

Webseiten ⁶ sowie auf Webseiten Dritter, die Lizenzverträge mit Kelly abgeschlossen haben. Die Beklagte Arriba Soft Corporation ⁷ ("Arriba") betreibt eine Suchmaschine, welche die Suchresultate in der Form kleiner Bildchen ("Thumbnails") anstatt als Text darstellt.

a) Arribas Webseite...

Arribas Programm durchsucht das Internet ⁸ und lädt Kopien von Bildern, die es findet, auf den Server

**** SIC 2003 Seite 250 ****

von Arriba. Aufgrund dieser Kopien stellt das Programm Thumbnails der Bilder her und löscht anschliessend die Kopien der Bilder. Die Thumbnails verbleiben auf dem Server von Arriba. Wenn ein Besucher der Webseite von Arriba einen Suchbegriff eingibt, listet die Suchmaschine die zu dem Begriff passenden Thumbnails auf einer Resultatseite auf.

Bei einem Klick auf ein Thumbnail öffnete sich während der ersten sechs Monate von 1999 eine "Images Attributes"-Seite. Diese Seite stellte das Originalbild in voller Auflösung dar, zusammen mit einer Beschreibung der Grösse des Bildes, einem Link zur Webseite, auf der das Originalbild zu finden ist, und einem Banner und Werbung von Arriba. Technisch wurde die Darstellung des Originalbildes durch einen so genannten Inlinelink gelöst. Der Inlinelink weist den Browser des Besuchers an, das Bild von der angegebenen Quelle herunterzuladen. Obwohl das Bild dadurch direkt von einem anderen Server heruntergeladen wird und sich keine Kopie des Bildes auf den Servern von Arriba befindet, erscheint das Bild im Kontext von Arribas Webseite. Der Besucher wird in der Regel nicht realisieren, dass das Bild effektiv von einem anderen Server stammt ⁹.

b) ... und was Kelly daran störte

Im Januar 1999 besuchte Arribas Programm Webseiten, die Bilder von Kelly enthielten. Das Programm kopierte 35 von Kellys Bildern in die Datenbank von Arriba und machte Thumbnails der Bilder auf der Webseite von Arriba zugänglich, ohne dass Kelly hierzu seine Einwilligung gegeben hätte. Als dieser bemerkte, dass Arriba die Bilder kopiert hatte, beschwerte er sich. Arriba löschte die Thumbnails seiner Bilder und setzte Kellys Webseiten auf einen Index von Seiten, die in Zukunft nicht mehr besucht werden sollten.

Mehrere Monate später erhielt Arriba Kellys Klage wegen Urheberrechtsverletzung zugestellt. In der Klage wurden verschiedene Bilder Kellys identifiziert, die Arribas Programm offenbar auf Webseiten Dritter gefunden hatte und nun in der oben beschriebenen Weise als Thumbnails auf dem Server von Arriba der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden. Arriba löschte in der Folge auch diese Thumbnails und setzte auch die genannten Webseiten Dritter auf den Index von Seiten, die in Zukunft nicht mehr besucht werden sollten.

Der District Court for the Central District of California entschied ohne Beizug von Geschworenen ("summary judgment") zugunsten von Arriba und wies die Klage vollumfänglich ab ¹⁰. Kelly erklärte daraufhin Berufung an den Court of Appeals for the 9th Circuit.

II. Das Urteil des 9th Circuit Court

Das Appellationsgericht kommt zu einem differenzierten Urteil: das Herstellen und Zugänglichmachen der Thumbnails ist zulässig, nicht aber die Darstellung der Original-Bilder mittels Inlinelink in einem fremden Kontext.

1. Thumbnails

Einleitend hält das Gericht fest, dass der Urheberrechtsinhaber das ausschliessliche Recht habe, Werkexemplare herzustellen, zu vertreiben und öffentlich zu zeigen ¹¹. Da die Fotografien von Kelly unbestrittenermassen Urheberrechtsschutz genossen und Arriba diese Bilder ohne Genehmigung des Urheberrechtsinhabers kopiert habe, liege prima facie eine Urheberrechtsverletzung vor und es liege an Arriba, einen Rechtfertigungsgrund nachzuweisen.

**** SIC 2003 Seite 251 ****

Das amerikanische Urheberrechtsgesetz sieht gewisse Schranken des Urheberrechtsschutzes vor. Eine dieser Schranken ist der so genannte fair use, gesetzlich geregelt in § 107 Copyright Act, welcher hier wegen seiner zentralen Bedeutung für den Fall vollständig wiedergegeben wird:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include -

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Das Gericht wendet sich nun den einzelnen in Abs. 2 von § 107 Copyright Act aufgezählten Faktoren der fair use-Ausnahme zu, wobei das Schwergewicht der Analyse auf dem zweiten und vierten Faktor liegt.

In Bezug auf den purpose and character of the use hält das Gericht fest, dass die Verwendung von Kellys Bildern durch Arriba zwar kommerziell sei; da Arriba die Bilder aber weder verkaufe noch dazu benutze, direkt für ihre Webseite zu werben, sei der kommerzielle Gebrauch nicht besonders ausbeutend und spreche nur leicht gegen Arriba. Das Gericht wendet sich dann der Frage zu, ob der Gebrauch der Bilder transformativ¹² im Sinne der Rechtsprechung des Supreme Court ist. Es zitiert den Supreme Court-Entscheid *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, der den Zweck der Frage nach dem purpose and character of the use wie folgt umschreibt: "The central purpose of this investigation is to see (...) whether the new work merely supersede(s) the objects of the original creation (...) or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is transformative"¹³.

Das Gericht kommt gestützt darauf, dass die Thumbnails einem anderen Zweck dienen als die Originalbilder, zum Schluss, dass die Nutzung von Kellys Bildern durch Arriba transformativ sei. Arriba habe zwar exakte, aber sehr viel kleinere und geringer aufgelöste Kopien von Kellys Bildern angefertigt. Während Kellys Bilder zur Illustration dienen, also einen ästhetischen Zweck hätten, verwende Arriba die Thumbnails zur Erleichterung des Zugangs zu Informationen. Die Thumbnails könnten den ästhetischen Zweck der Originalbilder nicht wahrnehmen, weil sie bei einer Vergrösserung durch den Benutzer aufgrund ihrer geringen Auflösung unscharf würden. Der Richter unterscheidet den Fall von dem Fall, in dem Musik von CD's auf den Computer überspielt und in MP3-Dateien umgewandelt wurde¹⁴. Beide Dateiformate dienen der Wiedergabe von Musik für Unterhaltungszwecke, also dem gleichen Zweck, weshalb sich jener Fall vom vorliegenden unterscheidet.

Abschliessend hält das Gericht fest, dass mit der Qualifikation der Thumbnails als transformative Nutzung eines Werkes dem Sinn und Geist des Urheberrechtsgesetzes entsprochen werde: "The thumbnails do not stifle artistic creativity because they are not used for illustrative or artistic purposes and therefore do not supplant the need for the originals"¹⁵.

In Bezug auf die nature of the copyrighted work hält das Gericht fest, dass künstlerische Fotografien zwar kreativ seien und daher grundsätzlich einen grösseren Schutzzumfang genossen als stärker auf Tatsachen basierende Werke¹⁶. Die Tatsache, dass Kellys Bilder schon im Internet veröffentlicht worden seien, bevor sie von Arriba verwendet wurden, spreche jedoch eher für fair use¹⁷. Die Abwägung der zwei Elemente ergebe, dass dieser Faktor nur gering für Kelly spreche.

Arriba habe zwar das gesamte Werk kopiert, was in der Regel gegen die Annahme eines fair use spreche¹⁸. Das Kopieren des gesamten Werkes sei jedoch nötig gewesen, um den Benutzern von Arribas Suchmaschine den Entscheid zu ermöglichen, ob sie eine gefundene Webseite aufsuchen wollen oder nicht. Daher spreche der Faktor amount and substantiality of portion used ebenfalls nur leicht gegen Arriba.

Der Faktor effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work verlange nicht nur die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Schadens, der durch die Handlungen des Beklagten entstehe, sondern der Richter müsse auch beachten, ob ungehindertes und weitverbreitetes Verhalten der Art des beklaglichen Verhaltens wesentliche negative Auswirkungen auf den potentiellen Markt für das urheberrechtlich geschützte Werk habe¹⁹.

Kellys Fotos hätten mindestens zwei verschiedene Einsatzmöglichkeiten: Einerseits lockten sie Besucher auf seine Webseite, andererseits könne Kelly seine Bilder verkaufen oder lizenzieren.

Die Verwendung der Thumbnails durch Arriba führe Besucher zu Kellys Webseite hin und halte sie nicht etwa davon ab, Kellys Webseite zu besuchen. Ein Besucher komme

** SIC 2003 Seite 252 **

nicht umhin, Kellys Webseite zu besuchen, um das Bild in Originalgrösse zu sehen. Auch Kellys Möglichkeiten, die Bilder zu verkaufen oder zu lizenzieren, werde durch die Thumbnails nicht beeinträchtigt. Da die Thumbnails wegen ihrer geringen Auflösung selbst bei einer Vergrösserung das Originalbild nicht zu ersetzen vermöchten, könne niemand ein scharfes Bild in Originalgrösse erhalten, ohne Kellys Webseite zu besuchen. Arribas Verwendung von Kellys Bildern schade daher dem Marktwert der Originalbilder nicht, und der vierte Faktor spreche für Arriba.

In Abwägung aller vier Faktoren kommt das Gericht zum Schluss, dass die Verwendung von Thumbnails von Kellys Bildern durch Arriba als fair use zu qualifizieren sei.

2. Inlinelinking der Bilder in Originalgrösse

Der zweite Teil des Urteils befasst sich mit der Zulässigkeit des Inline-linkings von Kellys Bildern in Originalgrösse durch Arriba.

Das Gericht stellt fest, dass Arriba keine Kopien von Kellys Bildern in Originalgrösse angefertigt habe. Durch den Inlinelink würden die Bilder vielmehr direkt von Kellys Webseite auf die Computer der Besucher von Arribas Webseite gesendet. Daher liege keine Verletzung des ausschliesslichen Rechts des Urheberrechtseinhabers, Kopien des Werkes herzustellen, vor.

Das Gericht gelangt jedoch gestützt auf die Materialien zum Schluss, dass der Inlinelink auf Kellys Bild das ausschliessliche Recht des Urheberrechtseinhabers "to display the copyrighted work publicly"²⁰ verletze.

"The legislative history emphasizes the broad nature of the display right, stating that "each and every method by which

the images or sounds comprising a performance or display are picked up and conveyed is a "transmission" and if the transmission reaches the public in (any) form, the case comes within the scope of the (public performance and display rights) of section 106" ²¹. Looking strictly at the language of the (Copyright) Act and its legislative history, it appears that when Arriba imports Kelly's images into its own web page, Arriba is infringing upon Kelly's public display right" ²².

Auch das Element "public" des Begriffs sei erfüllt. "By making Kelly's images available on its web site, Arriba is allowing public access to those images. The ability to view those images is unrestricted to anyone with a computer and internet access" ²³.

Es gebe zwar keine Fälle, welche sich mit der Frage, ob Inlinelinking die Rechte des Urheberrechtsinhabers verletze, beschäftigten. Der Fall sei jedoch analog den Fällen zu entscheiden, in denen die Betreiber von Webseiten oder elektronischen Bulletin Board Systems (BBS) dafür haftbar gemacht wurden, dass sie in ihren Datenbanken urheberrechtlich geschützte Bilder zum Abruf bereit hielten ²⁴.

Das Gericht unterscheidet dann den vorliegenden Fall von den Fällen, in denen jemand lediglich passiv urheberrechtlich geschützte Werke ohne Einwilligung des Urheberrechtsinhabers weiterverbreitet hat ²⁵. Die Sachverhalte dieser Urteile, die festhielten, dass das bloss passive Bereitstellen der zur Urheberrechtsverletzung benutzten Infrastruktur keine Haftung des Infrastrukturanbieters zur Folge habe, unterschieden sich vom vorliegenden Fall, weil Arriba hier, anders als die Beklagten in den genannten Fällen, aktiv das Web nach Bildern durchsucht, Kellys Bilder gefunden und dann diese Bilder mittels Inlinelinks im Kontext ihrer eigenen Webseite dargestellt habe. "Without this (Arriba's) program, users would not have been able to view Kelly's images within the context of Arriba's site. Arriba acted as more than a passive conduit of the images by establishing a direct link to the copyrighted images. Therefore, Arriba is liable for publicly displaying Kelly's copyrighted images without his permission. ²⁶"

Das Gericht wendet sich dann der Analyse der fair use-Faktoren für das Einbetten der Bilder in Originalgrösse mittels Inlinelinks in eine fremde Webseite zu. Da die Bilder in Originalgrösse, anders als die Thumbnails, in erster Linie einen illustrativen oder artistischen Zweck hätten und die Suchmaschine auch ohne sie funktionieren würde, entspreche der Zweck ihrer Verwendung durch Arriba dem Zweck der Verwendung der Bilder durch Kelly. Ihre Nutzung durch Arriba sei daher nicht transformativ.

Weil Arribas Einbetten der Bilder in ihre eigene Webseite es Internetnutzern erlaube, die Bilder in Originalgrösse ohne Besuch auf Kellys Webseite zu betrachten, würden Besucher von Kellys Webseite abgehalten, was Kellys wirtschaftliche Interessen schädige. Auch bestehe die Möglichkeit, dass Internetnutzer die Bilder in Originalgrösse von Arribas Webseite herunterladen und dann verkaufen oder lizenzieren könnten. Das Einbetten von Kellys Bildern in Arribas Webseite würde daher dem Marktwert von Kellys Bildern schaden. Alle vier Faktoren der fair use-Analyse - betreffend der Faktoren zwei und drei verweist das Gericht auf die Erwägungen zu den Thumbnails - sprächen gegen Arriba; die Darstellung der Bilder mittels Inlinelinking im Kontext von Arribas Webseite falle daher nicht unter die fair use Ausnahme.

III. Kritische Würdigung

Im Ergebnis trifft das Urteil eine differenzierte Abwägung der Interessen

**** SIC 2003 Seite 253 ****

der Urheberrechtsinhaber und der Öffentlichkeit, die m.E. überzeugt. Die Anwendung der fair use-Doktrin auf die Thumbnails zeugt von einer Bereitschaft, die Verwendung geschützter Werke im Internet grosszügig zu gestatten, wenn damit ein Nutzen für die Öffentlichkeit geschaffen wird, ohne dass die wirtschaftlichen Interessen des Urheberrechtsinhabers geschädigt werden. Vom ursprünglichen Zweck des § 107 Copyright Act entfernt sich das Gericht, ohne dies im Urteil ausdrücklich zu thematisieren. § 107 Copyright Act hält in seinem ersten Satz fest, "the fair use of a copyrighted work (...) for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (...), scholarship, or research, is not an infringement of copyright". Im zweiten Absatz werden dann die Faktoren aufgezählt, die bei der Beurteilung des fair use in Betracht zu ziehen sind. Dass Arribas Verwendung der Bilder nicht unter eine der erwähnten Verwendungsarten fällt - anders als beispielsweise die Parodie des Roy Orbison Songs "Pretty Woman" durch die 2 Live Crew im Supreme Court Entscheid *Campbell v. Acuff-Rose Music*, auf den sich das Gericht massgeblich stützt - wird mit keinem Wort erwähnt. Das Gericht beschränkt sich vielmehr auf die Prüfung der Faktoren des zweiten Absatzes von § 107 Copyright Act. Eine weniger extensive Interpretation der fair use-Doktrin hätte sich auch auf den Standpunkt stellen können, dass keine der im ersten Satz von § 107 Copyright Act explizit erwähnten oder sinngemäss mitumfassten Verwendungsarten vorliege und die Anwendung der fair use Ausnahme deswegen ausgeschlossen sei.

Das Gericht geht nicht auf das Problem ein, dass zur Herstellung der Thumbnails in einem ersten Schritt Kopien der Bilder in Originalgrösse angefertigt werden. Auch wenn diese Bilder anschliessend gelöscht werden, so stellt das Kopieren doch eine prima facie-Urheberrechtsverletzung dar ²⁷. Das Kopieren als nötiger Zwischenschritt einer zulässigen Verwendung eines Werkes fällt allerdings wohl unter die intermediate copying-Doktrin, welche besagt, dass die Anfertigung einer Kopie, die zur urheberrechtlich zulässigen Nutzung eines Werkes notwendig ist, unter die fair use-Ausnahme fällt ²⁸.

Auch der Schluss, dass die Einbettung urheberrechtlich geschützter Werke in die eigene Webseite mittels Inlinelink ohne Einwilligung des Urheberrechtsinhabers eine Urheberrechtsverletzung darstellt, ist gerechtfertigt. Allerdings scheint mir die Annahme, dass Inlinelinking unter das public display-Recht fällt, zumindest nicht auf der Hand zu liegen. Wie das Gericht richtig ausführt, setzt public display via elektronische Medien eine Übermittlung des Werkes an die Öffentlichkeit voraus ²⁹. Arriba übermittelt aber genau betrachtet nur einen Hinweis, wo der Browser des Benutzers das (bereits veröffentlichte) Werk finden kann, und nicht das Werk selber ³⁰. Wenn man dies bereits unter den Begriff public display subsumiert, dann bleibt insbesondere die Abgrenzung zu einem gewöhnlichen Hyperlink, d.h. einem Hyperlink, bei

dessen Aktivierung die gelinkte Seite vollständig dargestellt wird, unklar, denn auch ein solcher Link weist den Browser des Besuchers an, eine Webseite zu laden. Google, als Betreiberin einer Suchmaschine, die ihre Ergebnisse als Hyperlinks auf die gefundenen Seiten darstellt, stört sich denn auch insbesondere an der Aussage "Arriba acted as more than a passive conduit of the images by establishing a direct link to the copyrighted images. Therefore, Arriba is liable for publicly displaying Kelly's copyrighted images without his permission" ³¹. Aus dem Zusammenhang gerissen erfasst diese Aussage auch gewöhnliche Hyperlinks. Ist aber bereits das Setzen eines gewöhnlichen Hyperlinks eine Urheberrechtsverletzung, wenn der Link auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk hinweist ³², dann ist die Funktionsfähigkeit des Internets wirklich in Gefahr.

IV. Rechtslage nach Schweizer Recht

1. Thumbnails

Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass Kellys Bilder, von denen Arriba Thumbnails hergestellt hat, geistige Schöpfungen sind, die individuellem Charakter haben und als solche nach Schweizer Recht urheberrechtlich geschützt sind ³³. Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. a Urheberrechtsgesetz (URG, SR 231.1) hat der Urheberrechtseinhaber das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf. Die Anfertigung eines Thumbnails eines Bildes stellt, anders als die weitgehend originalgetreue Digitalisierung einer Fotografie, eine Bearbeitung des Bildes dar. Durch die sehr viel geringere Auflösung des Thumbnails wird die künstlerische Eigenart des Bildes in der Regel beeinträchtigt ³⁴; gleichzeitig ist ein Thumbnail natürlich keine freie Benutzung, welche die Individualität des benutzten Werkes nicht mehr erkennen lässt ³⁵. Falls die Anfertigung des Thumbnails nicht unter eine der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes fällt, so ist sie widerrechtlich.

a) Zitatzfreiheit

Die Thumbnails dienen zweifellos als Hinweise auf Kellys Bilder. Sie erfüllen somit einen der in Art. 25 Abs. 1 URG genannten Zwecke eines Zitates. Art. 25 Abs. 1 URG erlaubt es, veröffentlichte Werke zu

** SIC 2003 Seite 254 **

zitieren, wenn das Zitat zur Erläuterung, als Hinweis oder zur Veranschaulichung dient und der Umfang des Zitates durch diesen Zweck gerechtfertigt wird. Die frühere Beschränkung der Zitierfreiheit auf das Zitat zu wissenschaftlichen Zwecken ist weggefallen ³⁶. Im Rahmen des Zitierzwecks ist auch eine veränderte Wiedergabe erlaubt ³⁷.

b) Bildzitat

Umstritten ist, ob das Zitatrecht auch auf Werke der bildenden Kunst Anwendung findet. Im bundesrätlichen Entwurf 1984 war dies vorgesehen ³⁸. Im bundesrätlichen Entwurf 1989 wurde davon abgesehen, auch Werke der bildenden Kunst dem Zitatrecht zu unterstellen; dies mit dem Argument, dass das Vervielfältigungsrecht an Werken der bildenden Kunst kollektiv verwertet würde und es deshalb nicht sinnvoll sei, über das Zitatrecht eine Bresche in diesen bereits organisierten Verwertungsbereich zu schlagen ³⁹. Aus dieser legislativen Geschichte des geltenden Art. 25 URG schliesst ein Teil der Lehre, dass ein Bildzitat nach schweizerischem Recht nicht vorgesehen ist ⁴⁰. Andere Autoren schliessen ein Bildzitat unter Hinweis auf den Gesetzestext, der keine Ausnahme bestimmter Werkkategorien vorsieht, nicht prinzipiell aus ⁴¹.

Bezüglich der im Internet veröffentlichten und von einer Suchmaschine indizierten Werken der bildenden Kunst trifft die Prämisse der Botschaft, dass Werke der bildenden Kunst kollektiv verwertet würden, nicht zu. Der grösste Teil der im Internet veröffentlichten Bilder, Zeichnungen, Fotografien, Grafiken etc. untersteht keiner kollektiven Verwertung und wird dies auch in absehbarer Zukunft nicht tun ⁴². Die Einholung der Zustimmung und Abgeltung jedes einzelnen Urheberrechtseinhabers ist für den Betreiber einer Suchmaschine unmöglich. Dem Zitatrecht an Werken der bildenden Kunst kommt daher im Rahmen der Werknutzung im Internet eine besondere Bedeutung zu, ähnlich wie im Rahmen der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse ⁴³. Eine grundsätzliche Ablehnung des Bildzitates unter Hinweis auf die Materialien erscheint nicht gerechtfertigt.

c) Zulässiger Umfang des Bildzitates

Anders als bei Textzitatzen ist bei Bildzitatzen in der Regel die Wiedergabe des gesamten Werkes notwendig. Dies ist trotz des französischen Wortlautes von Art. 25 Abs. 1 URG ("citations tirée d'oeuvres divulguées") nicht unzulässig ⁴⁴. Bei einem Thumbnail ist es zudem fragwürdig, von einer Wiedergabe des gesamten Werkes zu sprechen. Zwar ist ein Thumbnail in der Regel kein Ausschnitt eines Werkes, sondern eine verkleinerte Wiedergabe des gesamten Werkes. Trotzdem scheint es mir nicht richtig zu sein, von einer Wiedergabe des gesamten Werkes zu sprechen. Thumbnails haben typischerweise eine Auflösung von rund 100 x 100 Bildpunkten ⁴⁵. Bei einer derart geringen Auflösung geht soviel Information des Bildes in Originalgrösse verloren, dass man besser von einer Wiedergabe einer "Gesamtschau des Werkes" statt des gesamten Werkes spricht ⁴⁶.

Beschränkt wird der Umfang eines zulässigen Zitates durch seinen Zweck. Es darf nicht mehr zitiert werden, als für die Erreichung des Zitatzweckes notwendig ist, und der Umfang des Zitates darf nicht die wirtschaftliche Auswertung des Werkes behindern ⁴⁷. Bei Bildzitatzen, die als Hinweis auf ein Werk der bildenden Kunst im Internet dienen, ist eine Wiedergabe des Werkes als Thumbnail in der Grösse von 100 x 100 Bildpunkten durch den Zweck des Zitates gedeckt. Bei einer noch geringeren Grösse des Thumbnails sind die Eigenheiten des Originalbildes kaum mehr erkennbar, so dass der Hinweis seinen Zweck verfehlt. Dasselbe gilt, wenn man nur einen Ausschnitt aus dem Originalbild wiedergibt, auch das erlaubt es dem Benutzer nicht, zu erkennen, worauf der Hinweis erfolgt. Bezüglich der fehlenden Beeinträchtigung

der Verwertung des Werkes verweise ich auf die Ausführungen des 9th Circuit Courts, die überzeugen - interessant ist hier natürlich aus rechtsvergleichender Sicht, dass sowohl das amerikanische wie das schweizerische Recht, auf völlig anderen dogmatischen Grundlagen (fair use auf der einen, Zitierfreiheit auf der anderen Seite), entscheidend darauf abstellen, ob die Wiedergabe der Thumbnails die wirtschaftlichen Interessen des Urheberrechtsinhabers beeinträchtigt.

d) Quellenangabe und Urhebernennung

Ein vom Zweck und Umfang her zulässiges Zitat muss als solches gekennzeichnet sein, und die Quelle des Zitates ist anzugeben. Wird in der Quelle auf die Urheberschaft hingewiesen, so ist diese ebenfalls anzugeben (Art. 25 Abs. 2 URG). Die Kennzeichnung des Zitates muss nicht ausdrücklich erfolgen, aber es muss erkennbar sein, dass ein Zitat vorliegt⁴⁸. Bei den von einer Suchmaschine angezeigten Thumbnails scheint mir auch ohne ausdrückliche Bezeichnung der Thumbnails als Zitate klar, dass der Benutzer weiss, dass es sich bei den Thumbnails nicht um Wiedergabe von Werken handelt, die vom Suchmaschinenbetreiber stammen. Er wird ja eine Suchmaschine gerade benutzen, um fremde Werke im Internet zu finden, und wenn die Resultate seiner Suchanfrage in Form von Thumbnails dargestellt werden, so ist erkennbar, dass es sich dabei um Zitate handelt. Unterhalb jedes

**** SIC 2003 Seite 255 ****

Thumbnails findet sich ein Link, der auf die Quelle des Thumbnails hinweist; auch das Thumbnail selber ist als Link ausgestaltet. Der Link dient im Internet als Quellenangabe, er erfüllt den Zweck der Quellenangabe, nämlich das Auffinden des Werkes zu ermöglichen, in geradezu idealer Weise.

Art. 25 Abs. 2 URG verlangt auch, dass die Urheberschaft des Zitates angegeben wird, wenn in der Quelle auf diese hingewiesen wird. Kelly wies auf seiner Seite unmissverständlich auf seine Urheberschaft an den Bildern hin, sodass der Zitierende verpflichtet ist, im Zitat auf die Urheberschaft hinzuweisen. Solange es kein standardisiertes System zur Einbettung des Urheberrechtsvermerks in ein digitales Bild gibt - im Sinne des Electronic Copyright Management⁴⁹ - ist es für einen Suchmaschinenbetreiber schwierig, die Urheberschaft des Zitates anzugeben. Eine solche Einbettung des Urheberrechtsvermerks ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt; das amerikanische Bezirksgericht hat Arriba denn auch vom Vorwurf der Verletzung von § 1202 (b) des Digital Millenium Copyright Acts, der die Entfernung von "copyright management information" verbietet, freigesprochen⁵⁰. Das Schweizer Recht unterscheidet jedoch nicht zwischen "eingebetteten" oder sonstigen Hinweisen auf die Urheberschaft in der Quelle⁵¹. Für den Betreiber einer Suchmaschine stellt Art. 25 Abs. 2 URG insofern ein praktisches Problem dar, als es wohl unmöglich ist, die Urheberrechtsvermerke auf einer Webseite automatisch - d.h. ohne menschliche Hilfe - einem bestimmten Bild auf der Webseite zuzuordnen. Das Programm kann wohl erkennen, ob ein Urheberrechtsvermerk vorliegt (wegen des charakteristischen Formats solcher Vermerke), jedoch kaum, ob sich der Vermerk auf den Text, das Bild, oder, bei mehreren Bildern, auf welches Bild er sich bezieht. Das ändert jedoch nichts daran, dass nach Schweizer Recht bei einem Zitat die Urheberschaft anzugeben ist, wenn diese aus der Quelle ersichtlich ist.

e) Kopieren als notwendiger Zwischenschritt

Als ersten Schritt zur Herstellung eines Thumbnails ist eine Kopie des gesamten Originalbildes in den Speicher des Computers des Herstellers notwendig. Nachdem die herrschende Lehre auch ephemere Kopien unter den Begriff der Herstellung eines Werkexemplares im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a URG subsumiert⁵², begeht der Hersteller des Thumbnails notwendigerweise schon bei der Anfertigung des Thumbnails prima facie eine Urheberrechtsverletzung, selbst wenn das Thumbnail an sich ein zulässiges Zitat darstellt. Das Zitatrecht für Bilder, die in elektronischer Form vorliegen, würde damit weitgehend illusorisch. Eine wertende Auslegung des Begriffs "Herstellung eines Werkexemplars" verlangt, dass man die Herstellung eines Werkexemplares, die ausschliesslich als Zwischenschritt zu einer zulässigen Nutzung dient und dessen Verbot die zulässige Nutzung verunmöglichen würde, als erlaubt ansieht⁵³.

Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes sieht denn auch vor, dass "Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist (...) eine rechtmässige Nutzung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes zu ermöglichen und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben"⁵⁴ vom ausschliesslichen Vervielfältigungsrecht des Urheberrechtsinhabers ausgenommen sind. Entgegen der von Egloff vertretenen Auffassung⁵⁵ halte ich eine Interpretation des Begriffes "Herstellung eines Werkexemplares" für zulässig, die das flüchtige Vervielfältigen im Sinne der EU-Harmonisierungsrichtlinie nicht erfasst.

2. Inlinelinking

a) Urheberrecht

Bezüglich des Inlinelinkings zeichnet sich in der deutschen und schweizerischen Doktrin ein Konsens dahingehend ab, dass das Inlinelinking fremder urheberrechtlich geschützter Werke ohne die Zustimmung des Urheberrechtsinhabers verboten ist⁵⁶. Vom Einstellen des Werkes ins Internet darf man nicht auf die konkludente Zustimmung des Urheberrechtsinhabers zum Inlinelinking seines Werkes schliessen⁵⁷.

Nach richtiger Auffassung fällt ein Inlinelink sowenig wie ein gewöhnlicher Link unter eines der in Art. 10 Abs. 2 URG erwähnten Verwendungsrechte des Urheberrechtsinhabers; der Betreiber der verweisenden Webseite vervielfältigt das inlinedeilte Werk nicht, verbreitet es nicht und macht es auch nicht wahrnehmbar, denn er stellt das gelinkte Werk nicht selber ins Netz. Auch greift er nicht unmittelbar auf das Werk zu, er weist nur den Browser des Benutzers an, auf das Werk zuzugreifen⁵⁸. Die Aufzählung von Art. 10 Abs. 2 URG ist allerdings nur exemplarisch und nicht abschliessend⁵⁹. Die herrschende Lehre nimmt an, dass das Inlinelinken eines geschützten Werkes unter den Oberbegriff der Verwendung des Werkes im Sinne von Art. 10 Abs.1 fällt, denn der Betreiber der Webseite zieht aus der Einbindung des

Werkes in seine Webseite einen direkten Nutzen; er muss den betreffenden Inhalt nicht selbst herstellen⁶⁰. Dies führt zum überzeugenden und im Resultat gleichen Ergebnis wie im Fall Kelly v. Arriba: wer ein fremdes urheberrechtlich geschütztes Werk mittels Inlinelink in seine

**** SIC 2003 Seite 256 ****

Webseite inkorporiert, darf dies nicht ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers tun. Diese ist nicht stillschweigend erteilt worden durch die blosse Zugänglichmachung des Werkes im Internet. Da der freie Fluss der Informationen durch die Zustimmungsbedürftigkeit von Inlinelinks nicht gehindert⁶¹ und Inlinelinks zum Auffinden von Dokumenten auf dem Internet nicht notwendig sind, erscheinen die Befürchtungen von Google und der Electronic Frontier Foundation, die mit dem Entscheid Kelly v. Arriba die Grundlagen des Internets in Frage gestellt sehen⁶², als übertrieben.

Da nach dem Gesagten die Einbettung eines Werkes in die eigene Webseite per se der Zustimmung des Urheberrechtsinhabers bedarf, ist die Frage, ob eine Einbettung per Inlinelink auch gegen Urheberpersönlichkeitsrechte verstossen kann, eher akademisch. Zweifellos wird durch die Einbettung, die ohne Hinweis auf die Urheberschaft des Werkes erfolgt, das Recht des Urhebers auf Anerkennung seiner Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) verletzt, denn der Besucher der Webseite wird den Eindruck erhalten, der fremde eingebettete Inhalt stamme vom Betreiber der Webseite⁶³. Auch der "harte Kern der Urheberpersönlichkeitsrechte"⁶⁴, auf den der Urheber nicht verzichten kann (Art. 11 Abs. 2 URG), kann durch Inlinelinking verletzt werden; und zwar dann, wenn ein Werk durch Inlinelinking in einen Zusammenhang gestellt wird, in den es ersichtlich nicht passt⁶⁵. Dabei muss durch diesen Zusammenhang aber immer die Ehre oder das berufliche Ansehen des Urhebers verletzt werden⁶⁶.

b) Lauterkeitsrecht

Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht kann eine Einbettung eines Bildes mittels Inlinelinks gegen Art. 5 lit. c UWG verstossen, der verbietet, das marktreife Arbeitsergebnis eines anderen ohne angemessenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches zu übernehmen und zu verwerten⁶⁷.

Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht ebenfalls problematisch ist der mit dem Inlinelinking verbundene "bandwidth theft"⁶⁸, der Inlinelinking bei Betreibern von Webseiten extrem unbeliebt macht. Wer eine Webseite auf dem Internet zugänglich macht, nimmt dazu in aller Regel die Dienste eines so genannten Hosting Providers in Anspruch. Der Vertrag mit dem Hosting Provider sieht meist vor, dass neben der (monatlich oder jährlich) zu bezahlenden Fixgebühr für den Platz auf dem Server des Hosting Providers eine zusätzliche Gebühr geschuldet wird, die abhängig ist vom Umfang des durch die Webseite verursachten Datenverkehrs⁶⁹. Werden auf einem Server gespeicherte Dateien von einer anderen Webseite mittels Inlinelinks eingebettet, so wird die Datei wie bereits erwähnt weiterhin von ihrem ursprünglichen Ort heruntergeladen. Jeder Aufruf führt also zu einem erhöhten Datenverkehr zulasten des Servers, der die Datei gespeichert hat. Folglich bezahlt derjenige, der nicht von der Übertragung profitiert, weil die Datei nicht im Kontext seiner Webseite erscheint, demjenigen, der den Inlinelink gesetzt hat, die Kosten des Datentransfers. Wer einen Inlinelink verwendet, statt die Datei selber zur Verfügung zu stellen, verschafft sich somit einen Wettbewerbsvorteil zulasten dessen, der die Datei auf seinem Server gespeichert hat. Für den Besucher der Webseite ist dies nicht erkennbar. Ein unverfälschter Wettbewerb zwischen Webseitenbetreibern besteht aber nur dann, wenn jeder die Kosten des durch seine Webseite verursachten Datenverkehrs selbst tragen muss.

3. Technische Schutzmassnahmen gegen Inlinelinking

Es ist nicht zu erwarten, dass sich Gerichte in Zukunft sehr häufig mit der Zulässigkeit von Inlinelinks beschäftigen werden. Es gibt nämlich technische Massnahmen, mit denen ein Betreiber einer Webseite verhindern kann, dass andere mittels Inlinelinks auf Dateien zugreifen können, die auf seinem Server gespeichert sind.

Für Apache-Server⁷⁰, die rund zwei Drittel⁷¹ aller dem Internet angeschlossenen Server ausmachen, besteht die Lösung in einem kurzen Script, das in die .htaccess-Datei eingefügt wird. Es ist gratis erhältlich im Internet⁷². Das Script prüft, mittels des so genannten "Referrer Strings", woher ein Link kommt. Stellt das Script fest, dass ein Link auf eine Mediendatei⁷³ von einer anderen Domain als der Eigenen stammt, so wird der Zugriff auf die Mediendatei verweigert. Probleme kann das Script verursachen, wenn Besucher der Webseite den Referrer String aus Gründen des Datenschutzes blockiert haben⁷⁴. Diese Besucher werden die Mediendateien auf der geschützten Webseite nicht sehen können.

Mit einem anderen Ansatz arbeitet die Webseite Anti-Leech.com⁷⁵. Hier wird der URL der Mediendatei versteckt - wenn die Adresse der Datei nicht bekannt ist, kann sie auch nicht gelinkt werden. Grösster Nachteil ist, dass jede einzelne zu schützende Datei in eine Datenbank eingegeben werden muss, was sehr aufwändig sein kann. Die Dienste von Anti-Leech.com sind (vorerst) gratis.

Weiter sind zahlreiche kommerzielle Programme erhältlich, die verhindern, dass mittels Inlinelinks auf Mediendateien zugegriffen werden kann. Erwähnt seien Bandwidth Guardian⁷⁶, Bandwidth Protector⁷⁷, GuardMe Pro⁷⁸ oder Web Thief⁷⁹, wobei diese Liste nur eine kleine

**** SIC 2003 Seite 257 ****

Auswahl aus den Dutzenden von erhältlichen Programmen ist.

V. Fazit

Trotz der Starrheit absoluter Schutzrechte kontinentaleuropäischer Prägung, die das Funktionieren des Internets gefährden können⁸⁰, lässt sich für den Sachverhalt, der vom amerikanischen Gericht im Fall Kelly vs. Arriba beurteilt wurde, auch unter Anwendung des schweizerischen Urheberrechts eine Lösung finden, die den Interessen sowohl der Urheberrechtshaber als auch der Öffentlichkeit Rechnung trägt. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn man ein Bildzitat für grundsätzlich zulässig erachtet und bereit ist, den Begriff des Vervielfältigens im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. b URG im Lichte der EU-Harmonisierungsrichtlinie einschränkend zu interpretieren.

Der Hinweis auf die technischen Schutzmassnahmen gegen Inlinelinking soll insbesondere den beratend tätigen Anwalt darauf aufmerksam machen, dass im Bereich der neuen Technologien oft nicht nur die Verletzung, sondern auch die effizienteste Verhinderung der Verletzung von Immaterialgüterrechten durch die Technik erfolgt. Durch eine rechtzeitige Abklärung der technischen Möglichkeiten kann dem Klienten ein teurer Gang vor Gericht vielleicht erspart werden.

Zusammenfassung

Der 9th Circuit Court kommt in Kelly v. Arriba zum Schluss, dass die Verwendung von Thumbnails fremder urheberrechtlich geschützter Werke zur Darstellung der Suchresultate einer Suchmaschine zulässig ist. Unter Hinweis auf das Supreme Court Urteil Campbell v. Acuff Rose (1994) stellt das Gericht entscheidend darauf ab, dass die Verwendung der Thumbnails "transformativ", d.h. umgestaltend, sei. Der Zweck der Thumbnails sei ein anderer als derjenige der Originalbilder: während die Originalbilder der Illustration dienen, also einen ästhetischen Zweck hätten, sei der Zweck der Thumbnails, das Auffinden von Informationen zu erleichtern. Da zudem nicht ersichtlich sei, welcher wirtschaftliche Schaden der Urheberrechtshaber durch die Benutzung der Thumbnails erleide, falle die Erstellung und das Zugänglichmachen der Thumbnails unter die fair use-Schrankenbestimmung und sei auch ohne Einwilligung des Urheberrechtshabers zulässig.

Anders hingegen die Einbettung einer urheberrechtlich geschützten Fotografie mittels Inlinelinks in die eigene Webseite: Obwohl der Webseitenbetreiber selber keine Kopie herstelle und daher das Vervielfältigungsrecht nicht verletze, gehöre das Inlinelinking zu den ausschliesslichen Rechten des Urheberrechtshabers, da es unter das public display right falle. Da die Nutzung der Bilder in Originalgrösse nicht transformativ sei und zudem den wirtschaftlichen Wert der Originalbilder beeinträchtige, sei sie auch kein fair use und folglich ohne Einwilligung unzulässig.

Der Autor kommt bei der vergleichenden Betrachtung der Rechtslage nach schweizerischem Recht zum Schluss, dass die Darstellung der Thumbnails im konkreten Fall nach dem Urheberrechtsgesetz als zulässiges Zitat zu beurteilen ist, da die Thumbnails als Hinweis auf das Werk dienen und nicht mehr des Werkes dargestellt wird, als für den Hinweis notwendig ist. Dabei werden insbesondere die unterschiedlichen Meinungen zur Zulässigkeit von Bildziten dargestellt.

Das Inlinelinking hingegen ist unzulässig, da es unter den Oberbegriff der Verwendung des Werkes fällt und keine Schrankenbestimmung anwendbar ist, welche die Verwendung ausnahmsweise auch ohne Zustimmung des Urhebers zulassen würde. Auch aus lauterkeitsrechtlicher Sicht ist Inlinelinking wegen des damit verbundenen Bandwidth-Diebstahles problematisch. Allerdings werden sich Gerichte in Zukunft kaum mit den Problemen des Inlinelinkings beschäftigen müssen, da es effiziente technische Massnahmen gibt, unerwünschtes Inlinelinking zu unterbinden.

Résumé

Dans la cause Kelly c. Arriba, une Cour d'appel fédérale (9th Circuit) parvient à la conclusion que, pour présenter les résultats affichés par un moteur de recherche, l'utilisation d'images miniatures ("thumbnails") d'oeuvres, appartenant à des tiers et protégées par le droit d'auteur, était licite. En se basant sur l'arrêt de la Cour Suprême dans la cause Campbell c. Acuff Rose (1994), le tribunal juge décisif le fait que l'utilisation de miniatures a un effet "transformateur". Il ajoute que le but des "thumbnails" est différent de celui des photographies originales: alors que ces dernières sont destinées à l'illustration, qu'elles poursuivent donc un but esthétique, les miniatures ont en revanche comme objectif de faciliter la recherche d'informations. De plus, dans la mesure où l'on ne voit pas quel est le dommage économique subi par le titulaire du droit d'auteur suite à l'utilisation de miniatures, leur création et le fait de les rendre accessibles sont admissibles sous l'angle de l'exception en faveur de l'usage loyal ("fair use"), même sans l'accord du titulaire du droit d'auteur.

Il en va différemment de l'insertion dans son propre site Internet, au moyen d' "Inlinelinks", d'une photographie protégée par le droit d'auteur: bien que l'exploitant du site Internet ne fasse pas lui-même de copie et ne viole donc pas le droit de reproduction, l'"inlinelinking" viole le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur, car il tombe dans le champ d'application

**** SIC 2003 Seite 258 ****

du "public display right". Dès lors que l'utilisation de photographies en grandeur originale n'a pas pour effet de les "transformer" et qu'elle porte atteinte à la valeur économique des clichés originaux, elle ne constitue pas un usage loyal ("fair use") et est donc illicite en l'absence d'autorisation.

En comparant la situation juridique à la lumière du droit suisse, l'auteur parvient à la conclusion que l'affichage de "thumbnails" doit, en l'espèce, être qualifiée de citation licite au regard de la loi sur le droit d'auteur. En effet, les miniatures servent uniquement à indiquer l'oeuvre et n'en dévoilent pas plus que ce qui est nécessaire à cette indication. A cet égard, l'auteur donne en particulier un aperçu des différentes opinions sur l'admissibilité de citations par l'image.

L'"inlinelinking" est en revanche interdit car il tombe sous le coup de la notion générale d'utilisation de l'oeuvre. De plus, il n'existe aucune exception au droit d'auteur qui en permettrait l'utilisation sans l'accord du titulaire du droit d'auteur. Au regard du droit de la concurrence déloyale, l'"inlinelinking" est également problématique à cause du "vol" de bande passante qui y est lié. Toutefois, les tribunaux n'auront pratiquement pas à s'occuper à l'avenir des problèmes liés à l'"inlinelinking", car il existe en effet des mesures techniques efficaces permettant de l'empêcher.

Fussnoten:

* Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.

¹ Als Thumbnail wird ein kleines Bildchen mit geringer Auflösung bezeichnet, das in der Regel dazu dient, einen Link auf ein grösseres Bild grafisch zu kennzeichnen. Wenn der Nutzer auf das Thumbnail klickt, wird er zum grösseren Bild weitergeleitet oder es öffnet sich ein neues Fenster des Browsers mit dem grösseren Bild.

² Inlinelinks werden auch "embedding links" genannt, weil sie die Mediendatei, auf die verwiesen wird, in die Webseite einbetten und als Teil der Webseite darstellen, siehe www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw.html (besucht am 4. September 2002). Näheres zum Inlinelink in der Sachverhaltsdarstellung.

³ Zum Beispiel die American Society of Media Photographers, The Author's Guild und die National Music Publishers' Association (Harry Fox Agency), siehe <http://netcopyrightlaw.com/pdf/ASMPbrief03262002.pdf> (besucht am 4. September 2002).

⁴ Die Electronic Frontier Foundation (EFF) unterstützt die Berufung für ein rehearing en banc mit einem amicus curiae brief, siehe www.eff.org/IP/Linking/KellyvArribaSoft/20020227effamicusbrief.html; ebenso Google, Inc, Betreiberin der Suchmaschine google.com, siehe http://briefbank.samuelsonclinic.org/briefs/google_amicusfinal.pdf (beide besucht am 4. September 2002).

⁵ Die Eingabe der Beklagten findet sich unter www.perkinscoie.com/resource/genlit/DittoRehearingPetition.pdf; diejenige des Klägers unter www.netcopyrightlaw.com/pdf/kellybrief03262002.pdf (beide besucht am 6. September 2002).

⁶ www.goldrush1849.com sowie www.showmethegold.com.

⁷ Arriba hat in der Zwischenzeit ihren Namen geändert, sie heisst jetzt Ditto.com, Inc.

⁸ Solche Programme werden als "crawler", "spider" oder "bot" bezeichnet, siehe <http://searchwebmanagement.techtarget.com/sDefinition/0,,sid27gci211854,00.html> (besucht am 4. September 2002).

⁹ Die Folgen eines Klicks auf ein Thumbnail haben sich seit Juli 1999 mehrfach geändert. Wenn man heute die Webseite www.ditto.com besucht und auf ein Thumbnail klickt, dann öffnet sich ein Browserfenster im Vordergrund, das die Originalwebseite zeigt. Es gibt kein Fenster mehr, das das Bild in voller Auflösung in einem fremden Zusammenhang zeigt.

¹⁰ 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Cal.1999).

¹¹ Siehe § 106 Copyright Act: "Subject to section 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, by rental, lease or lending; (...) (5) in the case of (...) pictorial or graphic works (...) to display the copyrighted work publicly; (...)"

¹² "Transformative" liesse sich mit umformend oder umgestaltend übersetzen (Langenscheidts Taschenwörterbuch Englisch). Ich habe bewusst auf eine Übersetzung verzichtet, da es sich um einen juristischen Begriff handelt.

¹³ 510 U.S. 569, 579 (1994).

¹⁴ UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000).

¹⁵ 280 F.3d 934, 942.

¹⁶ Unter Hinweis Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. (Fn. 13), 586.

¹⁷ Das Gericht zitiert Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 564 (1985).

¹⁸ Unter Hinweis auf Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, 227 F. 3d 1110, 1118 (9th Cir. 2000)

¹⁹ Unter Hinweis auf Campbell v. Acuff-Rose Music (Fn. 13), 590.

²⁰ § 106(5) Copyright Act.

²¹ H.R. Rep. No. 94-1476, 64 (1976).

²² 280 F.3d 945.

²³ Ebd.

²⁴ Unter Hinweis auf Playboy Enterprises, Inc. v. Webworld, Inc., 991 F. Supp. 543 (N.D. Texas 1997) und Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp 503 (N.D. Ohio 1993). Die Analogie ist m.E. nicht überzeugend.

²⁵ Das Gericht erwähnt Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1372-73 (N.D.Cal. 1995) (ein Betreiber eines Bulletin Board Systems, das Mitteilungen von Nutzern untereinander weiterleitet, ist nicht haftbar für urheberrechtliche Inhalte dieser Mitteilungen, da er keinen aktiven Einfluss auf den Inhalt der Mitteilungen nimmt); Marobie-FL, Inc. v. Nat'l. Ass'n of Fire and Equip. Distribs., 983 F. Supp.1167, 1176-79 (N.D. Ill. 1997) (ein Hosting Service Provider ist nicht haftbar für die Darstellung urheberrechtsverletzender Inhalte auf den von ihm gehosteten Webseiten); Costar Group Inc.v. Loopnet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 695-96 (D. Md. 2001) (der Betreiber einer Webseite mit Inseraten für Immobilienverkäufe ist nicht haftbar für Urheberrechtsverletzungen durch Bilder in den Inseraten, da er diese nicht selber kopiert hat).

²⁶ 280 F.3d 947.

²⁷ Auch in Amerika geht die h. L. davon aus, dass ephemere RAM-Kopien unter den Begriff der Vervielfältigung fallen, siehe R.A. Gorman/J.C. Ginsburg, Copyright - Cases and Materials, 6th ed., New York 2002, 416 f.

- ²⁸ Siehe *Sega Enterprises, Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).
- ²⁹ 280 F.3d 945.
- ³⁰ Siehe den "amicus curiae brief" der Electronic Frontier Foundation (Fn. 3), 4.
- ³¹ 280 F.3d 947; "amicus curia brief" von Google (Fn. 3), 5.
- ³² Dieser Fall ist nicht zu verwechseln mit dem Fall, in dem auf eine urheberrechtsverletzende Seite verwiesen wird.
- ³³ Zum Urheberrechtsschutz von Fotografien in der Schweiz siehe G. Hug Kettmeier, *Urheberrecht an der Fotografie nach schweizerischem Recht*, UFITA 136, Baden-Baden 1998.
- ³⁴ L. Bühler, *Schweizerisches und internationales Urheberrecht im Internet*, Freiburg 1999, 219 unter Hinweis auf T. Hoeren, *Rechtsfragen im Internet: Ein Leitfaden für die Praxis*, Köln 1998, 83 Rn. 196; siehe auch S. Beutler, *Multimedia und Urheberrecht*, Bern 1998, 59.
- ³⁵ Zum Begriff der freien Benutzung siehe D. Barrelet/W. Egloff, *Urheberrecht*, 2. Aufl., Bern 2000, URG 11 N 12.
- ³⁶ M. Rehbindler, *Schweizerisches Urheberrecht*, 3. Aufl., Bern 2000, Rn. 145.
- ³⁷ Rehbindler (Fn. 36), Rn. 145.
- ³⁸ Art. 34 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes 1984, BBl 1984 III 227, 273.
- ³⁹ BBl 1989 III 545.
- ⁴⁰ Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 25 N 2; F. Dessemontet, *Le droit d'auteur*, Cedidac 39, Lausanne 1999, Rn. 491; Hug Kettmeier (Fn. 33), 177 f.
- ⁴¹ I. Cherpillod, *Schranken des Urheberrechts*, SIWR II/1, Basel/Frankfurt a.M. 1995, 267; S. Macciachini, *Die unautorisierte Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken in Massenmedien*, sic! 1997, 364; F. Riklin, *Schweizerisches Presserecht*, Bern 1996, 289 Fn. 45; B. Wittweiler, *Zu den Schrankenbestimmungen im neuen Urheberrechtsgesetz*, AJP 1993, 589; auch die Rechtsprechung in Deutschland anerkennt ein Bildzitatrecht für (Presse-)bilder, siehe statt vieler A. Reuter, *Digitale Bild- und Filmbearbeitung im Licht des Urheberrechts*, GRUR 1997, 32.
- ⁴² Siehe E. Hefti, *Kollektive Verwertung: Auslaufmodell im Internetzeitalter?*, in: R.M. Hilty/M. Berger (Hg.), *Urheberrecht am Scheideweg?*, Bern 2002, 63.
- ⁴³ Zu letzterem Macciachini (Fn. 41), 364.
- ⁴⁴ Cherpillod (Fn. 41), 267; Macciachini (Fn. 41), 364; Wittweiler (Fn. 41), 589. Anders für das französische Recht der Cour de Cassation (1re Ch.), Urteil vom 22. Januar 1991 "Utrillo I", "Utrillo II", GRUR Int 1992, 135.
- ⁴⁵ So zum Beispiel die zurzeit von www.ditto.com verwendeten Thumbnails (besucht am 19. Oktober 2002).
- ⁴⁶ Dessemontet (Fn. 40), Rn. 491, spricht bei einer Wiedergabe in geringer Auflösung von einer "reproduction (.) partielle parce qu'elle est sommaire." Da er das Zitatrecht für Werke der bildenden Kunst ablehnt, fällt für ihn auch eine "reproduction sommaire" nie unter Art. 25 Abs. 1 URG.
- ⁴⁷ Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 25 N 4.
- ⁴⁸ Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 25 N 10.
- ⁴⁹ Siehe S. Bechtold, *Urheberrecht und Multimedia - einige grundsätzliche Anmerkungen*, GRUR 1998, 19 ff.
- ⁵⁰ 77 F. Supp 2d 1116, 1122 (C.D. Cal. 1999). Im Berufungsverfahren wurde dies nicht mehr thematisiert.
- ⁵¹ Das WIPO Copyright Treaty vom 20. Dezember 1996, welches in seinem Art. 12 vorschreibt, dass Vertragsstaaten rechtlichen Schutz gegen die Entfernung von copyright management information vorsehen, wurde von der Schweiz noch nicht umgesetzt.
- ⁵² Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 10 N 12 mit zahlreichen Hinweisen.
- ⁵³ So für das deutsche Recht Reuter (Fn. 41), 31; zur wertenden Auslegung des Begriffes der Vervielfältigung auch T. Dreier, *Perspektiven einer Entwicklung des Urheberrechts*, in: J. Becker/T. Dreier (Hg.), *Urheberrecht und digitale Technologie*, UFITA 121, Baden-Baden 1994, 135.
- ⁵⁴ Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABI EG vom 22. Juni 2001, L 167/110 ff.
- ⁵⁵ W. Egloff, *Die EU-Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes und das schweizerische URG*, sic! 2002, 741.
- ⁵⁶ Für das deutsche Recht S. Bechtold, *Der Schutz des Anbieters von Information - Urheberrecht und gewerblicher Rechtsschutz im Internet*, ZUM 1997, 435; F. Koch, *Neue Rechtsprobleme der Internet-Nutzung aus deutscher und amerikanischer Sicht*, UFITA Bd. 149, Baden-Baden 1998, 45. Für das Schweizer Recht D. Rosenthal, *Projekt Internet: Was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen*, unter Mitarbeit von F.H. Thomann und R. Auf der Maur, Zürich 1997, 185; ihm folgend Bühler (Fn. 34), 231; R.H. Weber, *E-Commerce und Recht*, Zürich 2001, 251 f.; auch R.M. Hilty, der ein "right to link" postuliert, geht ersichtlich davon aus, dass Inlinelinks in aller Regel unzulässig sind, R.M. Hilty, *Zur Zulässigkeit des "Link"*, in: R.H. Weber/R.M. Hilty/R. Auf der Maur (Hg.), *Geschäftsplattform Internet III*, Zürich 2002, 152, 155; a. M.M. Brunner, *Die Zulässigkeit von Hyperlinks nach schweizerischem Recht*, Bern 2001, 121.
- ⁵⁷ J. Dittrich, *Zur Frage der urheber- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Hyperlinks*, JurPC Web-Dok. 72/2002 Abs. 20; Bechtold (Fn. 56), 434 f.; vgl. auch OLG Hamburg, GRUR 2001, 831 - "Roche Lexikon Medizin"; a. M. Brunner (Fn. 56),

121.

⁵⁸ Rosenthal (Fn. 56), 186; Bühler (Fn. 34), 232; Weber (Fn. 56), 251 f.

⁵⁹ Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 10 N 3.

⁶⁰ Rosenthal (Fn. 56), 186; Bühler (Fn. 34), 232; Weber (Fn. 56), 252. Einen kommerziellen Nutzen braucht der Setzer des Inlinelinks dabei nicht zu erzielen (a.M. Bühler (Fn. 34, 232).

⁶¹ Dittrich (Fn. 55), Abs. 20.

⁶² Vgl. die in Fn. 3 erwähnten "amicus curiae briefs" von Google und der Electronic Frontier Foundation.

⁶³ Bühler (Fn. 34), 232; Brunner (Fn. 56), 123; Weber (Fn. 56), 252; zum deutschen Recht Dittrich (Fn. 57), Abs. 12.

⁶⁴ Barrelet/Egloff (Fn. 35), URG 11 N 13.

⁶⁵ Dittrich (Fn. 57), Abs. 14; Brunner (Fn. 56), 122.

⁶⁶ Beispiele bei Beutler (Fn. 34), 156.

⁶⁷ P. Gilliéron, Les liens hypertextes et le droit privé, sic! 2000, 767; M. Brunner (Fn. 56), 135. Allerdings darf die Frage gestellt werden, wieso ein Inlinelink, der nach Ansicht der meisten Autoren keine Herstellung eines Werkexemplares im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a URG ist, teilweise von den gleichen Autoren als "technisches Reproduktionsverfahren" im Sinne von Art. 5 lit. c UWG betrachtet wird.

⁶⁸ Eine Erklärung des Begriffs findet sich unter <http://conceptcorps.hypermart.net/bandwidth.htm> (besucht am 4. Oktober 2002).

⁶⁹ Besonders krass das Beispiel <http://icdsoft.com/hosting.php#> (besucht am 4. Oktober 2002). Dieser Anbieter belastet \$ 5 für jedes Gigabyte Datentransfer, das über die inbegriffenen 5 Gigabyte pro Monat hinaus geht.

⁷⁰ <http://httpd.apache.org/> (besucht am 4. Oktober 2002).

⁷¹ Gemäss der Statistik von www.netcraft.com/survey/für September 2002 (besucht am 4. Oktober 2002).

⁷² Auf <http://websiteowner.info/tutorials/server/bandwidththeft.asp> (besucht am 4. Oktober 2002) und auf vielen anderen Seiten.

⁷³ Das Script kann auch so eingestellt werden, dass es den Zugriff auf html-Dateien verweigert. Dies verunmöglicht es auch, einen gewöhnlichen Link auf die Seite zu setzen, was in der Regel nicht erwünscht ist.

⁷⁴ Mittels Cookies und dem Abfragen des Referrer Strings können Betreiber von Webseiten herausfinden, welche anderen Webseiten ein Besucher angeschaut hat. Blockiert werden kann der Referrer String durch Firewalls wie beispielsweise die Norton Personal Firewall. AdSubtract Pro (www.adsubtract.com/) und das gratis erhältliche Programm Proximitron (<http://proximitron.cjb.net/>; beide besucht am 4. Oktober 2002) verfügen ebenfalls über diese Funktion.

⁷⁵ www.anti-leech.com/; siehe auch www.antileech.net/ (beide besucht am 4. Oktober 2002).

⁷⁶ <http://bg.wisgroups.tk/> (besucht am 4. Oktober 2002).

⁷⁷ www.siteinteractive.com/bandwidth/ (besucht am 4. Oktober 2002).

⁷⁸ www.zachjorgensen.net/za/guardme.html (besucht am 4. Oktober 2002).

⁷⁹ www.utilmind.com/scripts/webthief.html (besucht am 4. Oktober 2002). Der Autor hat die erwähnten Programme nicht getestet und kann sie daher auch nicht empfehlen.

⁸⁰ Hilty (Fn. 56), 146 ff.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.