

5. Kapitel: Länderbericht USA: Urheberrechtliche Probleme der Google Buchsuche und der Bildersuche im Internet nach US-amerikanischem Copyright

Die zuvor dargestellten neuen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke stellen auch für das US-amerikanische Urheberrecht eine Herausforderung dar. Während ein Eingriff in zumindest eines der *exclusive rights* der Rechteinhaber zumeist recht eindeutig vorliegt (dazu sogleich A.), ist die Rechtfertigung dieser Eingriffe unter Anwendung der flexiblen *Fair Use*-Schranke teilweise mit einigen Unwägbarkeiten und einigem Begründungsaufwand verbunden (unten B.). Die Brisanz dieses Themas zeigt sich nicht zuletzt darin, dass sowohl die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche als auch die *Google* Buchsuche bereits zu mehreren gerichtlichen Verfahren mit zum Teil divergierenden Entscheidungen und zudem zu einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung in einer Vielzahl von Beiträgen geführt haben. Für besondere „Furore“ hat dabei der Rechtsstreit um die *Google* Buchsuche und insbesondere das Tauziehen um das *Google Book Settlement* gesorgt. Diesem und seinen möglichen Folgen widmet sich die Untersuchung deshalb im Rahmen eines Exkurses (B.II.2.).

A. Betroffene Verwertungsrechte der Urheberrechtsinhaber

Der Copyright Act of 1976 benennt in 17 U.S.C. § 106 die dem Urheberrechtsinhaber zustehenden Ausschließlichkeitsrechte. Danach hat der Rechtsinhaber das ausschließliche *right to reproduce*⁹⁰⁶ (Vervielfältigungsrecht), *right to prepare derivative works*⁹⁰⁷ (Bearbeitungsrecht), *right to distribute*⁹⁰⁸ (Verbreitungsrecht), *right to display publicly*⁹⁰⁹ (Recht zur öffentlichen Darbietung/Vorführung) sowie das *right to per-*

906 17 U.S.C. § 106 (1).

907 17 U.S.C. § 106 (2).

908 17 U.S.C. § 106 (3).

909 17 U.S.C. § 106 (5).

*form publicly*⁹¹⁰ (Recht der öffentlichen Aufführung/Wiedergabe). Durch die zuvor dargestellte Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen der Buch- und Bildersuche können insbesondere das *reproduction right*, das *distribution right* und das *right to display publicly* betroffen sein.⁹¹¹

I. *Reproduction right*

Nach 17 U.S.C § 106 (1) hat der Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht, „[...] *to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords*“. Nach der Definition des 17 U.S.C. § 101 sind *copies* körperliche Gegenstände, in beziehungsweise auf denen das Werk mit einer bereits bekannten oder auch jeder in Zukunft entwickelten Methode fixiert wird und von denen das Werk unmittelbar oder mit Hilfe von Maschinen oder anderen Einrichtungen wahrnehmbar gemacht, kopiert oder anderweitig kommuniziert werden kann.⁹¹² Neben der Reproduktion in Form von exakten Kopien umfasst dieses Recht des Urheberrechtsinhabers auch das Recht, die Herstellung solcher Kopien zu untersagen, die qualitativ und quantitativ „*substantially similar*“ sind, also im Wesentlichen mit dem Originalwerk übereinstimmen.⁹¹³ Eine Urheberrechtsverletzung liegt immer dann

910 17 U.S.C. § 106 (4) und (6).

911 Eine Verletzung des *right to prepare derivative works* ist ebenfalls unter bestimmten Umständen denkbar. Dies soll an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden, da sich auch die Klageverfahren in den USA und die dortige Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Buchsuche auf eine Verletzung der hier ausführlicher dargestellten Ausschließlichkeitsrechte konzentrieren und der Schwerpunkt der Darstellung ohnehin bei der Frage des *Fair Use* liegen soll.

912 Obgleich der Gesetzestext den Plural „*copies*“ verwendet, besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass auch der Singular erfasst ist, so dass das *reproduction right* auch durch die Herstellung nur eines einzelnen Vervielfältigungsstückes verletzt sein kann; vgl. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 465 (1984); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.02 [D].

913 Vgl. *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902 (1931); *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), cert. denied, 330 U.S. 851 (1947); *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977); *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 138 (2d Cir. 1998). Ausführlich zu den Schwierigkeiten der genauen Bestimmung der *substantial similarity* siehe auch *Clarida*, Copyright, S. 276 ff.; *Merges/Menell/Lemley*, Intel-

vor, wenn der Rechtsinhaber seine Urheberrechtsinhaberschaft belegen kann, er nachweisen kann, dass „*original elements*“ seines Werkes kopiert wurden und ihm auch keine *defense*, also kein Ausnahmetatbestand, zugute kommt.⁹¹⁴

1. Thumbnails

Durch das Erstellen und Speichern von *Thumbnails* für die spätere Verwendung im Rahmen der Bildersuche ist das *right to reproduce* des Urheberrechtsinhabers betroffen.⁹¹⁵ Sobald *Google* die verkleinerten Bilddateien auf seinen Servern speichert sind sie auf einem körperlichen Gegenstand fixiert, von dem aus sie wahrgenommen und erneut vervielfältigt werden können, so dass eine *copy* im Sinne des 17 U.S.C § 101, § 106 (1) vorliegt.⁹¹⁶ Dass die als *Thumbnail* abgespeicherten Kopien eine gegenüber dem Original (zumeist) stark verminderte Qualität aufweisen, führt zu keiner anderen Bewertung. Um dem Nutzer einen möglichst guten Eindruck vom Originalwerk zu vermitteln und so eine effektive Bildersuche zu ermöglichen, bemüht *Google* sich gerade um eine möglichst originalge-

lectual Property, S. 475 ff.; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.03 [A]; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 177 ff.; *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 248 f. (2006).

914 Vgl. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 361 (1991).

915 So auch *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 817 (9th Cir. 2003) (*Arriba Soft* erkannte allerdings im Laufe des Verfahrens das Vorliegen eines Eingriffs in das *reproduction right* an, so dass diesem Teil der Entscheidung keine Präjudizwirkung für zukünftige Entscheidungen zukommt.); *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 851 (C.D. Cal. 2006) (Im Rahmen der Verhandlung der Klage von *Perfect 10* gegen *Google* vor dem *Court of Appeals* war eine Verletzung des *reproduction right* hingegen nicht (mehr) Verfahrensgegenstand; *Perfect 10* stützte seine Klage ausschließlich auf eine Verletzung des *display right* und des *distribution right* durch die Verwendung von Bildern in Form von *Thumbnails*, vgl. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1159 (9th Cir. 2007)). Vgl. auch *Ayazi*, 7 N. C. J. L. & Tech. 367, 375 (2006); *Ding*, 23 Berkeley Tech. L.J. 373, 394 f. (2008); *Goryunov*, 41 J. Marshall L. Rev. 487, 498 ff. (2008); *K. Olson*, 14 Comm. L. & Pol'y 153, 161 ff. (2009); *Stokes*, Digital Copyright, S. 139 ff.; *ders.*, EIPR 2000, 22(12), 599, 600.

916 Vgl. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007); *McFarlane*, 38 Golden Gate U. L. Rev. 381, 385 f. (2008). Vgl. auch *Klett*, Urheberrecht im Internet, S. 101.

treue Abbildung. Es werden daher gerade die „*original elements*“ des Werkes kopiert, so dass jedenfalls eine „*substantially similar copy*“ erstellt wird.

2. Google Book Search

Eine Urheberrechtsverletzung durch *Google* kommt auf drei Stufen der Verwendung der Werke im Rahmen der Buchsuche in Betracht – durch die Digitalisierung der Bücher und Speicherung in einer Datenbank, das Anzeigen von *Snippets* auf die Anfragen der Nutzer hin und durch die Übergabe einer digitalen Fassung an die Bibliothek, aus deren Bestand das jeweilige Werk gescannt wurde.

Das *reproduction right* kann dabei insbesondere durch das Einscannen und Speichern der urheberrechtlich geschützten Werke für die *Google* Buchsuche verletzt sein. Das Einscannen von Büchern, deren Urheberrechtsschutz noch nicht abgelaufen ist, erfolgt in den USA, so dass US-amerikanisches Recht auf mögliche Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit diesem Vorgang anwendbar ist.⁹¹⁷

Google scannt die gesamten Bücher und speichert deren Inhalt in Form von Bilddateien in seiner Datenbank. Dass es sich dabei um eine digitale Kopie eines analogen Mediums handelt, ist nach 17 U.S.C. § 101 für die Einordnung als *copy* unerheblich. Eine Reproduktion stellt auch dann eine *copy* im Sinne dieser Norm dar, wenn sie in einem anderen Medium erstellt wird als das Original, solange sie fixiert und wahrnehmbar ist.⁹¹⁸ Durch das Scannen der Buchinhalte werden die durch das Copyright geschützten „*original elements*“ eines jeden Werkes kopiert und in der Datenbank verkörpert. Es handelt sich dabei auch nicht nur um Kopien geringfügiger Teile der Werke, da *Google* zum Zwecke der späteren Volltextsuche stets das gesamte Werk digitalisiert. Andernfalls hätte *Google* möglicherweise zu seinen Gunsten geltend machen können, dass es sich

917 Ausführlich zur Frage des anwendbaren Rechts siehe *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789 (790 f.).

918 Vgl. oben 5. Kapitel, A.I.1. sowie *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 819 (9th Cir. 2003); *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 265 (2006); *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 4.

lediglich um *de minimis*-Eingriffe handele.⁹¹⁹ Solche werden jedoch von der US-amerikanischen Rechtsprechung nach dem sogenannten *Ordinary Observer Test* grundsätzlich nur dann angenommen, wenn lediglich kleine, unbedeutende Teile eines Werkes kopiert werden, so dass der durchschnittliche Leser beziehungsweise Betrachter die Verwendung nicht erkennt.⁹²⁰ Sinn und Zweck der Digitalisierung durch Google ist es aber gerade, später das Auffinden der gescannten Werke zu ermöglichen. Aus diesem Grund wird jedes Werk vollständig digitalisiert, so dass die Annahme von *de minimis*-Kopien ausscheiden muss und ein Eingriff in das *reproduction right* durch das Einscannen und Speichern der Werke vorliegt.⁹²¹ Zudem greift auch das Fixieren einer digitalen Kopie eines jeden gescannten Werkes auf einem Speichermedium zur Weitergabe an die Bibliothek aus deren Bestand es gescannt wurde, in das *reproduction right* ein.⁹²²

919 Ausführlich zur Anwendung der Maxime *de minimis non curat lex* im US-amerikanischen Copyright siehe *Inesi*, 21 Berkeley Tech. L.J. 945 (2006) und *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.01 [G].

920 Vgl. *Newton v. Diamond*, 388 F.3d 1189, 1193 (9th Cir. 2003) [„A taking is considered *de minimis* only if it is so meager and fragmentary that the average audience would not recognize the appropriation”]; *Nihon Keizai Shimbun, Inc. v. Comline Bus. Data, Inc.*, 166 F.3d 65, 70 (2d Cir. 1999); *Warner Bros. Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 720 F.2d 231, 242 (2d Cir. 1983) [„... allowing the copying of a small and usually insignificant portion of the (...) work.”]. Siehe auch *Clarida*, Copyright, S. 276 ff.; *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 6 f.; *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 488 ff.; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.01 [G].

921 So im Ergebnis auch *Adler*, Google Library Project, S. 7; *Band*, 3 J. Bus. & Tech. L. 1, 19 (2008); *ders.*, Google Library Project, S. 10; *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 287 (2007); *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 264 (2006); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 10 (2006); *Grimmelmann*, Google Book Search Settlement, S. 3; *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 7; *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 22 (2006); *Kohler*, 2007 Duke L. & Tech. Rev. 5, Rn. 17; *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 19; *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 223 (2006); *Rogers*, 10 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 1, 8 (2007); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 839 f. (2006); *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 25 (2010); *Vaidhyanathan*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1207, 1217 f. (2007). Auf die Verletzung des *reproduction right* durch das Einscannen und Speichern der Werke stützt sich auch die *Class Action*-Klage der *Authors Guild* und weiterer Autoren, vgl. *The Authors Guild, et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136, 2005 WL 2463899 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005).

922 Vgl. *Tushnet*, 53 UCLA L. Rev. 977, 1020 (2006).

Eine Rechtsverletzung scheidet jedoch aus, wenn *Google* im Rahmen eines Ausnahmetatbestandes handelt. Neben dem möglichen *Fair Use*-Einwand⁹²³ käme eine Rechtfertigung nach 17 U.S.C. § 108 in Betracht, wonach Bibliotheken und Archive unter bestimmten Voraussetzungen Kopien urheberrechtlich geschützter Werke anfertigen dürfen. Diese sogenannte *Library Exemption* kommt *Google* jedoch letztlich jedenfalls deshalb nicht zugute, weil die Kopien zu kommerziellen Zwecken angefertigt werden.⁹²⁴

II. Distribution right

Die Regelung des 17 U.S.C. § 106 (3) gewährt dem Urheberrechtsinhaber das ausschließliche Recht, die (Erst-)Verbreitung jeder Verkörperung eines Werkes durch Verkauf oder anderweitige Eigentumsübertragung, durch Vermietung, Verleih oder Pacht zu kontrollieren. Erfasst sind jedoch nur solche Verbreitungshandlungen, die das Werk der Öffentlichkeit

923 Zur Frage der Einordnung als *Fair Use* sogleich unten 5. Kapitel, B.II.1.

924 Vgl. 17 U.S.C. § 108 (a) (1). Ausführlich zur Einschlägigkeit der *Library Exemption* im Zusammenhang mit der *Google* Buchsuche *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 8 ff. Vgl. auch *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789 (793); *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 287 f. (2007); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 10 (2006); *Givler*, 14 No. 2 NYSBA Bright Ideas 23, 25 (2005); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 417, 433 f. (2007); *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 17; *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 582 (2007); *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 114 f. (2006). Zudem werden in der Praxis auch die übrigen Voraussetzungen der *Library Exemption* sehr eng ausgelegt, so dass selbst im Falle einer Verneinung des kommerziellen Charakters der *Google* Buchsuche (etwa aufgrund einer entsprechenden Umgestaltung der Website) der Ausnahmetatbestand aus anderen Gründen – insbesondere wegen des systematischen Kopierens zum Aufbau einer umfassenden digitalen Datenbank, in der Werke aus mehreren „physischen“ Bibliotheken gesammelt sind, und wegen des Erstellens einer Mehrzahl digitaler Kopien – ebenfalls nicht zur Anwendung käme, vgl. *Hanratty*, a.a.O., Rn. 9 ff.; *Knutson*, 24 Berkeley Tech. L.J. 437, 452 ff. (2009); *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 499; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 116 ff.; *Tushnet*, 53 UCLA L. Rev. 977, 1007 (2006); *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 115 (2006).

zugänglich machen.⁹²⁵ Nach der sog. *first sale doctrine* kann der Urheberrechtsinhaber allerdings die Weiterverbreitung beziehungsweise den Weiterverkauf eines einmal mit seiner Zustimmung in den öffentlichen Verkehr gelangten Werkexemplars nicht mehr kontrollieren, so dass diesbezüglich Verletzungen des *distribution right* grundsätzlich ausgeschlossen sind.⁹²⁶ Das *distribution right* bezieht sich auf jegliche Werkstücke; es sind also neben solchen Exemplaren, die legal hergestellt und verbreitet wurden, auch illegal hergestellte Werkexemplare erfasst.⁹²⁷ Im Falle der Verbreitung eines nicht autorisierten Werkexemplars tritt daher neben die Verletzung des *reproduction right* stets eine Verletzung des *distribution right*.⁹²⁸

1. Thumbnails

Bei den auf *Googles* eigenen Servern gespeicherten *Thumbnails* handelt es sich – wie zuvor gezeigt – um illegal, unter Verletzung des *reproduction right* hergestellte Vervielfältigungsstücke der Originalwerke. Diese werden den Nutzern auf ihre Suchanfrage hin in Form der Anzeige auf dem jeweiligen Bildschirm zugänglich gemacht. Aufgrund der unüberschaubaren und unkontrollierbaren Zahl von Nutzern, ist auch an der Öffentlichkeit der *distribution* nicht zu zweifeln. Das Anzeigen der *Thumbnails* im Rah-

925 Grundlegend zur Frage, wann eine Verbreitung an die „Öffentlichkeit“ vorliegt, vgl. *Encyclopaedia Britannica Educ. Corp. v. Crooks*, 558 F. Supp. 1247 (W.D.N.Y. 1983); *Obolensky v. G.P. Putnam's Sons*, 628 F. Supp. 1552 (S.D.N.Y. 1986); vgl. auch *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.11 [A].

926 Der Gedanke der heute in 17 U.S.C. § 109 (a) kodifizierten *first sale doctrine* wurde vom U.S. Supreme Court erstmals in der Entscheidung *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908) erörtert. Ausführlich zu 17 U.S.C. § 109 (a) siehe *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.12 und *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 126 ff.

927 Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.11 [A].

928 Vgl. *Hotaling v. Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints*, 118 F.3d 199, 203 (4th Cir. 1997); *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 510 f.; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.12 [A], [B](4). Dem Urheberrechtsinhaber stehen daher im Falle der Verbreitung nicht autorisierter Werkexemplare aufgrund der Verletzung beider Ausschließlichkeitsrechte zwei unabhängige Ansprüche zu, die sich sowohl gegen dieselbe Person (Herstellung und Verbreitung des Werkstückes durch eine Person) als auch gegen unterschiedliche Personen richten können.

men der Bildersuche stellt daher eine Beeinträchtigung des *distribution right* dar.⁹²⁹

2. Google Book Search

Das *distribution right* könnte auch durch die Verwendung der urheberrechtlich geschützten Werke durch Google im Rahmen der Buchsuche betroffen sein. Sowohl die Anzeige von *Snippets* als Suchergebnisse als auch die Weitergabe von digitalen Kopien der gescannten Werke an die Ursprungsbibliothek kann eine *public distribution* im Sinne des 17 U.S.C. § 106 (3) darstellen. In beiden Fällen werden – wie zuvor gezeigt – ohne Autorisation durch den Urheberrechtsinhaber Werkstücke hergestellt.

Bei der Anzeige der *Snippets* könnte man bereits daran zweifeln, ob diese einen für eine *public distribution* ausreichenden Umfang haben oder aber eine Verletzung des Ausschließlichkeitsrechtes aufgrund der Kürze der dargestellten Ausschnitte ausscheidet. Anders als im Rahmen des *reproduction right* ist eine „eigenständige“ *de minimis*-Ausnahme bezüglich des *distribution right* jedoch nicht anerkannt, so dass auch die ungenehmigte Verbreitung von kleinen Werkteilen das ausschließliche Recht des Urheberrechtsinhabers beeinträchtigt. Der geringe Umfang der dargestellten Werkstücke kann jedoch Berücksichtigung im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung finden.⁹³⁰ Daran, dass eine Verbreitung an die Öffentlichkeit vorliegt, ist aufgrund der unüberschaubaren und unkontrollierbaren Zahl von Nutzern nicht zu zweifeln. Das Anzeigen der *Snippets* beeinträchtigt somit das *distribution right*.

Durch die Übergabe einer digitalen Kopie eines jeden gescannten Werkes an die Ursprungsbibliothek wird ebenfalls ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers ein Werkexemplar verbreitet. Fraglich ist allerdings, ob auch ein Zugänglichmachen an die Öffentlichkeit im Sinne des 17 U.S.C. § 106 (3) vorliegt. Dies hängt letztendlich von der Art der Nutzung durch die jeweilige Bibliothek ab. Werden die digitalen Kopien lediglich zu Zwecken der Archivierung des Bibliotheksbestandes in digitaler Form verwendet, scheidet eine *public distribution* wohl aus. Werden die Werke hingegen – wie es voraussichtlich zumeist der Fall sein wird – den Nut-

929 So auch *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 844 (C.D. Cal. 2006).

930 Vgl. *Inesi*, 21 Berkeley Tech. L.J. 945, 970 ff. (2006); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.01 [G].

zern der jeweiligen Bibliothek beispielsweise an Leseplätzen zugänglich gemacht oder gar zum Download auf den eigenen Computer oder zum Ausdrucken angeboten, so ist ebenfalls das Verbreitungsrecht betroffen.⁹³¹ Diesbezüglich käme jedoch allenfalls eine Haftung *Googles* nach den Grundsätzen des *contributory infringement*, also wegen einer mittelbaren Urheberrechtsverletzung, in Betracht, da eine *public distribution* durch die Bibliotheken selbst stattfände, die die Werke den Nutzern zugänglich machen. Eine Haftung für *contributory infringement* setzt jedenfalls einen gewissen Tatbeitrag und ein Wissenselement voraus, wobei grundsätzlich jede Form der Teilnahme ausreicht⁹³² und auch ein „Wissenmüssen“ („*constructive knowledge*“) genügen kann.⁹³³⁹³⁴ Daran wäre hier grundsätzlich nicht zu zweifeln, da die den Nutzern zugänglichgemachten Digitalisate von *Google* stammen und ohne diese die dargestellte Nutzung durch die Bibliotheken nicht ohne Weiteres möglich wäre. In der Entscheidung *Sony v. Universal*⁹³⁵ stellte der Supreme Court jedoch einschränkend fest, eine mittelbare Haftung für eine Urheberrechtsverletzung müsse in aller Regel ausscheiden, wenn die Werknutzer die Werkkopien ganz überwiegend zu nicht urheberrechtsverletzenden Zwecken einsetzten.⁹³⁶ Eine Verletzung des *distribution right* würde diesbezüglich folglich ausscheiden, wenn die Nutzung der Vervielfältigungsstücke durch die Nutzer ihrerseits keine Ur-

931 Vgl. *Tushnet*, 53 UCLA L. Rev. 977, 1020 f. (2006); *Vaidhyanathan*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1207, 1229 f. (2007).

932 Vgl. *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971): „[O]ne who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a ‘contributory’ infringer.“ [Hervorhebungen durch den Verfasser].

933 Vgl. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001): „Contributory liability requires that the infringer ‘know or have reason to know’ of direct infringement“.

934 Ausführlich zu den Voraussetzungen des „*contributory infringement*“ *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 12.04 [A][3]; *Patry*, On Copyright, § 21:42-61, jeweils m.w.N. Aus der deutschen Literatur siehe *Spindler/Leistner*, GRUR Int. 2005, 773 (775 ff.).

935 *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984); siehe dazu ausführlich oben 2. Kapitel, C.I.2.b)aa).

936 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 441 f. (1984).

heberrechtsverletzung darstellt, insbesondere weil sie als *Fair Use* zu betrachten oder nach der *Library Exemption* zulässig wäre.⁹³⁷

III. *Right to publicly display*

Neben dem *reproduction* und *distribution right* kommt auch ein Eingriff in das dem Urheberrechtsinhaber nach 17 U.S.C. § 106 (5) ausschließlich zustehende *right to publicly display* in Betracht. Nach der Legaldefinition des 17 U.S.C. § 101 liegt ein *display* des Werkes in jedem Fall einer Darstellung eines Vervielfältigungsstückes, gleich in welchem Zusammenhang, vor. Das unbefugte Darstellen eines urheberrechtlich geschützten Werkes verletzt das *display right* aber nur dann, wenn dies öffentlich (*publicly*) geschieht. Nach 17 U.S.C. § 101 liegt ein *public display* vor, wenn die Kopie des Werkes an einem beliebigen Ort oder mehreren Orten durch beliebige Medien einer beträchtlichen Zahl von Personen außerhalb des Kreises der Familie und Bekannten zugänglich gemacht wird.⁹³⁸ Entscheidend ist die Möglichkeit der Wahrnehmung durch eine ausreichende Zahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit; einer tatsächlichen Wahrnehmung bedarf es hingegen nicht.⁹³⁹ Erheblich eingeschränkt wird das *display right* allerdings – ähnlich der Beschränkung des *distribution right* durch die *first sale doctrine* – durch 17 U.S.C. § 109 (c), wonach der Eigentümer eines rechtmäßig hergestellten und erlangten Werkstückes dieses der Öffentlichkeit ohne weitere Zustimmung des Urheberrechtsinhabers zugänglich machen darf.

937 Siehe dazu näher unten 5. Kapitel, B.II.1. Zur vergleichbaren Argumentation des *Supreme Court* in der Entscheidung *Sony v. Universal* siehe oben 2. Kapitel, C.I. 2.b)aa).

938 Ausführlich zum Erfordernis des *public display*, insbesondere zur Frage, wann eine „*substantial number of persons*“ im Sinne dieser Definition vorliegt, siehe *Streeter v. Rolfe*, 491 F. Supp. 416 (W.D. La. 1980); *Thomas v. Pansy Ellen Prods., Inc.*, 672 F. Supp. 237, 240 (W.D.N.C. 1987); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.14 [C].

939 Vgl. H.R. Rep. No. 94-1476 (1976), S. 64 f.; *Los Angeles News Service v. Reuters Television International, Ltd.*, 942 F. Supp. 1265, 1270 (C.D. Cal. 1996); *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 515.

1. Thumbnails

Im Rahmen der Bildersuche werden dem Nutzer auf seine Suchanfragen hin die von *Google* erstellten und in einer Datenbank gespeicherten *Thumbnails* angezeigt, die der jeweiligen Suchanfrage am besten entsprechen. Mit einem weiteren Klick auf die *Thumbnails* kann der Nutzer unmittelbar die Website erreichen, auf der sich das urheberrechtlich geschützte Originalwerk in seiner ursprünglichen Größe befindet. Durch diese Vorgehensweise könnte das *right to publicly display* aus zwei Gründen beziehungsweise durch zwei Vorgänge verletzt sein.

Zunächst kommt eine Rechtsverletzung durch die Anzeige der auf *Googles* eigenen Servern gespeicherten *Thumbnails* auf die Nutzeranfrage hin in Betracht. Bei den *Thumbnails* handelt es sich, wie zuvor gezeigt, um nicht autorisierte Vervielfältigungsstücke der Originalwerke. Diese werden auch öffentlich im Sinne der 17 U.S.C. § 101, § 106 (5) dargestellt, da sie allen Nutzern des Suchdienstes – und somit einer unkontrollierbar großen Zahl von Personen an (fast) beliebigen Orten weltweit – auf ihren Computerbildschirmen angezeigt und somit zugänglich gemacht werden. Das Anzeigen der auf den Servern von *Google* gespeicherten *Thumbnails* stellt daher einen Eingriff in das dem Urheberrechtsinhaber zustehende *right to publicly display* dar.⁹⁴⁰

Zusätzlich könnte das *display right* auch durch das Setzen sogenannter *In-Line Links* zu den fremden Inhalten beziehungsweise durch das sogenannte *Framing* durch *Google* beeinträchtigt sein. Auch bei diesem Vorgang werden den Nutzern Vervielfältigungsstücke der Originalwerke zugänglich gemacht.⁹⁴¹ Anders als die dem Nutzer präsentierten *Thumbnails* sind die so angezeigten Bilddateien jedoch niemals auf *Googles* Servern gespeichert. Nach dem vom *District Court* in der Entscheidung *Perfect 10*

940 Ebenso *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 816 (9th Cir. 2003): Ein Eingriff in das *display right* wurde von *Arriba Soft* nicht bestritten. *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 844 (C.D. Cal. 2006); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1148 (9th Cir. 2007); *Goryunov*, 41 J. Marshall L. Rev. 487, 501 (2008); *McFarlane*, 38 Golden Gate U. L. Rev. 381, 386 f. (2008); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 12B.01 [2]. Siehe auch *K. Olson*, 14 Comm. L. & Pol’y 153, 161 (2009).

941 Im Arbeitsspeicher der Computer der Nutzer kommt es zunächst zur Speicherung und somit zu einer Fixierung einer Kopie des Originalwerkes, die anschließend auf dem Computerbildschirm angezeigt werden kann.

v. *Google* entworfenen⁹⁴² und vom *Court of Appeals for the Ninth Circuit* in der zweiten Instanz übernommenen⁹⁴³ sogenannten „*Server Test*“ ist jedoch gerade dieser Unterschied für die Zurechenbarkeit des Eingriffes in das *display right* entscheidend: Im Falle des *In-Line Linkings* wird dem Nutzer lediglich ein Pfad zum Auffinden des Originalwerkes aufgezeigt. Ein Vervielfältigungsstück dieses Werkes in Originalgröße befindet sich jedoch – anders als das verkleinerte *Thumbnail Image* – nicht auf *Googles* eigenen Servern. *Google* macht dem Nutzer daher das Bild in Originalgröße nicht im Sinne des Copyright Act zugänglich. Ein Eingriff in das *display right* scheidet somit in diesem Fall aus.⁹⁴⁴

2. Google Book Search

Die genannten Eingriffsvoraussetzungen könnte auch die *Google* Buchsuche durch die Darstellung von *Snippets* auf die Suchanfrage der Nutzer hin erfüllen und somit eine Beeinträchtigung des *display right* darstellen.

Da an der Öffentlichkeit der Darstellung aufgrund der unüberschaubaren und unkontrollierbaren Zahl von Nutzern nicht zu zweifeln ist, käme lediglich in Betracht, eine Verletzung des *display right* aufgrund des geringen Umfanges der angezeigten Textauszüge als *de minimus* ausschei-

942 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 839, 843 f. (C.D. Cal. 2006).

943 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1159 ff. (9th Cir. 2007).

944 Vgl. *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 844 (C.D. Cal. 2006); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1160 f. (9th Cir. 2007); *McFarlane*, 38 Golden Gate U. L. Rev. 381, 386 f. (2008). Anderer Ansicht war zunächst der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* in seiner ersten Entscheidung des Falles *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F.3d 934, 947 (9th Cir. 2002). Diesen Teil der Entscheidung widerrief das Gericht jedoch in der zweiten, endgültigen Entscheidung und erklärte, dass der ersten Entscheidung insoweit keine Präjudizwirkung zukomme, vgl. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 815 (9th Cir. 2003): „*The Opinion filed February 6, 2002 [...] is withdrawn. It may not be cited as precedent [...]*“. Siehe auch *Cohen/Loren/Okediji/O'Rourke*, Copyright, S. 433 ff.; *Gray/Kissman*, 19 No. 10 Intell. Prop. & Tech. L.J. 12, 13 (2007); *Goryunov*, 41 J. Marshall L. Rev. 487, 515 f. (2008); *Westin*, 2007 Duke L. & Tech. Rev. 2, Rn. 16.

den zu lassen.⁹⁴⁵ Von der ganz überwiegenden Auffassung wird jedoch die Annahme einer eigenständigen *de minimis*-Ausnahme im Rahmen der Verletzung des *display rights* – ebenso wie bezüglich des *distribution rights*⁹⁴⁶ – abgelehnt und für eine Berücksichtigung des geringen Umfangs und damit einer möglicherweise geringen Intensität des Eingriffes im Rahmen der anschließenden *Fair Use*-Rechtfertigungsprüfung plädiert.⁹⁴⁷ Letzterer Ansicht ist zuzustimmen, da nur so eine klare und „saubere“ Prüfung zu gewährleisten ist, die nicht die Grenzen zwischen Eingriff und Rechtfertigung verwischt. Andernfalls würde der dritte *Fair Use*-Faktor („*The Amount and Substantiality of the Portion Used*“) letztlich überflüssig.

Die Darstellung von Auszügen der gescannten Werke in Form von *Snippets* stellt daher einen Eingriff in das dem Urheberrechtsinhaber vorbehaltene *right to publicly display* dar.⁹⁴⁸

B. Google Book Search und Darstellung von Thumbnails als Fair Use?

Sowohl durch die Verwendung und Darstellung von *Thumbnails* bei der Bildersuche als auch im Rahmen der Buchsuche wird – wie zuvor dargestellt – in durch 17 U.S.C. § 106 gewährte urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte eingegriffen. Diese Eingriffe müssten die jeweiligen Rechteinhaber jedoch hinnehmen, wenn die Verwendung ihrer urheberrechtlich geschützten Werke durch *Google* (oder andere Betreiber) durch die *defense* des *Fair Use* gerechtfertigt wäre.

Die Frage der Rechtfertigung der Verwendung von *Thumbnails* ist bereits Gegenstand von Entscheidungen verschiedener US-amerikanischer Gerichte gewesen und dabei (zunächst) unterschiedlich beantwortet worden. Eine höchstrichterliche Klärung ist noch nicht erfolgt und in näherer Zukunft auch nicht zu erwarten.

945 So *Band*, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 227, 235 (2009); *ders.*, 3 J. Bus. & Tech. L. 1, 19 (2008); *ders.*, Google Library Copyright Debate, S. 4.

946 Vgl. oben 5. Kapitel, A.II.

947 Siehe statt vieler *Inesi*, 21 Berkeley Tech. L.J. 945, 970 ff. (2006) und *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 8.01 [G], jeweils m.w.N.

948 Im Ergebnis ebenso *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 10 (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 417, 435 (2007).