand passender Stichworte. Bei der Bildersuche

handelt es sich neben der Textsuche um die meistgenutzte Suchfunktion zum Auffinden von Informationen im Internet⁶. Als Suchergebnis wird eine Auflistung von Thumbnails angezeigt. Dabei handelt es sich um Miniaturbilder, d.h. auf eine niedrige Auflösung herabskalierte Versionen der zur Suchanfrage passenden Bilddateien⁷. Ein zentraler Unterschied zur Textsuche ist bei der Ergebnispräsentation die Wiedergabe des Gesamtbildes, in reduzierter Auflösung, gegenüber der Wiedergabe lediglich eines Textausschnittes. Technisch unterscheidet sich die stichwortgestützte Bilder- und Videosuche von der Textsuche vorab darin, dass das Suchobjekt nicht als solches durchsucht wird, sondern die relevanten Schlüsselwörter nur über Umwege erfasst und einem Bild oder Video zugeordnet werden⁸. Dabei hat sich die Erschliessung mittels Umgebungstexten als technisch relativ einfache Lösung mit befriedigenden Ergebnissen durchgesetzt⁹.

[Rz 4] Möchte ein Website-Betreiber aus irgendwelchen Gründen seine Inhalte nicht von Suchmaschinen erfasst haben, stehen ihm dazu verschiedene Mittel zur Verfügung. Eine naheliegende Möglichkeit, die sich insbesondere dann aufdrängt, wenn eine möglichst weite Verbreitung von vornherein nicht erwünscht ist, ist der Passwortschutz eines Webauftritts oder gewisser Bereiche davon. Es kann aber auch sein, dass eine Seite für jedermann zugänglich sein soll, die Inhalte aber trotzdem nicht von einer Suchmaschine erfasst werden sollen oder dass die Seite zwar grundsätzlich auch über Suchmaschinen auffindbar sein soll, einzelne Elemente wie z.B. Bilder aber nicht in den Suchergebnissen erscheinen sollen. Dazu gibt es gewisse Standards, welche von den wichtigsten Marktteilnehmern kommuniziert und beachtet werden, wobei aber eine Erfassung durch Suchmaschinen technisch nicht verunmöglicht wird.

[Rz 5] Der wichtigste Standard ist der sogenannte Robots Exclusion Standard¹⁰. Dabei handelt es sich um einen De-Facto-Standard zur Kommunikation zwischen Website- und Suchmaschinenbetreibern zwecks Anweisung der Crawler, welche Inhalte ausgelesen werden dürfen und welche nicht¹¹. Dazu wird im Stammverzeichnis der Domain eine Textdatei mit Namen robots.txt angelegt, welche nach einem vorgegebenen Schema abgefasste Anweisungen an

¹ Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder).

² Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II).

³ Michael GLÖGGLER, Suchmaschinen im Internet, Berlin 2003, S. 26; Dirk LEWANDOWSKI, Web Information Retrieval, Frankfurt am Main 2005, S. 48.

⁴ Arvind ARASU/Junghoo CHO/Hector GARCIA-MOLINA/Andreas PAEPCKE/Sriram RAGHAVAN, Searching the Web, ACM Transactions on Internet Technology 2001, S. 3.

⁵ LEWANDOWSKI (Fn. 3), S. 89.

⁶ Nadine SCHMIDT-MÄNZ, Untersuchung des Suchverhaltens im Web, Interaktion von Internetnutzern mit Suchmaschinen, Diss. Karlsruhe, Hamburg 2007, S. 143 f.

⁷ Sabine HÜTTNER, 1, 2, 3, 4 Eckstein, keiner muss versteckt sein? – Wer sich im Internet präsentiert, muss mit Google rechnen!, WRP 2010, S. 1009.

⁸ Mark LEVENE, An Introduction to Search Engines and Web Navigation, Harlow 2006, S. 142 f.

⁹ Dirk LEWANDOWSKI/Nadine HÖCHSTÖTTER, Wie effektiv sind Suchmaschinen zur Recherche nach Bildern von berühmten Persönlichkeiten?, in: Marlies Ockenfeld (Hrsg.), Verfügbarkeit von Informationen, Frankfurt am Main 2008, S. 50.

¹⁰ LEVENE (Fn. 8), S. 72; vgl. auch www.robotstxt.org/robotstxt.html.

¹¹ Siehe <http://de.selfhtml.org/diverses/robots.htm> und www.robotstxt.org/orig.html.

Suchmaschinen enthält¹². Auf diesem Weg können einzelne Verzeichnisse und Verzeichnisbäume oder auch der gesamte Inhalt einer Domain der Erfassung durch alle oder einzeln definierte Suchmaschinen entzogen werden¹³. Möglich ist auch der Ausschluss von bestimmten Dateitypen¹⁴.

3. Die Urteile des Bundesgerichtshofes (BGH)

3.1. Zum Grundsatzurteil Vorschaubilder

[Rz 6] In seinem ersten Urteil zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen bzw. der dazu unerlässlichen Thumbnails (der BGH verwendet den Begriff «Vorschaubilder») ging es um eine bildende Künstlerin, die eine eigene Internetseite unterhielt, auf der Abbildungen ihrer Kunstwerke eingestellt waren. Bei Eingabe ihres Namens als Suchwort wurde von der Google-Bildersuche Abbildungen ihrer Kunstwerke als Thumbnails angezeigt.

[Rz 7] Der BGH hat im Urteil «Vorschaubilder» entschieden, dass der Eingriff in das Recht auf Zugänglichmachung nicht rechtswidrig war, weil Google dem Verhalten der Klägerin entnehmen durfte, diese sei mit der Anzeige ihrer Werke im Rahmen der Bildersuche der Suchmaschine einverstanden. Dies wurde aus dem Umstand abgeleitet, dass die Klägerin den Inhalt ihrer Internetseite für den Zugriff durch Suchmaschinen zugänglich gemacht hatte, ohne von technischen Möglichkeiten Gebrauch zu machen, um die Abbildungen ihrer Werke von der Suche und der Anzeige durch Bildersuchmaschinen in Form von Thumbnails auszunehmen.

[Rz 8] Der BGH hat damit eine stillschweigende Einwilligung der Klägerin erkannt, wobei er unterscheidet zwischen dinglicher, schuldrechtlicher und schlichter Einwilligung und lediglich letztere bejaht. Zum Widerruf dieser schlichten Einwilligung genügt unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens auch ein expliziter Hinweis an den Suchmaschinenbetreiber nicht, wenn die technischen Möglichkeiten zur Nichtanzeige von Thumbnails weiterhin nicht genutzt werden¹⁵.

3.2. Ausdehnung der Einwilligung in Vorschaubilder II

[Rz 9] Das am 19. Oktober 2011 ergangene Urteil Vorschaubilder II, zu dem die Begründung seit knapp drei Wochen

vorliegt, dehnt nun die Reichweite der schlichten Einwilligung aus. Kläger war ein Fotograf, der die Fernsehmoderatorin Collien Fernandes ablichtete. Nach einer entsprechenden Suchanfrage¹⁶ wurden in der Bildersuche von Google Thumbnails diese Fotos angezeigt und als Fundort der Abbildungen wurden zwei Internetseiten angegeben¹⁷. Den Betreibern dieser Internetseiten hatte der Kläger die Zugänglichmachung nicht erlaubt, anderen Website-Betreibern dagegen schon¹⁸.

[Rz 10] Aus dem Sachverhalt im Urteil des BGH wie auch der Vorinstanzen geht leider nicht eindeutig hervor, ob diejenigen Website-Betreiber, denen der Kläger die Zugänglichmachung erlaubt hat, technische Vorkehrungen gegen die Erfassung durch Suchmaschinen getroffen hatten oder nicht. Offenbar ergab die Suche lediglich zwei Treffer, wobei der Kläger mit den Betreibern dieser Seiten keine Vereinbarung getroffen hatte.¹⁹ Daraus folgt, dass diejenigen Seiten, deren Betreiber eine explizite Einwilligung hatten, nicht bei den Suchergebnissen erschienen. Dies wiederum lässt vermuten, dass die Betreiber dieser Websites entsprechende Vorkehrungen gegen die Erfassung durch Suchmaschinen getroffen haben. Sollte dies der Fall sein, ist im Urteil des BGH eine deutliche Ausweitung der Einwilligungsargumentation zu sehen, wenn er in Rn. 25 festhält: «Eine wirksame Einwilligung in die Anzeige von Abbildungen der Fotografie als Vorschaubild folgt bereits daraus, dass Abbildungen der Fotografie mit Zustimmung des Klägers von anderen Personen ins Internet eingestellt worden sind.»

3.3. Kritik

[Rz 11] Die Ausweitung der Einwilligung führt dazu, dass man als Rechtsinhaber an einem Bild bzw. Foto nur noch die Wahl hat zwischen einer Aufschaltung im Internet, die automatisch auch zur Aufnahme durch Bildersuchmaschinen führt, oder einer reinen Offline-Verwendung. Dies kann zwar im Ergebnis erwünscht sein. Es erscheint aber widersprüchlich, zunächst eine Einwilligung zu verlangen, diese dann aber in immer breiterem Ausmass auch in stillschweigender Form anzunehmen.

[Rz 12] Sofern keine Schrankenbestimmung greift, leuchtet es nicht ein, weshalb Suchmaschinen auch dann Thumbnails anzeigen dürfen, wenn tatsächlich keine Einwilligung

¹² Als Beispiel sei auf die robots.txt-Datei des Webauftritts von Jusletter verwiesen, abrufbar unter <http://jusletter.weblaw.ch/robots.txt>.

¹³ Vgl. für die einzelnen Befehle www.w3.org/TR/html4/appendix/notes.html#h-B.4.1.1 und für eine Liste von Crawlern www.robotstxt.org/db.html.

¹⁴ GLÖGGLER (Fn. 3), S. 167.

¹⁵ Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder), Rn. 37.

¹⁶ Urteil des LG Hamburg 308 O 248/07 vom 26. September 2008, Rn. 5: «Der Kläger wies die Beklagte [...] darauf hin, dass die im Urteilstenor abgebildete Fotografie unter der URL «<http://images.google.de/images?svb um=10&hl=de&lr=&q=titten+der+woche>» abgerufen werden könne.»

¹⁷ Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II), Rn. 2.

¹⁸ Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II), Rn. 3.

¹⁹ Gemäss Sebastian MEYER, Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2011, K&R 2012, S. 241, waren die Lizenznehmer verpflichtet, die Fotos nur mit technischen Schutzvorkehrungen im Internet zu veröffentlichen, hatten sich aber nicht daran gehalten.

des Rechteinhabers vorliegt und dieser gar keine Möglichkeit hat, technische Vorkehrungen gegen die Erfassung seiner Werke durch Bildersuchmaschinen zu treffen. Unbestritten dürfte sein, dass einem Suchmaschinenbetreiber mit Blick auf das Informationsinteresse der Öffentlichkeit nicht zugemutet werden soll, manuell zu prüfen, ob ein Bild mit dem in einer Abmahnung wiedergegebenen übereinstimmt²⁰. Ebenso ist dem BGH darin beizupflichten, dass eine Abmahnung unbeachtlich ist, wenn der Absender gleichzeitig auf den Einsatz technischer Vorkehrungen gegen die Erfassung durch (Bilder-)Suchmaschinen verzichtet.

[Rz 13] Wenn urheberrechtlich geschützte Bilddateien ohne Zustimmung des Rechteinhabers von Dritten im Internet aufgeschaltet werden, sollte dagegen vorgegangen werden können, sofern keine Schrankenbestimmung anwendbar ist. Da ein Vorgehen gegen die Websites in vielen Fällen zum Vorherein aussichtslos ist, weil z.B. die Betreiber gar nicht ausfindig gemacht werden können, muss ein Vorgehen gegen die Übernahme durch Suchmaschinen möglich sein, sofern dies bei den Betreibern nicht zu unzumutbar hohen Aufwänden führt. Ein möglicher und aufwandmässig zumutbarer Weg ist im Einsatz von Bildvergleichssoftware zu finden. Dass diese bereits heute zuverlässige Ergebnisse liefert, beweist ein Versuch mit der Reverse-Image-Suchmaschine Tineye (www.tineye.com)²¹.

4. Rechtslage in der Schweiz

[Rz 14] In der Schweiz sind bis heute, soweit ersichtlich, keine Urteile zur Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen bekannt. Einziges Urteil im Zusammenhang mit einer Universal-suchmaschine ist das Urteil des Kantonsgerichts Jura vom 12. Februar 2011 betreffend Google Suggest²², welches aus verschiedenen Gründen stark kritisiert worden ist²³.

4.1. Urheberschutz für Fotos und Bildzitat

[Rz 15] Im Unterschied zum deutschen UrhG schützt das schweizerische URG nicht sämtliche Fotografien, «weil die Praxis hier ausnahmsweise versucht, die Schutzvoraussetzungen wirklich ernst zu nehmen, also echte Individualität in

den Aufnahmen zu suchen»²⁴. Das deutsche Urheberrecht kennt neben den in § 2 Abs. 1 Ziff. 5 UrhG genannten Lichtbildwerken einen zusätzlichen Schutz für Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden. Diese werden gemäss § 72 UrhG in entsprechender Anwendung der für Lichtbildwerke geltenden Vorschriften geschützt. Das schweizerische Urheberrecht enthält mit der Nennung fotografischer, filmischer und anderer visueller oder audiovisueller Werke in Art. 2 Abs. 2 lit. g URG eine mit § 2 Abs. 1 Ziff. 5 UrhG vergleichbare Bestimmung; es existiert jedoch kein Pendant zu § 72 UrhG. Während das Bundesgericht Urheberrechtsschutz sogenannter Knipsbilder im Einzelfall prüft²⁵, ist nach deutschem Recht grundsätzlich jedes Knipsbild zumindest als Lichtbild geschützt²⁶.

[Rz 16] Bezogen auf die vom BGH zu beurteilende Fotografie müsste somit nach schweizerischem Urheberrecht zunächst geprüft werden, ob diese überhaupt die Schutzvoraussetzungen erfüllt, d.h. ob es sich um eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 URG handelt. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden.

[Rz 17] In der schweizerischen Lehre zur Zitierfreiheit ist umstritten, ob das Zitieren von Bildwerken überhaupt zulässig ist. Entgegen einzelner Autoren, welche die Anwendung von Art. 25 URG auf Bildwerke grundsätzlich ablehnen²⁷, befürwortet die herrschende Lehre die Zulässigkeit von Bildzitate²⁸. Diese Ansicht ist auch überzeugend, weil im Rahmen einer Auslegung von Art. 25 URG einzig das historische Element gegen die Zulässigkeit des Bildzitats spricht²⁹ und die entsprechende Stelle in der Botschaft³⁰ auf irrigen Annahmen

²⁴ Reto M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, N 111.

²⁵ BGE 130 III 168 E. 4.5 und 5.2, vgl. auch BGE 130 III 714 E. 2.2.

²⁶ Gernot SCHULZE, Art. 2 URG – zum europäischen und deutschen Urheberrecht, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2006.

²⁷ Denis BARRELET/Willi EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl., Bern 2008, Art. 25 N 2 und 8; François DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, S. 356 ff.; Philippe GILLIÉRON, Propriété Intellectuelle et Internet, Lausanne 2003, S. 346; Jacques DE WERRA, Le multimédia en droit d'auteur, RSPI 1995, S. 241 (für fotografische Werke).

²⁸ Rolf AUF DER MAUR, Multimedia: Neue Herausforderung für das Urheberrecht, AJP 1995, S. 439 Fn. 14; Ivan CHERPILLOD, Schranken des Urheberrechts, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 2. Aufl., Basel 2006, S. 296 Fn. 123; Marc O. MORANT, Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht, Diss. Basel 2006, S. 67 ff.; Sandro MACCIACCHINI, Die unautorisierte Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken in Massenmedien, sic! 1997, S. 364 f.; DERS., Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Diss. Zürich, Bern 2000, S. 189; Bernhard WITTEWILER, Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz, AJP 1993, S. 589; Franz RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, S. 289 Fn. 45; Mark SCHWEIZER, Kelly vs. Arriba – Zur Zulässigkeit von Thumbnails und Inlinelinks nach US- und Schweizer Recht, sic! 2003, S. 254.

²⁹ Ausführlich MACCIACCHINI (Fn. 28), S. 184 ff.; Pierre-Emmanuel RUEDIN, La citation en droit d'auteur, Thèse Neuchâtel, Bâle 2010, N 593 ff.

³⁰ Gemäss Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und

²⁰ Urteil des Kantonsgerichts Jura CC 117/2010 vom 12. Februar 2012, E. 4.2.

²¹ Die testweise Eingabe einer URL, unter der das im BGH-Urteil Vorschau-bilder II streitgegenständliche Bild abrufbar ist, ergibt 33 Treffer (Stand am 24. April 2012), vgl. www.tineye.com/search/19a63fdceb2bb82cc2ce340228e0cd03ba7ddb08/.

²² Urteil des Kantonsgerichts Jura CC 117/2010 vom 12. Februar 2012.

²³ Sébastien FANTI, Google suggest : analyse de la première jurisprudence helvétique à l'aune des décisions récentes sur le plan international, in: Jusletter 26 mars 2012, Rz 31 ff.; Dirk LANGER, Le droit à l'oubli à l'épreuve d'Internet, in: Jusletter 12 mars 2012, Rz 70; Thomas WIDMER, Les « suggestions » de Google devant la justice jurassienne, sic! 2012, S. 126 ; Daniel HÜRLIMANN, Suchmaschinenhaftung, Diss. Bern 2012, S. 101 ff.

beruht³¹. Ist ein Bildzitat somit zulässig, so muss konsequenterweise auch das Zitieren des ganzen Bildes möglich sein³².

4.2. Zitzatzweck und -umfang

[Rz 18] Nach der vorliegend vertretenen Auffassung sind Thumbnails in Bildersuchmaschinen urheberrechtlich zulässig, weil sie von der Zitierfreiheit gedeckt sind. Zentrale Streitfrage dieser in Deutschland nahezu einhellig abgelehnten Theorie³³ ist das Kriterium des Zitzatzwecks: Gemäss Art. 25 Abs. 1 URG dürfen veröffentlichte Werke zitiert werden, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitats durch diesen Zweck gerechtfertigt ist. Da Thumbnails in Bildersuchmaschinen *als Hinweis* auf die Seite ihrer Herkunft dienen, ist einer der in Art. 25 Abs. 1 genannten Zitzatzwecke erfüllt.

[Rz 19] In der Schweiz enthält der Gesetzestext seit 1993 keine Hinweise mehr auf die beiden Erfordernisse Werkqualität des Zitzatmediums sowie gedankliche Auseinandersetzung mit dem zitierten Werk. In der Botschaft ist denn auch von einer «Erweiterung des Zitzatrechts» die Rede³⁴, wobei sich

verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Topographien von integrierten Schaltungen (Topographengesetz, ToG) sowie zu einem Bundesbeschluss über verschiedene völkerrechtliche Verträge auf dem Gebiete des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte vom 19. Juni 1989 (BBl 1989 III 477), S. 545, wurde davon abgesehen, auch Werke der bildenden Kunst dem Zitzatrecht zu unterstellen, weil das Vervielfältigungsrecht an Werken der bildenden Kunst kollektiv verwertet werde und es nicht sinnvoll sei, über das Zitzatrecht eine Bresche in diesen bereits organisierten Verwertungsbereich zu schlagen.

³¹ Die kollektive Verwertung von Werken der bildenden Kunst ist nicht die Regel. Siehe dazu MACCIACCHINI (Fn. 28), S. 185 f.; MORANT (Fn. 28), S. 69 f.; RUEDIN (Fn. 29), N 604; SCHWEIZER (Fn. 28), S. 254.

³² Stephan BEUTLER, Multimedia und Urheberrecht, Diss. Bern 1998, S. 40; CHERPILLOD (Fn. 28), S. 297; Sandro MACCIACCHINI, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2006, Art. 25 N 17; Manfred REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, N 145; SCHWEIZER (Fn. 28), S. 254; Roland von BÜREN/Eugen MARBACH/Patrik DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N 361; WITTWEILER (Fn. 28), S. 589 f.

³³ Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder), Rn. 25; Urteil des BGH I ZR 140/10 vom 19. Oktober 2011 (Vorschaubilder II), Rn. 14; Matthias BERBERICH, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, S. 147; Constanin FAHL, Die Nutzung von Thumbnails in der Bildersuche, K&R 2010, S. 439; DERS., Die Bilder- und Nachrichtensuche im Internet, Urheber-, persönlichkeits- und wettbewerbsrechtliche Aspekte, Diss. Kiel, Göttingen 2010, S. 60 f.; Matthias LEISTNER/Felix STANG, Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht, CR 2008, S. 502; Haimo SCHACK, Anmerkung zu OLG Jena: Urheberrechtliche Unzulässigkeit von Thumbnails, MMR 2008, S. 415; Claudia ZIEM, Die Bedeutung der Pressefreiheit für die Ausgestaltung der wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Haftung von Suchdiensten im Internet, Diss. Hamburg, Frankfurt am Main 2003, S. 254 f.

³⁴ Botschaft URG 1989 (Fn. 30, BBl 1989 III 477), S. 611; vgl. auch WITTWEILER (Fn. 28), S. 589, der den Anwendungsbereich des Zitierrechts durch die neu hinzugekommenen Zwecke (Hinweis und Veranschaulichung) als

keine Ausführungen zum Zitzatzweck finden³⁵. In der Literatur wird dennoch am Kriterium der gedanklichen Auseinandersetzung bzw. eines «*lien de connexité*» festgehalten³⁶, indem den zusätzlich zum Erläuterungszweck eingeführten Zweckspezifikationen anhand einer «*etymologischen Analyse*»³⁷ kein eigenständiger Gehalt zuerkannt wird³⁸ oder indem Grundprinzipien entwickelt³⁹ und gestützt darauf die einzelnen Zitzatzwecke eingeschränkt werden⁴⁰.

[Rz 20] Wenn der Gesetzgeber zusätzliche Zitzatzwecke aufnimmt und sich nicht genau dazu äussert, inwiefern das Zitzatrecht damit erweitert werden soll, ist es m.E. nicht zulässig, den Wortlaut von Art. 25 URG auf diesen Wegen einzuschränken⁴¹. Auch der Einwand, dass mit einer Qualifikation von Thumbnails als Hinweise i.S.v. Art. 25 URG überhaupt jede Wiedergabe mit Quellenangabe als Zitzat qualifiziert werden könnte⁴², ist nicht zutreffend, weil der Umfang des Zitats durch dessen Zweck gerechtfertigt sein muss. Wenn trotzdem eine gedankliche Auseinandersetzung verlangt wird, ist es jedoch in sich schlüssig, eine Anwendung der Zitierfreiheit auf Thumbnails abzulehnen⁴³.

[Rz 21] Während ein Zitzat «zur Erläuterung» wohl eine gedankliche Auseinandersetzung voraussetzt, ist dies m.E. bei einem Zitzat «als Hinweis» nicht der Fall. Vielmehr kann gerade ein Thumbnail als Hinweis auf die Website, welche das Bild beinhaltet, eingesetzt werden, ohne dass die Trefferliste der Bildersuchmaschine eine gedankliche Auseinandersetzung mit dem Bildinhalt aufweist⁴⁴. Das Bundesgericht

«beträchtlich und nicht ungefährlich aus[ge]weitete» beurteilt.

³⁵ In der Kommentierung von Art. 24 des Entwurfs, der in der parlamentarischen Beratung keine Änderung erfahren hat, wird lediglich die Veranschaulichung als Kriterium zur Festlegung des Zitzatumfangs genannt; Botschaft URG 1989 (Fn. 30, BBl 1989 III 477), S. 545.

³⁶ MACCIACCHINI (Fn. 32), Art. 25 N 11; MORANT (Fn. 28), S. 170; Corinne TAUFER-LAFFER, Anreicherungen von Online-Bibliothekskatalogen, in: Anne Cherbuin/Bernhard Degg/Liliane Regamey (Hrsg.), Digitale Bibliotheken und Recht, Zürich 2011, S. 65 f.; RUEDIN (Fn. 29), N 441, demgemäss ein inhaltlicher Bezug («*lien thématique*») für das Bejahen eines «*lien de connexité*» nicht ausreicht.

³⁷ MORANT (Fn. 28), S. 171.

³⁸ MORANT (Fn. 28), S. 172.

³⁹ RUEDIN (Fn. 29), N 440 ff.

⁴⁰ RUEDIN (Fn. 29), N 445.

⁴¹ Dass mit dem Begriff Hinweis eine kritische Bezugnahme und Auseinandersetzung mit fremdem Geistesgut gemeint sein soll, lässt sich dem von MORANT (Fn. 28), S. 172, herangezogenen Wörterbuch nicht entnehmen. Auch die von RUEDIN (Fn. 29), N 431, vertretene These, wonach sich das Bundesgericht nicht wirklich auf die einzelnen Zitzatzwecke abstütze, lässt sich nicht aus BGE 131 III 480 ableiten.

⁴² MACCIACCHINI (Fn. 32), Art. 25 N 15.

⁴³ MACCIACCHINI (Fn. 32), Art. 25 N 15; MORANT (Fn. 28), S. 276 f.; RUEDIN (Fn. 29), N 484, 618.

⁴⁴ Zum Hinweis als Zitzatzweck, der keine geistige Auseinandersetzung des Zitierenden verlangt Britta HEYMANN/Georg NOLTE, Blockiert das Urheberrecht sinnvolle Informationsdienste?, K&R 2009, S. 764, die das schweizerische Recht als Argument für das Bestehen eines solchen Zitzatzwecks auch im deutschen Recht anführen.

verlangt für das Zitieren von Sprachwerken lediglich einen inhaltlichen Bezug des zitierenden Textes auf das zitierte Werk⁴⁵. Indem die in der Trefferliste einer Bildersuchmaschine angezeigten Thumbnails nur deshalb angezeigt werden, weil sie einen inhaltlichen Bezug zum Suchbegriff haben, ist dieses Erfordernis erfüllt.

[Rz 22] Auch die Voraussetzung, wonach das Zitiertedium ein selbständiges Werk sein muss, ist heute im Unterschied zum alten URG sowie allen Vorentwürfen des neuen URG nicht mehr im Gesetz enthalten⁴⁶ und daher nicht mehr zu verlangen⁴⁷. Somit erfüllt ein Thumbnail innerhalb der Trefferliste einer Bildsuchmaschine den von Art. 25 URG geforderten Zitzweck, indem es als Hinweis auf eine Website eingesetzt wird.

[Rz 23] Damit bleibt zu prüfen, ob der Umfang des Zitats durch dessen Zweck gerechtfertigt ist. Der zulässige Zitatumfang ist nicht dahingehend zu beschränken, dass wie bei Textwerken nur etwa ein Ausschnitt übernommen werden darf, sondern allenfalls mit einer Höchstauflösung anzugeben. Damit kann man dem Erfordernis gerecht werden, wonach das Zitat das Werk nicht konkurrenzieren darf⁴⁸. Solange diese Auflösung von den Thumbnails der Bildersuchmaschinen nicht überschritten wird, sind sie als Zitate von Art. 25 Abs. 1 URG erfasst.

4.3. Quellenangabe

[Rz 24] Gemäss Art. 25 Abs. 2 URG müssen das Zitat als solches und die Quelle bezeichnet werden. Das Zitat kann auch ohne weiteres als solches erkennbar sein⁴⁹, was bei Thumbnails in Bildersuchmaschinen sicher der Fall ist⁵⁰. Als Quellenbezeichnung genügt die Angabe der Domain⁵¹, zumal die

exakte URL i.d.R. weder den Website-Betreiber noch den Suchmaschinennutzer interessiert und auch bei herkömmlichen Textziten z.B. die Angabe des Buches ohne Seitenzahl in gewissen Branchen üblich und zulässig ist⁵².

[Rz 25] Fraglich ist aber, wie Bildersuchmaschinen dem zweiten Erfordernis in Art. 25 Abs. 2 URG gerecht werden können. Nach dieser Bestimmung ist die Urheberschaft ebenfalls anzugeben, wenn in der Quelle darauf hingewiesen wird. Bildersuchmaschinen stehen hier vor dem Problem, dass sie einen allenfalls bestehenden Hinweis auf die Urheberschaft innerhalb einer Website nicht automatisch erkennen, erfassen und wiedergeben können⁵³. Problemlos möglich wäre dagegen die Wiedergabe eines Hinweises auf die Urheberschaft, wenn dieser in der Bilddatei selbst enthalten ist⁵⁴. In diesen Fällen muss die in der Datei angegebene Urheberschaft m.E. auch auf der Ergebnisseite der Suchmaschine erscheinen.

4.4. Ergebnis

[Rz 26] Thumbnails von urheberrechtlich geschützten Werken im Rahmen einer Bildersuche sind demnach als Zitate gemäss Art. 25 URG zulässig, sofern sie mittels Verlinkung als Hinweis auf eine Website mit inhaltlichem Bezug zum Suchbegriff eingesetzt werden, durch die reduzierte Auflösung das Original nicht konkurrenzieren und unter Angabe der Quelldomain angezeigt werden. Eine wie auch immer geartete Einwilligung⁵⁵ des Urhebers ist daher nicht erforderlich.

5. Fazit und Ausblick

[Rz 27] Im Unterschied zum deutschen Recht, wo eine Anwendung der Schrankenbestimmung für Zitate in § 51 UrhG schwieriger erscheint⁵⁶, ist das entscheidende Kriterium des

⁴⁵ BGE 131 III 480 E. 2.1.

⁴⁶ Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte des Zitatmediums MORANT (Fn. 28), S. 99 ff., der aber letztlich gestützt auf fehlende gegenteilige Anhaltspunkte einerseits und das deutsche Recht andererseits ein Weiterbestehen der Anforderung der urheberrechtlichen Schützbarkeit des Zitatmediums annimmt.

⁴⁷ Thierry CALAME/Florent THOUVENIN, Das Bildzitat, in: Wolfgang Schmitz/Bernhard von Becker/Stephanie Hrubesch-Millauer (Hrsg.), Probleme des neuen Urheberrechts für die Wissenschaft, den Buchhandel und die Bibliotheken, Wiesbaden 2008, S. 141; CHERPILLOD (Fn. 28), S. 298 Fn. 135; MACCIACCHINI (Fn. 28), S. 184; DERS. (Fn. 32), Art. 25 N 10; WITTWEILER (Fn. 28), S. 589.

⁴⁸ BARRELET/EGLOFF (Fn. 27), Art. 25 N 5; Elena SCJARONI, Das Zitatrecht, Diss. Freiburg, Locarno 1970, S. 33; für das deutsche Recht: BERBERICH (Fn. 33), S. 146; Stephan OTT, Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen?, ZUM 2007, S. 127.

⁴⁹ BARRELET/EGLOFF (Fn. 27), Art. 25 N 11; MORANT (Fn. 28), S. 212 f.

⁵⁰ SCHWEIZER (Fn. 28), S. 254.

⁵¹ So wohl auch Vincent SALVADÉ, Responsabilité des auteurs de liens et des exploitants de moteurs de recherche, in: Nathalie Tissot (Hrsg.), Quelques facettes du droit de l'Internet: Volume 6, Droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, Neuchâtel 2005, S. 92 f.: «Conformément à l'art. 25 al. 2 LDA, il y aura lieu néanmoins d'indiquer, notamment, la source, c'est à dire le *site* Internet (identifié par son adresse) dont

est tirée la *page visée*.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁵² MORANT (Fn. 28), S. 217.

⁵³ SCHWEIZER (Fn. 28), S. 255.

⁵⁴ Es existieren verschiedene Standards zur Speicherung von Informationen zu Bildinhalten in Bilddateien. Die wichtigsten sind das IPTC Information Interchange Model (IIM) sowie die Extensible Metadata Platform (XMP), welche beide von den gängigen Bildbearbeitungsprogrammen unterstützt werden; vgl. dazu das IPTC Photo Metadata White Paper 2007 (abrufbar unter www.iptc.org/std/photometadata/0.0/documentation/IPTC-Photo-MetadataWhitePaper2007_11.pdf), Abschnitte Rights Metadata (S. 12) und Metadata Schemas (S. 13).

⁵⁵ Für das deutsche Recht wird im Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder), Rn. 28 ff., gestützt auf Ansgar OHLY, «Volenti non fit iniuria» – die Einwilligung im Privatrecht, Habil. München, Tübingen 2002, S. 143 ff., zwischen konkludenter, schuldrechtlicher und schlichter Einwilligung unterschieden und letztere bejaht.

⁵⁶ Vgl. aber Thomas DREIER, Thumbnails als Zitate? – Zur Reichweite von § 51 UrhG in der Informationsgesellschaft, in: Uwe Blaurock/Joachim Bornkamm/Christian Kirchberg (Hrsg.), Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 226; HEYMANN/NOLTE (Fn. 44), S. 764, die eine Anwendung von § 51 UrhG auf Thumbnails befürworten.

Zitatzwecks in der Schweiz m.E. erfüllt, indem Thumbnails die im Gesetz genannte Hinweisfunktion erfüllen.

[Rz 28] Ein Blick auf die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland zeigt, dass das Institut der stillschweigenden Einwilligung zur Legitimation von Bildersuchmaschinen überstrapaziert wird. Die Bemühungen des BGH zur gesellschaftlich wünschenswerten Zulässigkeit von Bildersuchmaschinen führen zu juristisch fragwürdigen Begründungsansätzen. Man darf gespannt sein, ob die Einwilligung in einem nächsten Schritt auch auf Fälle ausgeweitet wird, in denen der Urheber eines Bildwerks dieses nur offline veröffentlicht, es aber trotzdem von Dritten ins Internet gestellt wird. Denn auch in solchen Fällen ist es für Suchmaschinenbetreiber nicht möglich, die Berechtigung der Websitebetreiber an den fraglichen Werken zu überprüfen.

[Rz 29] Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für die Übernahme von Bildern in Form von Thumbnails auch in Deutschland trotz eindeutig fehlender Einwilligung des Rechtsinhabers abgelehnt wird. Im ersten Urteil «Vorschaubilder» hat der BGH in einem Obiter Dictum auch für Dienstleistungen von Suchmaschinen eine Anwendung der Haftungsbeschränkung für Hosting gemäss Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr⁵⁷ in Betracht gezogen⁵⁸. Dabei hat er sich auf ein vielbeachtetes Urteil des EuGH gestützt⁵⁹, das allerdings die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für Werbung anhand von Schlüsselwörtern (Keyword Advertising) zum Gegenstand hatte⁶⁰. Sollte Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie tatsächlich auch auf die Suchdienstleistungen anwendbar sein, käme eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers erst dann in Betracht, wenn er von der Rechtswidrigkeit der von ihm gespeicherten Information Kenntnis erlangt hat. Das OLG Hamburg hat als Vorinstanz zum zweiten BGH-Urteil die Anwendbarkeit dieser Haftungsbeschränkung jedoch angezweifelt⁶¹.

Dr. iur. Daniel Hürlimann, Verfasser einer Dissertation mit dem Titel «Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht». Der Autor dankt lic. iur. Nils Guggi, Stv. Leiter Recht und Controlling beim Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF), sowie Adrian P. Wyss, Rechtsanwalt bei Häusermann + Partner, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

* * *

⁵⁷ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EU Nr. L 178 vom 17. Juli 2000, 1-16).

⁵⁸ Urteil des BGH I ZR 69/08 vom 29. April 2010 (Vorschaubilder), Rn. 39.

⁵⁹ Urteil des EuGH C-236/08 bis C-238/08 vom 23. März 2010.

⁶⁰ Zur Haftung des Suchmaschinenbetreibers für Werbung in Form von Keyword Advertising: HÜRLIMANN (Fn. 23), S. 132 ff.

⁶¹ Urteil des OLG Hamburg 5 U 220/08 vom 23. Juni 2010, II.1.b.ff.: «Dahinstehen kann daher auch, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn die Einstellung des streitgegenständlichen Lichtbildes in das Internet durch Nichtberechtigte erfolgt wäre. Allerdings vermag der Senat nicht recht zu erkennen, wie eine täterschaftliche Nutzung eines fremden Werkes ein ›Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art‹ sein kann und in Betracht kommen soll, dass die Beklagte ›weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt‹ (EuGH Urt. v. 23. März 2010 - C-238/08 = GRUR 2010, 445 - G. France/Louis Vuitton, Tz.114).»