

CR

COMPUTER UND RECHT

Heft 9

15. September 2013

S. 553–620

PVSt 9892

Zeitschrift
für die Praxis
des Rechts
der Informations-
technologien

Schriftleitung: RA Prof. Dr. Michael Bartsch, RA Sven-Erik Heun, RA Thomas Heymann,
RA Prof. Dr. Jochen Schneider, RA Prof. Dr. Fabian Schuster, Prof. Dr. Gerald Spindler

Computerrecht

Elke Bischof – Der EVB-IT Erstellungsvertrag 553

EuGH – Urheberrechtsabgabe für Drucker und Plotter 557

OLG München – Topografische Karte keine Datenbank 562

Telekommunikationsrecht

Sebastian Brüggemann – Abkehr von der Netzneutralität – Fluch oder Segen 565

BVerwG – Funktionaler Zusammenhang für die Auferlegung einer Zusammenschaltungsverpflichtung 573

LG Osnabrück – Strafbare „Ping“-Anrufe aufs Mobiltelefon 581

Medienrecht

Dennis Heinemeyer/Arne Nordmeyer – Super Marios, Kratos' und des Master Chiefs Erzfeind – Die Legalität der Modchips und Softwaremods für Videospielekonsolen 586

BGH – Lauterkeitsrechtlicher Verstoß durch nicht vertragsgemäße Anwaltsleistung – Standardisierte Mandatsbearbeitung 592

OLG Hamburg – Informationspflichtverletzung durch fehlende Datenschutzhinweise 596

LG Hamburg – Unzulässiger Eingriff in Online-Spielsystem durch Automatisierungssoftware (Bots) 604

Report

Michael Lehmann/Anna Giedke – Cloud Computing – technische Hintergründe für die territorial gebundene rechtliche Analyse 608

Ellen Euler – Bildstörung: Zur Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschaubilder und Katalogbilder im Internet 616

CR aktuell

o|s
Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

www.cr-online.de

Bildstörung: Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschau- und Katalogbilder

wiesen werden, dass sich auf den unterschiedlichsten Rechtsgebieten *parallele Fragestellungen* ergeben.

Im Zusammenhang mit IT-Sicherheit finden sich diverse Normen, die die Ergreifung besonderer technischer und organisatorischer Maßnahmen vorschreiben, um ein ausreichendes Niveau an Datensicherheit für besonders schutzwürdige Daten zu gewährleisten. Sie finden sich im privaten wie im öffentlichen Recht und sind zum Teil strafrechtlich abgesichert.¹⁰⁶ Hier wird tendenziell dahingehend argumentiert, dass der *Verlust faktischer Kontrollmöglichkeit* durch vertragliche Kontrollbefugnisse kompensiert werden kann. Doch bringt die neue Technik nicht nur einen Verlust faktischer, sondern auch einen Gewinn virtueller Kontrollmöglichkeiten. Hier wäre zu prüfen, inwieweit der Einsatz neuer Techniken „funktionsäquivalente“ Kontrollen ermöglichen könnte. Allein aufgrund der Neuartigkeit des Sachverhalts sollten die Anforderungen weder verschärft noch verringert, sondern herkömmliche und virtuelle Sachverhalte möglichst gleich behandelt werden.¹⁰⁷

Eine weitere Frage, die sich in verschiedenen Rechtsgebieten stellt, ist die der *Belegenheit von Cloud-Sachverhalten*, die eng mit der Frage verknüpft ist, wo der *Handlungs- und Erfolgsort* bei rechtliche relevanten Handlungen zu lokalisieren ist, die sich unmittelbar auf die Cloud beziehen.¹⁰⁸ Überwiegend wird der Handlungs- wie Er-

folgsort auf die (ganze) Cloud-Infrastruktur erstreckt. Angesichts der (unerwünschten) Konsequenz vermehrter Gerichtszuständigkeiten bzw. anwendbarer Rechtsordnungen werden einschränkende Kriterien diskutiert. In diesem Bereich kommt es u.a. zu einer Kollision zwischen den Interessen des inländischen Staates an der Erfassung inländischer Vorgänge wegen ihres territorialen Bezuges und der Souveränität anderer Staaten, auf deren Gebiete sich der Sachverhalt und möglicherweise auch die Sanktionen des Inlands ebenfalls erstrecken. Nur einzeln wird trotz gegebener Parallelen rechtsgebietübergreifend argumentiert. Im Interesse einer vereinfachten Rechtsanwendung durch größtmögliche Einheit der Rechtsordnung sollten jedoch stets die parallelen Fragestellungen in anderen Rechtsgebieten und die dort entwickelten Lösungsansätze berücksichtigt und, wo möglich, einheitliche Standards verwendet werden.¹⁰⁹

In einem späteren Beitrag werden ausgewählte cloudspezifische Fragen im Urheberrecht behandelt und zwar auf Ebene des Internationalen Zivilprozessrechts, des Kollisionsrechts sowie des materiellen Urheberrechts. Im Kern geht es um die umstrittene Frage, ob die Fortgeltung des im Urheberrecht geltenden Territorialitätsprinzips bei weltumspannenden Sachverhalten wie Cloud Computing noch interessengerecht ist.¹¹⁰

K&R 2009, 444 ff.; Umfassend zu allen genannten Rechtsgebieten mit zahlreichen weiteren Nachweisen *Giedke*, Cloud Computing, D.III. Nr. 1.–14. sowie E.

106 §§ 9 BDSG, 25a KWG, 33 WpHG, 9a, 16 InvG, 64a VAG, § 203 III 2 StGB, § 30 VwVfG, § 35 SGB I (verwaltungsrechtlicher und sozialrechtlicher Geheimnisschutz), 146 ff. AO.

107 In diesem Sinne wohl auch *Heckmann* in *Büchner/Büllesbach*, E-Government, 2003, S. 65, 78, der in Bezug auf E-Vergabe die Auslegungsmethode der funktionellen Äquivalenz vertritt.

108 Diese Fragen stellen sich z.B. beim Gerichtsstand für Vertrags- und Deliktssklagen gem. Art. 5 Nr. 1 und Nr. 3 EuGVVO, bei der Bestimmung

des anwendbaren Rechts gem. Art. 6 IV lit. a Rom I (Verbraucherverträge), Art. 4 I Rom II VO (allgemeine Kollisionsnorm), Art. 8 Rom II (Rechte des geistigen Eigentums), Art. 9 Rom II VO (Arbeitskampfmaßnahmen), §§ 1 V 3, 3 VII BDSG, §§ 7 StPO i.V.m. § 9 StGB (örtliche und internationale Gerichtszuständigkeit im Strafrecht), §§ 12 AO i.V.m. § 49 I Nr. 2 lit. a EStG (Besteuerungsrecht im Inland bei virtueller Betriebsstätte?), § 3a III Nr. 3 UStG.

109 Zu Parallelen in verschiedenen Rechtsgebieten *Giedke*, Cloud Computing, D.III.1 14, v.a. D.III. Ein weiteres Beispiel wäre die im Zivil-, Steuer- und Urheberrecht umstrittene Frage, ob Verträge über Cloud-Services als Mietverträge einzuordnen sind.

110 Hierzu auch *Lehmann* in *Meents/Borges*, Cloud Computing, Kap. 5, in Veröffentlichung, 2014.

Ellen Euler

Bildstörung: Zur Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschaubilder und Katalogbilder im Internet

Es besteht mittlerweile „Common Sense“ darüber, dass Vorschaubilder im Internet zulässig sein sollen. Die Rechtsprechung des BGH hat dies in den beiden Entscheidungen Vorschaubilder I und II mitgeprägt und von den derzeit technischen Möglichkeiten auf das rechtlich Zulässige geschlossen. Vorschaubilder entstehen auf der Grundlage von andernorts im Internet zugänglich gemachtem Bildmaterial. Für das Herstellen digitaler Abbilder und Zugänglichmachen geschützter Werke gibt es keine Schrankenbestimmung und ist bislang auch keine Rechtsprechung zu erwarten, die ergebnisorientiert den Weg bereiten könnte. Eine solche Privilegierung ist vielmehr dem Gesetzgeber vorbehalten. Deshalb fragt der Beitrag zum einen nach den Möglichkeiten für den Gesetzgeber, eine Schrankenbestimmung zu schaffen, die schon das Abbilden von Werken und ihr Zugänglichmachen durch bestimmte Einrichtungen gestattet, also das Einführen einer „digitalen Katalogbildschranke“. Zum andern wird untersucht, ob der natio-

nale Urheberrechtsgesetzgeber eine urheberrechtliche Schranke für Vorschaubilder einführen könnte. Dazu wird zunächst die zweistufige Problemstellung erläutert (I.). Sodann werden die Möglichkeiten erörtert, die der Gesetzgeber zur Einführung von Privilegierungstatbeständen zugunsten der Verbildlichung von Kultur im Internet hat (II.). Der Beitrag schließt mit einem Appell an den Gesetzgeber für die Einführung derartiger Schranken (III.).

I. Einführung und Problemstellung

Mit den digitalen und über das Internet vernetzten Medien ist der Traum von jederzeit verfügbarem Wissen in greifbare Nähe gerückt. Die Vorstellung, sich Kultur und Wissen online nach Hause auf den Bildschirm laden zu können und sich unabhängig vom Standort der analogen Vorlage und von Öffnungszeiten der verwahren Institutionen (Bibliotheken, Museen, Archive, Mediatheken und Denkmalpflegeämtern) informieren und weiterbilden zu können, ist technisch nicht länger eine reine

▷ Dr. Ellen Euler, Leiterin der Geschäftsstelle Deutsche Digitale Bibliothek bei der Stiftung Preussischer Kulturbesitz in Berlin.

Bildstörung: Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschau- und Katalogbilder

Utopie. Urheberrechtlich ist dies jedoch nicht ohne weiteres möglich, da ein Großteil der relevanten kulturellen Äußerungen urheberrechtlichen Schutz genießt.

Die Herstellung und Zugänglichmachung digitaler Angebote durch eine besitzende und bewahrende Gedächtnisinstitution (Museum, Bibliothek, Archiv) ist zustimmungs- und in Folge vergütungspflichtig. Dabei spielt es keine Rolle, welche Qualität die Digitalisierung und Zugänglichmachung hat oder welcher Zweck damit verfolgt wird. Die Zugänglichmachung des Werkinhaltes setzt in Bezug auf alle Werke, die noch urheberrechtlichen Schutz genießen, die Abstimmung mit dem/den Urheberrechtinhaber/-n voraus. Das gilt für die nicht originär digitalen Inhalte schon in Bezug auf die Digitalisierung, die eine Vervielfältigung gem. § 16 UrhG darstellt. Für den digital vorliegenden Inhalt ist dies in Bezug auf die öffentliche Zugänglichmachung, die das dem Urheberrechtinhaber zustehende Recht aus § 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 i.V.m. § 19a UrhG tangiert, der Fall. Deshalb können die Gedächtnisinstitutionen in Deutschland ihren Bestand nur insoweit problemlos (d.h. ohne jemanden um grundsätzlich vergütungspflichtige Erlaubnis fragen zu müssen) über das Internet zur Verfügung stellen, wie dieser bereits gemeinfrei ist, also keinen Urheberrechten mehr unterliegt.¹

1. Visueller Nachweis von Kultur in Onlinebestandskatalogen

In der Herstellung und öffentlichen Zugänglichmachung digitaler Angebote (Content Providing) liegt die eine Bildersuche erst ermöglichende eigentliche Arbeit. Content Provider können sich für die Digitalisierung und öffentliche Zugänglichmachung geschützter Werke nicht auf eine Schrankenbestimmung berufen. Nur im Zusammenhang mit einer Ausstellung ist zum Zwecke der Bewerbung derselben die Digitalisierung (sprich Vervielfältigung) und das online (sprich öffentliche) Zugänglichmachen durch die sog. „Katalogbildschranke“ gem. § 58 Abs. 1 UrhG gestattet. Unabhängig von einer konkreten Ausstellung und Werbungszwecken können öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen und Museen ihre Bestände in Verzeichnissen auf der Grundlage von § 58 Abs. 2 UrhG, der nur die Vervielfältigung (sprich Digitalisierung) und körperliche Verbreitung gestattet, nur offline visuell dokumentieren.² Eine Entsprechung der Katalogbildschranke für das Internet gibt es nicht.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass Gedächtnisinstitutionen ihren erschlossenen Bestand mittels Bestandskatalogen

im Internet allenfalls mit selbst erstellten textlichen Beschreibungen der einzelnen Werke (Erschließungsinformationen) auffindbar machen können,³ aber ohne Erlaubnis der Rechteinhaber geschützter Werke und Abbilder dieser Werke, keinen visuellen Eindruck vermitteln dürfen. Werke des 20. und 21. Jahrhunderts können daher visuell nicht nachgewiesen werden, solange keine Freistellung der Urheber vorliegt.

Dabei liegt die Findbarkeit und somit der erste Zugang zu Kultur und Wissen im Interesse aller am urheberrechtlichen Wertschöpfungsprozess Beteiligten: Sowohl die Rechteinhaber, als auch die Allgemeinheit und erst Recht die Verwerter haben ein gesteigertes Interesse an einem funktionierenden ersten Zugang im Sinne einer visualisierten Findbarkeit, eines bebilderten Katalogs mit umfangreichen Erschließungsinformationen, in denen auch der Rechteinhaber benannt ist. Den Aufwand, den die Gedächtniseinrichtungen in Deutschland betreiben müssen, um Kultur und Wissen nicht nur textlich, sondern auch visuell erschließen und präsentieren zu können, ist enorm. Die Digitalisierung stellt dabei nur einen Kostenpunkt von vielen bei der digitalen Zugänglichmachung dar. Die eigentlichen Kosten entstehen bei der Bereitstellung einer digitalen Infrastruktur, der Erschließung, der Rechteerklärung und etwaigen Entlohnung der Rechteinhaber und durch die notwendige digitale Langzeitarchivierung.⁴

2. Vorschaubilder in Suchmaschinen

Beim visuellen Nachweis durch Vorschaubilder im Rahmen eines Suchergebnisses wird auf schon vorhandenes Bildmaterial zurückgegriffen, das bereits an anderer Stelle online zur Verfügung gestellt worden ist und wird. Auch schon die das Werk in eingeschränkter, also verkürzter oder dezimierter Form (als sog. Thumbnail oder Vorschaubild) wiedergebende Darstellung im Rahmen eines Suchergebnisses ist eine urheberrechtlich relevante Handlung, welche grundsätzlich nur dann ohne Zustimmung der Rechtsinhaber möglich ist, wenn es eine Schrankenbestimmung im Urheberrecht gibt, die diese Darstellung gestattet.

Mit dieser Frage hatte sich der BGH in seinen beiden Entscheidungen *Vorschaubilder I* und *II* auseinanderzusetzen und hat letztlich ergebnisorientiert geurteilt, dass sich die Darstellung von im Internet auffindbarem Bildmaterial als Vorschaubild in einer Suchmaschine zwar nicht auf eine Schrankenstimmung stützen lässt, jedoch schon in dem Zugänglichmachen über das Internet eine die Rechtswidrigkeit ausschließende schlichte Einwilligung in die weitere Zugänglichmachung als Vorschaubild zu erkennen ist (*Vorschaubilder I*).⁵ Dies soll selbst dann gelten, wenn das geschützte Werk nicht vom Urheber selbst ins Internet eingestellt wurde, sofern es sich zumindest zeitweise mit seiner Zustimmung im Internet be-

¹ Das betrifft alle Werke, deren Urheber schon länger als 70 Jahre lang tot ist bzw. bei denen sonstige Schutzrechte abgelaufen sind. Bei Pseudonymen und anonymen Werken berechnet sich die Schutzfrist ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung/bzw. Erstellung des Werkes. Siehe hierzu: Heckmann in Spindler, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access Publikationen, S. 125.

² Erlaubnisfrei ist im Rahmen von § 58 Abs. 2 UrhG nur die Abbildung von Werken der bildenden Künste oder von Lichtbildwerken. Ferner ist entscheidend, dass im Vordergrund des mit der Abbildung verfolgten Zweckes das Informations- und Dokumentationsinteresse steht und nicht der Werkgenuss. Das betrifft alle Werke, deren Urheber schon länger als 70 Jahre lang tot ist bzw. bei denen sonstige Schutzrechte abgelaufen sind. Bei Pseudonymen und anonymen Werken berechnet sich die Schutzfrist ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung bzw. Erstellung des Werkes. Wichtig ist außerdem, dass das Katalogbildprivileg nur im Verhältnis zum Urheber/Rechteinhaber Anwendung findet, nicht jedoch im Verhältnis zu dem Fotografen, der das Kunstwerk abgelichtet hat. Vom Erwerb eines diesbezüglichen einfachen oder ausschließlichen Nutzungsrechts befreit die Schranke nicht. Siehe: Bullinger/Bretzel/Schmalfuß, Urheberrechte in Museen und Archiven, 2010, S. 69, Rz. 200.

³ Der Vorschrift des § 12 Abs. 2 UrhG kann im Wege des Umkehrschlusses eine Schrankenregelung des Inhalts entnommen werden, dass nach der Veröffentlichung eines Werkes eine Inhaltsbeschreibung desselben zulässig ist.

⁴ Die Langzeitarchivierung ist im Übrigen ein weiteres, weniger technisches, als vielmehr rechtliches Minenfeld. Siehe hierzu: Euler, Digitale Langzeitarchivierung und Distributed Storage in LuKII: Gutachten zu den Rechtsfragen, die sich im Langzeitarchivierungsprojekt LuKII (LOCKSS und kopal Infrastruktur und Interoperabilität) stellen, 2011, abrufbar unter: http://www.iuvis.de/sites/default/files/LUKII_Rechtsgutachten.pdf (letzter Abruf am: 13.8.2013); dies., Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht, 2006, 153; Euler, AfP 2008, 474; Goebel/Scheller, Digitale Langzeitarchivierung und Recht, 2004.

⁵ BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, CR 2010, 463 – Vorschaubilder I.

Bildstörung: Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschau- und Katalogbilder

fand (*Vorschaubilder II*).⁶ Während die dogmatische Konstruktion der Annahme einer schlichten Einwilligung in die Anzeige eines Werkes als Vorschaubild auf einer suchmaschinenoptimierten Internetseite tragfähig und nachvollziehbar ist, wird es dogmatisch wackelig, wenn diese Konstruktion auch auf solche Werke erweitert wird, die an einer Stelle im Internet berechtigt eingestellt sind oder waren, aber unberechtigterweise auch an anderer Stelle zugänglich gemacht werden (*Vorschaubilder II*).

Nach den BGH-Entscheidungen *Vorschaubilder I* und *II* müssen sich die Suchmaschinenbetreiber für ihr Angebot der Bildersuche im Internet nicht mit den Rechteinhabern abstimmen. Mag die Zugänglichmachung von Vorschaubildern im Rahmen eines Suchergebnisses nach dem BGH so auch ohne Abstimmung mit den Rechteinhabern gerechtfertigt sein, ist sie aber nicht vergütungsfrei. Zum einen stellt die Herstellung eines Vorschaubildes und das Speichern auf den eigenen Servern eine Vervielfältigung i.S.v. § 16 UrhG dar,⁷ zum andern bedeutet die Herrschaft über die Anzeige dieser Abbilder im Rahmen eines Suchergebnisses eine öffentliche Zugänglichmachung i.S.v. § 19a UrhG. Auch die Zugänglichmachung von Inhalten, die an anderer Stelle im Internet schon öffentlich zugänglich gemacht worden sind, ist daher vergütungspflichtig.

3. Wer trägt die Kosten für die Online Bereitstellung von Kultur?

Google und Co müssen an die Verwertungsgesellschaften keinen Obolus entrichten, weil die durch die Verwertungsgesellschaften vertretenen Urheber gegen ein Entgelt für die visuelle Auffindbarkeit und damit verbundene Nutzung ihrer Werke optiert haben, um überhaupt online noch visuell auffindbar zu sein. So gibt es einen Beschluss der Mitgliederversammlung der VG *Bildkunst*, welche die Interessen der bildenden Künstler vertritt und Google gerne zur Kasse gebeten hätte. Der aus § 11 UrhWahrnG resultierende Kontrahierungszwang verpflichtet die Verwertungsgesellschaften leider nur, einseitig jedem auf Nachfrage die vertretenen Rechte gegen Entgelt einzuräumen, aber nicht andersherum, so dass Rechte berührende Dritte mit den betreffenden Verwertungsgesellschaften zu kontrahieren hätten.

Die Kosten für die Online-Bereitstellung von Kultur und Wissen trägt gegenwärtig der Steuerzahler (die öffentliche Hand). Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Schaffung digitaler Angebote der einzelnen öffentlich-rechtlich finanzierten Gedächtnisinstitutionen, als auch im Hinblick auf die verschiedenen Kulturportale auf Länderebene sowie für das Länder, Sparten und Medientypen übergreifende Portal *Deutsche Digitale Bibliothek (DDB)*.⁸

6 BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, CR 2012, 333 – Vorschaubilder II.

7 Was im Falle der BGH-Entscheidungen *Vorschaubilder I* und *II* nicht streitig war, weil die Speicherung auf ausländischen Servern erfolgte.

8 Die Errichtung der DDB wurde von der Ministerpräsidentenkonferenz im Oktober 2010 und vom *Bundeskabinett* im Dezember 2010 beschlossen. Grundlage dafür bildeten Gemeinsame Eckpunkte von Bund, Ländern und Kommunen sowie ein Verwaltungs- und Finanzabkommen zwischen Bund und Ländern. Ein Aspekt der Entstehung der DDB war eine Aufforderung der *Europäischen Kommission* an die Mitgliedstaaten, im Rahmen des Projekts europäische digitale Bibliothek (*Europeana*) eigene Anstrengungen zur Digitalisierung und Bereitstellung kultureller und wissenschaftlicher Informationen zu unternehmen. Die DDB fungiert daher zugleich als zentraler nationaler Partner der *Europeana* und ermöglicht so eine umfassende Teilnahme deutscher Kultureinrichtungen an diesem europäischen Projekt. Die Finanzierung der DDB

Hinter der DDB steckt die Idee, Kultur und Wissen aus Deutschland online Jedermann von jedem Ort zu jedem beliebigem Zeitpunkt aus zugänglich zu machen, also das reichhaltige kulturelle Erbe Deutschlands über ein zentrales Einstiegsportal online auffindbar und zugänglich machen. Die DDB hat keinen eigenen Bestand urheberrechtlich geschützter Werke, den sie im Internet dokumentiert. Bei der DDB geht es vielmehr darum, vorhandene digitale Angebote und Nachweissysteme der Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen in Deutschland miteinander zu einem neuen Ganzen semantisch zu verknüpfen. Die DDB baut dabei auf die originären Orte der Erinnerung und Wissensvermittlung und bestehende digitale Angebote auf und macht diese wie eine Suchmaschine auffindbar.⁹

So gesehen ist die DDB kein Content Provider, sondern eine werbefreie „Kultursuchmaschine“. Content Provider sind vielmehr die jeweiligen Kultur- und Wissenschaftseinrichtungen, die die Inhalte generieren und online zur Verfügung stellen und die hierfür gegebenenfalls erforderlichen Nutzungsrechte einzuholen haben. Die DDB (wie andere Kulturportale und allgemeine Suchmaschinen auch) nimmt aber als sog. Content Aggregator urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen vor, indem sie die Inhalte der Einrichtungen gesammelt und zentral zugänglich macht. Die Zugänglichmachung von Inhalten, die an anderer Stelle im Internet schon öffentlich zugänglich gemacht worden sind, ist trotz Abstimmung mit den Rechteinhabern an den zugänglich gemachten Werken vergütungspflichtig.¹⁰

Die DDB und sonstige öffentlich-rechtlich getragene Einrichtungen müssen sich innerhalb der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen bewegen und haben nicht die Marktmacht bei den Verwertungsgesellschaften bzw. den durch diese vertretenen Urhebern einen Nulltarif auszuhandeln. Die öffentlich-rechtlich getragenen Kulturplattformen, also Content Aggregatoren wie die DDB und andere (schon die an sie liefernden) Kultur Aggregatoren, die nicht die Marktmacht und Bedeutung der kommerziellen Suchmaschinenbetreiber haben, müssen für eine Vorschaubildanzeige von Kultur und Wissen an die Rechteinhaber und die sie vertretenden Verwertungsgesellschaften bezahlen.

wird von Bund und Ländern auf der Grundlage des Verwaltungs- und Finanzierungsabkommens vom Dezember 2009 gewährleistet. Für den Aufbau der Infrastruktur stellte der Bund bis Ende 2011 rund 8,5 Millionen Euro zur Verfügung. Für Aufbau und Betrieb der Infrastruktur der DDB haben Bund und Länder bis Ende 2012 gemeinsam weitere 7,8 Millionen Euro aufgewendet. Bis 2015 werden jährlich zusätzlich 2,6 Millionen Euro für den Betrieb der DDB zur Verfügung stehen. Danach werden Bund und Länder auf der Grundlage einer Evaluierung der bisherigen Strukturen und Arbeiten über die weitere Finanzierung des Betriebs entscheiden. Ferner wird der Bund 2013 zusätzlich 1 Million Euro in den Ausbau der Beta- zur Vollversion der DDB und weitere 4 Millionen Euro in Sonderprojekte zur Digitalisierung von Kulturgut in Einrichtungen des Bundes investieren, deren Ergebnisse dann direkt in die DDB Eingang finden werden. Damit beläuft sich das Investitionsvolumen für Aufbau und Betrieb des Portals der DDB bis Ende 2013 auf rund 24 Millionen Euro. Die für die DDB insgesamt von Bund und Ländern tatsächlich aufgewendeten Mittel liegen jedoch erheblich höher, da die größtenteils im Rahmen von Fördermaßnahmen der *Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG)* erfolgte Herstellung, Erfassung und Aufbereitung der bislang in der DDB sichtbaren digitalen Inhalte nur zu einem geringen Bruchteil in das Investitionsvolumen für Aufbau und Betrieb der Infrastruktur eingerechnet sind.

9 Dies setzt voraus, dass die Gedächtnisinstitutionen, deren digitale Angebote über die DDB vernetzt werden sollen, mit der DDB kooperieren. Dabei bleiben die digitalen Angebote in der Verantwortung der vorwiegend öffentlichen Gedächtnisinstitutionen.

10 Hieran ändern auch die BGH-Entscheidungen *Vorschaubilder I* und *II* nichts. Auch wenn die Zugänglichmachung von Vorschaubildern zulässig ist, wird sie dadurch nicht vergütungsfrei.

Bildstörung: Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschau- und Katalogbilder

II. Möglichkeiten einer Vorschaubild- bzw. digitalen Katalogbildschränke

Sobald mithilfe von „Auslegungsstrategien“ von vorhandenen gesetzlichen Wertungen abgewichen wird, liegt eine verdeckte Normsetzung nahe und bleibt der reale Wille des Gesetzgebers im Ungewissen.¹¹ Welche Möglichkeiten aber hat der Gesetzgeber um seine Gestaltungshoheit auszuüben, indem er eine Schrankenbestimmung schafft, die Inhalt und Umfang der Zugänglichmachung von Vorschaubildern festlegt? Wäre die Dokumentationszwecken dienende Digitalisierung und Zugänglichmachung in geringer visualisierender Qualität nicht, wie die Digitalisierung und Zugänglichmachung in so hoher Qualität, dass die über das Internet damit möglich gemachte Rezeption potentiell jede andere Form der Rezeption substituieren könnte, zustimmungspflichtig, würde das die Digitalisierung beschleunigen und Kultur und Wissen könnte online visuell erschlossen werden.¹²

Vorgelagert stellt sich außerdem die Frage, ob nicht schon die die Bilder zugänglich machenden oder potentiell hierzu in der Lage befindlichen Einrichtungen privilegiert werden könnten, zumindest in der Qualität von Vorschaubildern online ihren Bestand auch visuell nachzuweisen, sich also die Katalogbildschränke aus § 58 UrhG ins digitale Zeitalter übersetzen ließe. Gäbe es eine digitale Katalogbildschränke, wäre das Internet um vieles reicher an Kultur und Wissen und wären gerade auch solche Inhalte sichtbar und zugänglich, die gegenwärtig wie Schätze in den Depots der Einrichtungen schlummern und durch diese nicht geborgen werden können schon weil die zusätzlichen Mittel für die Schaffung digitaler Angebote fehlen.

1. Gestaltungsspielraum des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers

a) Internationale Vorgaben

Zuständig für die Regelung in Bezug auf die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen ist grundsätzlich der nationale Urheberrechtsgesetzgeber, jedoch wirken internationale Konventionen mit Prinzipien, wie dem der Inländerbehandlung, nicht nur von außen auf den Rechtsstatus der Urheber, sondern sie beeinflussen zusammen mit multilateralen Abkommen wie der Berner Konvention, dem TRIPS Übereinkommen und dem WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) auch die Gestaltung des nationalen Rechts und berühren damit die inhaltlichen Regelungsfreiheiten des nationalen Urheberrechtsgesetzgebers. Europäische Mitgliedstaaten sind zudem den Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich des Urheberrechts durch den Europäischen Gesetzgeber verpflichtet.¹³ Von den insgesamt neun das Urheberrecht des Binnenmarktes harmonisierenden europäischen Richtlinien, die der deutsche Urheberrechtsgesetzgeber zu beachten hat, ist die wichtigste in Bezug auf Schrankenbestimmungen die Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (kurz: InfoSoc-Richtlinie) aus dem Jahre 2001.¹⁴

Sie wiederholt nicht nur in ihrem Art. 5 Abs. 5 die Geltung des sog. Drei-Stufen-Tests aus Art. 13 TRIPS, Art. 10 Abs. 1 und 2 WCT, 16 Abs. 1 und 2 WPPT, der den Spielraum des nationalen Gesetzgebers zur Einführung von Schrankenbestimmungen dahingehend beschränkt, dass diese auf bestimmte Sonderfälle begrenzt sein müssen und weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen dürfen. Art. 5 InfoSoc-Richtlinie enthält darüber hinaus eine abschließende Aufzählung der zulässigen Schrankenbestimmungen.

In Art. 5 InfoSoc-Richtlinie findet sich weder für eine Online-Vorschaubilder-Schränke noch für eine digitale Katalogbildschränke ein geeigneter Anknüpfungspunkt, weil beide das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beschränken würden. Die Einführung einer entsprechenden Schrankenregelung im deutschen Urheberrecht scheitert mithin schon an den klaren europäischen Vorgaben.

b) Nationale Privilegierungen

Privilegierungen im Hinblick auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG sind höchstens als Altbestand zulässig.

Das Eingreifen von Schrankenbestimmungen für Vorschaubilder in Suchmaschinen wurde vom BGH bereits geprüft und ablehnend entschieden.¹⁵ Die geprüften Schrankenbestimmungen könnten aber möglicherweise für die vorgelagerte visualisierende Online-Dokumentation greifen.

aa) Zitatrecht, § 51 UrhG

So wäre etwa an eine erweiterte Auslegung der Schrankenbestimmung aus § 51 UrhG zu denken. Es erscheint fraglich, ob es durch das auf Art. 5 Abs. 3 der InfoSoc-Richtlinie beruhende und europarechtskonform auszulegendes Zitatrecht abgedeckt ist, wenn Gedächtnisinstitutionen ihren analogen Bestand visuell im Internet dokumentieren. Auf die Schrankenbestimmung aus § 51 UrhG ließe sich die visualisierte Dokumentation nur dann stützen, wenn es sich dabei um ein Zitat handelte. Für den Zitatzweck ist es erforderlich, dass eine innere Verbindung zwischen den verwendeten fremden Werken oder Werkteilen und den eigenen Gedanken des Zitierenden hergestellt wird. Zitate sollen als Belegstelle oder Erörterungsgrundlage für selbständige Ausführungen des Zitierenden der Erleichterung der geistigen Auseinandersetzung dienen. Es genügt daher nicht, wenn die Verwendung des fremden Werks nur zum Ziel hat, dieses dem Endnutzer leichter zugänglich zu machen.¹⁶ Dokumentation ist an sich noch keine geistige Auseinandersetzung mit dem dokumentierten Werk. Sie ermöglicht nur die Auffindbarkeit und somit weitere Verwendbarkeit der dokumentierten Information. Die Online-Visualisierung der dokumentierten Information dient nicht als Belegstelle für eine vorgenommene geistige Auseinandersetzung, sondern soll dem, der sich damit geistig auseinandersetzen möchte, bereits einen ersten auch visuellen Eindruck vermitteln. Ein Bild kann schneller erfasst und

11 Entscheidungsbesprechung von *Szemjonneck/Riesenhuber* zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, LMK, 2013, 347219; *Thum*, GRUR-Prax. 2012, 215.

12 Es geht wohlgerne nicht um die Zugänglichmachung von Volltextangeboten, sondern um die visualisierende Dokumentation in geringer Vorschaubildqualität.

13 *Schack*, ZEuP 2000, 799 (807).

14 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABL. EG 2001 Nr. L 167, 10.

15 BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, CR 2010, 463 – Vorschaubilder I; Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, CR 2012, 333 – Vorschaubilder II.

16 Vgl. BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, CR 2010, 463 (465 f. Rz. 29) – Vorschaubilder I.

Bildstörung: Notwendigkeit einer urheberrechtlichen Privilegierung für Vorschau- und Katalogbilder

verstanden werden. Die Voraussetzungen der Schrankenbestimmung des § 51 UrhG liegen somit nicht vor.

bb) Weitere relevante Schranken

Ebenso wenig liegen die Voraussetzungen von § 12 Abs. 2 UrhG (*Veröffentlichungsrecht*) vor, da es sich bei der Visualisierung von dokumentierten Werken nicht lediglich um eine öffentliche Mitteilung oder Beschreibung ihres Inhalts handelt (das gilt nur für die textliche Beschreibung). Der Tatbestand von § 44a UrhG (*vorübergehende Vervielfältigungshandlungen*) ist nicht erfüllt, da die Dokumentation ja gerade nicht nur vorübergehend und flüchtig sein soll. Auch die Voraussetzungen von § 52a (*öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung*) und § 53 UrhG (*Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch*) liegen nicht vor, da die visualisierte Dokumentation durch öffentliche Einrichtungen für die Allgemeinheit weder einen private, eigene Nutzung darstellt, noch beschränkt ist auf Unterricht und Forschung.

Nur die verwaisten Werke können ab 1.9.2013, sofern die Voraussetzungen des neu gefassten § 61 UrhG¹⁷ zum Zwecke insbesondere der Indexierung und Katalogisierung digitalisiert und öffentlich zugänglich gemacht werden. Es sind jedoch auch hier noch viele Fragen offen und die Praktikabilität der Vorschrift muss sich in der Anwendung erst noch beweisen.¹⁸

2. Ergebnis

Weder lässt sich im Ergebnis die visualisierte Dokumentation auf eine Schrankenbestimmung stützen, noch lässt sich ohne weiteres die sog. Katalogbildschranke aus § 58 Abs. 2 UrhG an das digitale Zeitalter anpassen bzw. eine Vorschaubildschranke einführen.

Dies hat zur Folge, dass öffentlich-rechtlich getragene Content Anbieter, die durch das Bereitstellen digitaler Angebote, Geschäftsmodelle wie eine Werbeeinnahmen generierende Bildersuche überhaupt erst ermöglichen,¹⁹ hierfür doppelt und dreifach bezahlen müssen,²⁰ während die kommerziellen Suchmaschinenbetreiber aufgrund ihrer Marktmacht und Bedeutung kostenfrei in geringer Qualität Abbilder digitaler Inhalte öffentlich zugänglich machen dürfen.

Solange auf europäischer Ebene insoweit keine Handlungsnotwendigkeit erkannt worden ist,²¹ sollten die von den Verwertungsgesellschaften verlangten Tarife dem Umstand Rechnung tragen, dass mit den digitalen Angeboten, die dem Nachweis, der Auffindbarkeit und Dokumentation dienen, ebenso wie durch die erweiterte Auffindbarkeit über Kulturplattformen und Aggregatoren ein Dienst erwiesen wird, der im Interesse aller am urheberrechtlichen Wertschöpfungsprozess Beteiligten liegt, von dem am Ende insbesondere auch die durch die Verwertungsgesellschaften vertretenen Urheber profitieren.

Da bei der *DDB* die Kooperationspartner der Zugänglichmachung der digitalen Angebote über die *DDB* zugestimmt haben, muss die *DDB* eine Gesamtlösung für ihr Angebot mit den jeweiligen Verwertungsgesellschaften finden, damit nicht am Ende für das Zugänglichmachen auf der Website der *DDB* sowie der eigenen Website die Kooperationspartner bezahlen müssen. Das kann nicht im Sinne der *DDB* sein, die schnell wachsen und immer mehr Inhalte nachweisen können möchte. Die *VG Bildkunst* hat bereits Kompromissbereitschaft signalisiert und zum Ausdruck gebracht, dass auch ihr daran gelegen ist aufzuzeigen, dass die Tarife nicht projektgefährdend sein müssen, sondern sich vertragliche Lösungen finden lassen. Das ist zu hoffen und *DDB* und *VG Bildkunst* stehen nun vor der schwierigen Frage, welche Höhe der Betrag für das Angebot haben sollte, um allen am urheberrechtlichen Verwertungsprozess teilhabenden Interessen dienen zu können.

III. Appell

Damit Gedächtnisinstitutionen, die vorwiegend öffentlich finanziert sind und/oder nichtkommerziellen kulturellen Zwecken dienen, die Möglichkeit erhalten, in öffentlich zugänglichen Internetdatenbanken ergänzend zu den textlichen Beschreibungsinformationen das ihnen anvertraute Kulturgut auch visuell in einer angemessenen Form findbar machen zu können, ohne dafür Gebühren entrichten zu müssen, muss das Urheberrecht zunächst auf europäischer Ebene angepasst werden. In der Umsetzung müsste garantiert sein, dass internationale Vorgaben wie der Drei-Stufen-Test Beachtung finden. Schon das schließt es aus, dass die visuelle Dokumentation eine Qualität haben darf, welche die normale Verwertung des Werkes verhindert.²² Auch sind ungewünschte und unzulässige Anschlussnutzungen auszuschließen. Denkbar sind neben Einschränkungen bei der Bildqualität, die hochwertige Reproduktionen nicht zu lassen, zusätzliche Maßnahmen wie digitale Wasserzeichen.²³

Vorschaubilder und Katalogbilder sind wichtig; auch und gerade im Internet. Das Beispiel *Google* zeigt, dass dies sowohl von der Rechtsprechung²⁴ als auch von den durch *VG Bildkunst* vertretenen Urhebern so gesehen wird. Für die öffentlich-rechtlichen Gedächtnisinstitutionen müssen die gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst werden, denn weder haben sie die Marktmacht ihre öffentlichen Interessen durchzusetzen, noch können sie sich über das geltende Recht hinwegsetzen. Was (für) *Google* Recht ist, sollte für die öffentlichen und im öffentlichen Interesse agierenden Gedächtnisinstitutionen nicht Unrecht sein.

Von der Politik, die sich auf der einen Seite zum Ziel gesetzt hat, mit der *DDB* Jedermann Zugang zu Kultur und Wissen online zu ermöglichen, auf der anderen Seite aber nicht einmal die rechtlichen Rahmenbedingungen für die visuelle Dokumentation beziehungsweise die Anzeige von Vorschaubildern schafft, sind ansonsten erhebliche weitere finanzielle Anstrengungen zu unternehmen.

17 Neu gefasst durch das Gesetz über zulässige Nutzungen verwaister und vergriffener Werke vom 28.6.2013, welches die RL 2012/28/EU umsetzt (dort die Zusammenschau von Art. 6 Abs. 1a) und b) RL 2012/28/EU).

18 Weiterhin viele Fragen offen: s. *Durantaye*, ZUM 2013, 437.

19 „*Google* kann alles, außer Content“.

20 So zahlen die Content-Anbieter nicht nur für die Digitalisierung und Zurverfügungstellung der Werke an die Rechteinhaber, sondern auch für die digitale Infrastruktur und Langzeitarchivierung.

21 Zum Handlungsbedarf im Hinblick auf die Anpassung der urheberrechtlichen Rahmenbedingungen der Museen, Bibliotheken und Archive in der Europäischen Union s. auch: *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, ZUM 2012, 273.

22 Es geht wohl gemerkt nicht um die Zugänglichmachung von Volltextangeboten, sondern um die visualisierende Dokumentation in geringer Vorschaubildqualität, also insbesondere den Nachweis der Museumsbestände im Internet. Hier kann ein digitales Abbild niemals den Werkgenuss des Originals substituieren.

23 So für die Museen schon der *Deutsche Museumsbund*, s.: Positionspapier des deutschen Museumsbundes „Kulturelles Erbe im Internet sichtbar machen“, Januar 2012.

24 BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 69/08, CR 2010, 463 – Vorschaubilder I; Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10, CR 2012, 333 – Vorschaubilder II.