

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).

Zur Frage der Rechtmäßigkeit der *Google* Buchsuche ist hingegen noch keine Rechtsprechung ergangen. Ob es zu einer solchen überhaupt oder zumindest in absehbarer Zeit kommen wird, ist angesichts des im Rahmen der *Class Action*-Klage vor dem *District Court for the Southern District of New York* vorgeschlagenen Vergleichs, dem *Google Book Search Settlement*, nicht absehbar. Dennoch ist eine Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Rechtfertigung der *Google* Buchsuche durch die *Fair Use*-Doktrin für die hier interessierende Frage der Erfassung neuer, innovativer Geschäftsmodelle und damit einhergehender neuer Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke durch verschiedenartige Schrankensysteme von großem Interesse. Es soll daher im Folgenden trotz des zwischenzeitlich vorgeschlagenen – im Rahmen eines Exkurses dargestellten⁹⁴⁹ – Buchsuche-Vergleichs geprüft werden, ob *Googles* Vorgehen als *Fair Use* zu rechtfertigen wäre. Da in der Diskussion um die Zulässigkeit der *Google* Buchsuche im US-amerikanischen Urheberrecht vielfach auf die Gerichtsentscheidungen zur Rechtmäßigkeit der Darstellung von *Thumbnails* rekurriert wird, erscheint es sinnvoll, die Anwendung der *Fair Use*-Doktrin auf die beiden Geschäftsmodelle separat darzustellen und mit den Überlegungen zur Zulässigkeit von *Thumbnails* nach US-amerikanischem Copyright Law zu beginnen.

I. *Thumbnails*

Die Frage der Zulässigkeit der Verwendung fremder urheberrechtlich geschützter Werke als *Thumbnails* im Rahmen von Bildersuchmaschinen war Gegenstand zweier Verfahren im Neunten Gerichtsbezirk der USA. Bereits im Jahr 1999 befasste sich der *U.S. District Court for the Central District of California* in der Rechtssache *Kelly v. Arriba Soft Corp.* mit der *Thumbnail*-Nutzung. Die Entscheidung wurde schließlich im Jahr 2003 durch den *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* bestätigt (dazu sogleich 1.). In den Jahren 2006 und 2007 mussten sich dieselben Gerichte in der Rechtssache *Perfect 10 v. Google* erneut mit der Rechtmäßigkeit der Bildersuche befassen (sodann 2.).

949 Siehe unten 5. Kapitel, B.II.2.

1. Kelly v. Arriba Soft Corp.

Das erste US-amerikanische Verfahren, das die Rechtmäßigkeit der *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen betraf, war die Rechtssache *Kelly v. Arriba Soft Corp.* Die damals völlig neuartige Suchmaschine des Unternehmens *Arriba Soft Corp.* durchsuchte mit Hilfe von Crawlern das Internet nach Bilddateien, erstellte von diesen stark verkleinerte Vorschaubilder und zeigte diese *Thumbnails* dem Nutzer auf seine Suchanfrage hin an. Im Jahr 1999 verklagte der professionelle Fotograf *Leslie A. Kelly* das Unternehmen *Arriba Soft* als Betreiber der Bildersuchmaschine wegen der Verletzung seiner Urheberrechte durch die Erstellung und Anzeige der *Thumbnails*. In erster Instanz wurde diese Klage vom *U.S. District Court for the Central District of California* vollumfänglich abgewiesen, da das Gericht die *Thumbnail*-Nutzung als *Fair Use* einstufte.⁹⁵⁰ Gegen diese Entscheidung legte *Kelly* Berufung zum *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* ein.⁹⁵¹ Das Berufungsgericht überprüfte die Entscheidung des Gerichts erster Instanz vollständig und befasste sich dabei umfassend mit der Frage des *Fair Use*.

Hinsichtlich des ersten *Fair Use*-Faktors, der Frage nach dem „Purpose and character of the use“ stellte das Gericht zunächst fest, dass *Arriba* seine Suchmaschine zweifellos zu kommerziellen Zwecken betreibe und somit auch die in *Thumbnail*-Form verwendeten fremden Bilder kommerziell nutze.⁹⁵² Im Anschluss an die *Supreme Court*-Entscheidung *Campbell v. Acuff-Rose*⁹⁵³ stellte das Gericht jedoch fest, dass die kommerzielle Werknutzung eine faire Nutzung nicht bereits grundsätzlich ausschließe. Vielmehr sei im Rahmen des ersten Faktors maßgeblich zu berücksichtigen, ob die konkrete Nutzung umgestaltend („transformative“) sei. Je transformativer eine Nutzung sei, desto größer sei letztlich die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um einen *Fair Use* handele. Das Gericht stellte diesbezüglich fest, *Arriba* erstelle zwar identische Vervielfältigungsstücke, dennoch sei diese Werknutzung transformativ, da die *Thumbnails* einem völlig anderen Zweck dienten als die vervielfältigten Originalbilder. Bei *Kellys* Originalbildern handele es sich um künstlerische Werke, die äs-

950 *Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 77 F.Supp.2d 1116 (C.D. Cal. 1999).

951 *Leslie A. Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

952 Vgl. *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 818 (9th Cir. 2003).

953 *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). Siehe zu dieser Entscheidung bereits oben 2. Kapitel, C.I.2.b)cc).

thetischen Zwecken dienten. *Arribas* Werknutzung hingegen verfolge keinerlei ästhetische Zwecke, sondern diene allein als „Werkzeug“, das zum öffentlichen Nutzen den Zugang zu Werken im Internet erleichtere. Für einen ästhetischen Werkgenuss seien die *Thumbnails* zudem aufgrund ihrer geringen Auflösung weder bestimmt noch geeignet. Trotz der identischen Werknutzung durch *Arriba* sei diese im Ergebnis transformativ, da dem Werk als *Thumbnail* eine neue Bedeutung beziehungsweise ein neuer Zweck zukomme.⁹⁵⁴ Aufgrund des öffentlichen Nutzens dieser neuen Zweckgebung durch die Suchmaschine wertete das Gericht den ersten Faktor im Ergebnis trotz der kommerziellen Nutzung zugunsten von *Arriba*.⁹⁵⁵

Den zweiten Faktor („Nature of the copyrighted work“) wertete das Gericht im Ergebnis nur leicht zugunsten des Klägers.⁹⁵⁶ Zwar handele es sich bei den künstlerischen Fotografien um kreative Werke, die grundsätzlich einen stärkeren Urheberrechtsschutz genießen als reine Tatsachendarstellungen, jedoch sei zu beachten, dass *Kelly* seine Werke bereits im Internet veröffentlicht habe. Bei der Verwendung veröffentlichter Werke sei aber – wie bereits der *Supreme Court* in seiner Entscheidung *Harper & Row v. Nation*⁹⁵⁷ festgestellt habe – wahrscheinlicher, dass die Nutzung einen *Fair Use* darstelle.

Hinsichtlich des dritten Faktors („Amount and substantiality of the portion used“) stellte das Gericht fest, *Arriba* habe *Kellys* Werke zwar vollständig kopiert, auch ein vollständiges Kopieren schließe jedoch die Annahme eines *Fair Use* nicht generell aus. Vielmehr bestimme die konkrete Art der Verwendung den zulässigen Umfang der Nutzung. Kopiere der Nutzer nur soviel, wie für die fragliche Nutzung zwingend erforderlich sei, so spreche der dritte Faktor nicht gegen den Nutzer, selbst wenn eine vollständige Kopie des Originalwerkes angefertigt werde. Dies sei bei der *Thumbnail*-Nutzung der Fall, denn ohne eine vollständige Kopie des Originalwerkes sei eine sinnvolle Gestaltung der Bildersuche nicht denkbar. Den dritten Faktor wertete das Gericht daher im Ergebnis weder zugunsten des Klägers noch zugunsten des Beklagten.⁹⁵⁸

954 Vgl. *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 818 f. (9th Cir. 2003).

955 Siehe *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 820 (9th Cir. 2003).

956 Siehe *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 820 (9th Cir. 2003).

957 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).
Siehe zu dieser Entscheidung oben 2. Kapitel, C.I.2.b)bb).

958 Siehe *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 820 f. (9th Cir. 2003).

Den vierten Faktor („Effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work“) wertete das Gericht schließlich wieder zugunsten von *Arriba*. Generell seien bei transformativer Werknutzung negative Auswirkungen auf den Marktwert des Originalwerkes unwahrscheinlich. So sei es auch im Falle der *Thumbnail*-Nutzung bei der Bildersuche. Die Suchmaschine leite die Nutzer lediglich zu *Kellys* Webseite, so dass diesen ermöglicht werde, die Originalwerke in voller Auflösung aufzufinden. Durch die geringe Auflösung eigneten sich die *Thumbnails* zudem nicht dazu, die Originalbilder zu ersetzen, so dass ein Besuch der Ursprungswebsite unumgänglich sei, um das Bild in voller Auflösung anzusehen und gegebenenfalls weiter zu verwenden. Der Bildersuchdienst verringere somit nicht den wirtschaftlichen Wert der Originalwerke, sondern fördere allenfalls deren Bekanntheit und Verkauf, da Internetnutzer auf diese aufmerksam gemacht würden.⁹⁵⁹

Nach Ansicht des Gerichts waren insgesamt zwei Faktoren zugunsten von *Arriba*, einer neutral und lediglich einer leicht zugunsten des Klägers zu werten, so dass die *Thumbnail*-Nutzung im Ergebnis als *Fair Use* anzusehen sei.⁹⁶⁰

2. Perfect 10 v. Google, Inc.

Drei Jahre nach dem Urteil des *Court of Appeals* musste sich der *District Court for the Central District of California* erneut mit der urheberrechtlichen Zulässigkeit der Bildersuche beschäftigen. Geklagt hatte *Perfect 10, Inc.*, Herausgeber eines Erotikmagazins und Betreiber einer entsprechenden Internetseite, gegen die Bildersuchmaschinenbetreiber *Google, Inc.* und *Amazon.com, Inc.*⁹⁶¹ Der *District Court* verband die beiden Verfahren und setzte sich umfassend mit der *Fair Use*-Doktrin und deren Anwendung auf Bildersuchmaschinen in der Rechtssache *Kelly v. Arriba Soft* auseinander, verneinte jedoch im Ergebnis – entgegen seiner vorherigen Entscheidung und der Berufungsentscheidung des *Court of Appeals* in *Kelly v. Arriba Soft* – deren Anwendung auf die Bildersuche im konkreten Fall.⁹⁶² Die Berufung gegen dieses Urteil zum *Court of Appeals for the*

959 Siehe *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 821 f. (9th Cir. 2003).

960 Siehe *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 822 (9th Cir. 2003).

961 *Amazon.com, Inc.* wurde als Betreiber der Bildersuchmaschine *A9.com* verklagt.

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

Ninth Circuit hatte jedoch Erfolg; das Gericht hob die Entscheidung auf und stufte die *Thumbnail*-Nutzung im Ergebnis auch in diesem Fall als *Fair Use* ein.⁹⁶³

a) Erste Instanz: District Court for the Central District of California

Die Tatsache, dass der *District Court* in *Perfect 10 v. Google* zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage kam als in *Kelly v. Arriba Soft* hat seinen Grund zum einen in der abweichenden Sachverhaltsgestaltung, zum anderen aber auch in einer abweichenden Bewertung der Marktsituation. Anders als im Verfahren *Kelly v. Arriba Soft*, in dem sich *Kelly* ausschließlich gegen die *Thumbnail*-Nutzung solcher Bilder wandte, die er auf seiner eigenen Webseite eingestellt hatte, stützte *Perfect 10* seine Klage gegen die Suchmaschinenbetreiber auch wesentlich darauf, dass diese solche Bilder in *Thumbnail*-Form anzeigten, die nicht von *Perfect 10* selbst und auch nicht mit deren Zustimmung in das Internet gestellt worden waren, sondern als „Raubkopien“ aus dem geschützten Mitgliederbereich von *Perfect 10s* Webseite auf anderen Internetseiten veröffentlicht worden waren. Es lag dem Verfahren somit eine Konstellation der – bereits zuvor geschilderten⁹⁶⁴ – „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte zu Grunde. Die Sachverhalte unterschieden sich zudem insoweit entscheidend, als *Perfect 10* seine Bilder tatsächlich selbst ebenfalls in *Thumbnail*-Größe verwendete und zu diesem Zweck einen Lizenzvertrag mit einem Dritten über den Verkauf und Vertrieb der Miniaturbilder für die Nutzung auf Mobiltelefonen abgeschlossen hatte.⁹⁶⁵ Anders als im Falle von *Kelly*

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

964 Siehe zum deutschen Recht und zum entsprechenden Sachverhalt des Verfahrens vor dem LG Hamburg (ZUM 2009, 315) oben 4. Kapitel, B.I.2.b).

965 Der Lizenzvertrag zwischen *Perfect 10* und dem Unternehmen *Fonestarz Media Limited* über die Verwendung der Bilder in Miniaturgröße für Mobiltelefone wurde allerdings erst nach Erhebung der Klage gegen *Google* geschlossen, so dass vermutet wurde, dieser Lizenzvertrag sei nur abgeschlossen worden, um die Erfolgsaussichten der Klage zu erhöhen; siehe von *Lohmann*, *Perfect 10 v. Google: More Smooth Than Crunchy*, EFF Deeplinks v. 22.2.2006: „As for Fonestarz, I don't think the court was adequately sensitive to indications that the arrangement was a sham concocted for this litigation (the court notes that the license was not entered into until after Perfect 10 sued Google)“; abrufbar unter: <http://www.eff.org/deeplinks/2006/02/perfect-10-v-google-more-smooth-crunchy> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

kam somit in der Tat eine andere Bewertung des Kriteriums der transformativen Nutzung und der Marktauswirkungen in Betracht. Im Einzelnen führte der *District Court* zur *Fair Use*-Analyse Folgendes aus:

Den ersten Faktor wertete das Gericht leicht zugunsten des Klägers *Perfect 10*. Bereits im Verfahren *Kelly v. Arriba Soft* hatten die Gerichte festgestellt, dass die Werknutzung durch den Bildersuchmaschinenbetreiber kommerzieller Natur sei. In Bezug auf *Google* stellte der *District Court* fest, das Unternehmen nutze die *Thumbnails* sogar noch deutlich stärker kommerziell, als dies bei *Arriba* der Fall gewesen sei. *Google* profitiere nämlich gleich in zweifacher Hinsicht von der *Thumbnail*-Nutzung. Zum einen steigere eine umfassende Bildersuche die Attraktivität des Bildersuchdienstes von *Google* allgemein, wodurch ein gesteigerter *Traffic* und somit gesteigerte Werbeeinnahmen auf der eigenen Website erzeugt würden. Zudem profitiere *Google* mit Hilfe seines *AdSense*-Werbeprogramms jedoch – anders als *Arriba* – erneut, wenn Nutzer durch die *Thumbnails* auf solche Internetseiten verwiesen würden, auf denen *AdSense*-Werbung geschaltet sei, so dass *Google* ein besonders starkes Interesse habe, auf möglichst viele fremde Internetseiten zu verweisen – darunter gegebenenfalls auch solche, auf denen illegale Inhalte angezeigt würden.⁹⁶⁶ Ebenso wie im Verfahren *Kelly v. Arriba Soft* hielt das Gericht bei seiner Bewertung des ersten *Fair Use*-Faktors die Kommerzialität der Nutzung allein jedoch nicht für ausschlaggebend, sondern widmete sich auch ausführlich der Frage, ob eine transformative Nutzung vorliege. Zunächst stellte das Gericht fest, die *Thumbnail*-Nutzung durch den Suchmaschinenbetreiber sei insofern als sehr transformativ anzusehen, als sie den Bildern eine völlig neue Funktion als schneller und effizienter Wegweiser zu Bildinformationen gebe, die auch keinesfalls den Genuss der Bilder von *Perfect 10* in *Originalgröße* ersetze.⁹⁶⁷ Dennoch sei *Googles* Werknutzung nicht ausschließlich transformativ. Hinsichtlich der von *Perfect 10* ebenfalls vermarkteten Bilder in *Miniaturogröße* für die Mobiltelefonnutzung stelle sich die *Thumbnail*-Nutzung nämlich nicht als transformativ dar, sondern trete vielmehr in unmittelbaren Wettbewerb zu diesen. Nicht wenige Nutzer würden voraussichtlich eher die kostenlos verfügbaren *Thumbnails* aus dem Bildersuchdienst herunterladen, um diese auf dem Mobiltelefon zu verwenden, als für Bilder in demselben Format bei

966 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 846 f. (C.D. Cal. 2006).

967 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 847 f. (C.D. Cal. 2006).

Perfect 10 Geld zu bezahlen.⁹⁶⁸ Dieser „consumptive use“ hinsichtlich der Miniaturbilder und die Tatsache, dass *Google* erhebliche eigene kommerzielle Interessen mit der Bildersuche verfolgte, sprachen nach Auffassung des Gerichts im Ergebnis (leicht) gegen die Annahme eines *Fair Use*.

Bei der Beurteilung des zweiten *Fair Use*-Faktors schloss sich das Gericht vollständig der Analyse des *Court of Appeals* in *Kelly v. Arriba Soft* an und stellte fest, dieser wiege nur leicht zugunsten der Klägerin, da die Fotografien zwar kreative Werke darstellten, jedoch bereits zuvor veröffentlicht waren, sowohl online als auch in Print-Form.⁹⁶⁹

Auch hinsichtlich des dritten Faktors stellte das Gericht keine Abweichung zur Entscheidung *Kelly v. Arriba Soft* fest und kam daher zu dem Ergebnis, dass dieser Faktor zugunsten keiner der Parteien zu werten sei, weil einerseits vollständige Kopien der Originalwerke angefertigt würden, andererseits jedoch nicht mehr kopiert werde, als für die sinnvolle Nutzung im Rahmen der Bildersuche zwingend erforderlich sei. Dabei lehnte das Gericht die von der Klägerin als Alternative zur *Thumbnail*-Darstellung vorgeschlagene Beschreibung der Suchergebnisse in Textform als für eine sinnvolle und effektive Bildersuche unbrauchbar und keinesfalls gleichwertig ab.⁹⁷⁰

Bei der Prüfung des vierten *Fair Use*-Faktors kam das Gericht ebenso wie im Verfahren *Kelly v. Arriba Soft* zu dem Ergebnis, dass eine Beeinträchtigung des Marktes für die *Bilder in Originalgröße* durch deren *Thumbnail*-Nutzung höchst unwahrscheinlich sei. Anders stelle sich dies jedoch erneut in Bezug auf die Auswertung der *Bilder in Miniaturgröße* für die Nutzung auf Mobiltelefonen dar. Dieser Markt werde mit großer Wahrscheinlichkeit durch die Vorschaubilder bei der Bildersuche negativ beeinträchtigt, da Nutzer eher die kostenlos verfügbaren *Thumbnails* für die Nutzung auf dem Mobiltelefon herunterladen würden, als für Bilder in derselben Qualität bei *Perfect 10* beziehungsweise dessen Lizenznehmer zu bezahlen.⁹⁷¹ *Googles* Argument, eine negative Marktauswirkung sei nicht festzustellen, da der Markt für Handybilder nachweislich gewachsen

968 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 849 (C.D. Cal. 2006).

969 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 849 f. (C.D. Cal. 2006).

970 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 850 (C.D. Cal. 2006).

971 Kritisch zur Bestimmung des relevanten Marktes durch den *District Court* in diesem Fall *Patry, Fair Use* (2009), § 3:50 mit dem Hinweis, dass die Lizenznehmerin *Fonestarz Media Limited* ein britisches Unternehmen gewesen sei, das die Bilder für die Handynutzung im Vereinigten Königreich lizenziert habe.

sei, lehnte das Gericht ab. Diese Tatsache verdeutliche lediglich, dass tatsächlich ein beträchtlicher Markt für die Miniaturbilder bestehe, der jedoch möglicherweise noch mehr gewachsen wäre, wenn die Bilder nicht kostenlos als *Thumbnails* bei Bildersuchmaschinen verfügbar gewesen wären. In Bezug auf die Bilder in Miniaturgröße wertete das Gericht den vierten Faktor somit im Ergebnis zugunsten von *Perfect 10*.⁹⁷²

Zusammenfassend hielt das Gericht fest, dass der erste, zweite und vierte *Fair Use*-Faktor im konkreten Fall zugunsten der Klägerin zu werten seien, während der dritte Faktor insoweit keinerlei Aufschluss ermögliche. Das Gericht sah sich somit gezwungen, das Vorliegen eines *Fair Use* im konkreten Fall zu verneinen – nicht ohne jedoch festzuhalten, dass es aufgrund des erheblichen öffentlichen Nutzens der Bildersuche und des möglichen negativen Effekts für den technologischen Fortschritt bei einer Untersuchung dieser Technologie gerne anders entschieden hätte.⁹⁷³

b) Zweite Instanz: Court of Appeals for the Ninth Circuit

Gegen dieses Urteil legten sowohl *Google* als auch *Perfect 10* Berufung beim *Court of Appeals for the Ninth Circuit* ein.⁹⁷⁴ Der *Court of Appeals* lobte ausdrücklich die gründliche und umfassende *Fair Use*-Analyse des *District Court*,⁹⁷⁵ vertrat jedoch bei der eigenen Nachprüfung in Bezug auf den ersten und vierten Faktor eine abweichende Auffassung und kam daher nach Abwägung der einzelnen Faktoren zu dem Ergebnis, auch die *Thumbnail*-Nutzung durch *Google* sei im konkreten Fall als *Fair Use* anzusehen.

Hinsichtlich des ersten Faktors stellte das Berufungsgericht fest, *Googles* Werknutzung in Form von *Thumbnails* sei hoch transformativ („highly transformative“), da die Suchmaschine den Bildern eine völlig

972 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 850 f. (C.D. Cal. 2006).

973 Siehe *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 851 (C.D. Cal. 2006).

974 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1157 (9th Cir. 2007). *Perfect 10* legte Berufung gegen das Urteil des *District Court* ein, da das Gericht der Klage nicht vollumfänglich stattgegeben hatte, insbesondere *Google* nicht das Setzen von Inline-Links zu solchen Internetseiten untersagt hatte, auf denen urheberrechtsverletzende Kopien der Originalbilder in voller Größe zu finden waren.

975 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1155 (9th Cir. 2007).

neue Funktion zuweise. Es stehe nicht mehr der ästhetische oder unterhaltende Genuss des Werkes im Vordergrund, sondern das Werk werde zu einem „Zeiger“ transformiert, der die Nutzer zu bestimmten Informationsquellen leite. Das Bild werde folglich einer völlig neuen Nutzung zugeführt, da es zum Teil eines elektronischen Referenzwerkzeuges werde, das erheblichen sozialen Nutzen habe. Insofern sei die *Thumbnail*-Nutzung der Bildersuchmaschine sogar noch transformativer als die vom *Supreme Court* als äußerst transformativ eingestufte Parodie, da dem Werk nicht lediglich etwas hinzugefügt werde und so im neuen Zusammenhang unter Beibehaltung desselben (Unterhaltungs-)Zwecks dessen Bedeutung geändert werde, sondern das Bild sogar zu einem völlig anderen Zweck genutzt werde.⁹⁷⁶ Aufgrund dieser erheblichen Transformativität und des damit verbundenen hohen Nutzens für die Allgemeinheit verlor nach Ansicht des Gerichts auch die Tatsache, dass es sich um eine kommerzielle Nutzung handelte, ganz erheblich an Gewicht. Der soziale Nutzen der Suchmaschine und die stark transformative Nutzung verdrängten letztlich selbst die Gefahr, dass die *Thumbnails* zu den von *Perfect 10* für die Nutzung auf Mobiltelefonen vermarkteten Bildern in Miniaturgröße in unmittelbaren Wettbewerb treten könnten. Dass eine solche Nutzung der *Thumbnails* tatsächlich erfolgt sei und die *Thumbnails* somit tatsächlich in Wettbewerb zur kostenpflichtigen Nutzung der Bilder für Mobiltelefone getreten sei, habe *Perfect 10* zudem nicht dargelegt. Die notwendig flexible Analyse des ersten *Fair Use*-Faktors unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und insbesondere der Transformativität und des sozialen Nutzens der Werkverwertung führte nach Ansicht des Gerichts im Ergebnis zu der Bewertung, dass der erste Faktor im konkreten Fall stark zugunsten von *Google* zu werten sei.⁹⁷⁷

In der Bewertung des zweiten und dritten Faktors stimmte der *Court of Appeals* dem *District Court* zu. Bei den streitgegenständlichen Bildern handele es sich um eher kreative Werke, die jedoch zuvor bereits im Internet veröffentlicht worden waren, so dass der zweite Faktor nur leicht zugunsten von *Perfect 10* zu werten sei.⁹⁷⁸ Da zwar vollständige Kopien der

976 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir. 2007).

977 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1166 f. (9th Cir. 2007).

978 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1167 (9th Cir. 2007).

Werke angefertigt wurden, jedoch auch nur soviel kopiert worden sei, wie für die beabsichtigte Nutzung unumgänglich war, spreche der dritte Faktor weder für noch gegen den Verwender.⁹⁷⁹

Hinsichtlich des vierten Faktors, der Frage nach den Auswirkungen auf den Markt beziehungsweise Marktwert des verwendeten Werkes, wich der *Court of Appeals* hingegen – mit erstaunlich knapper Begründung – von der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts ab. Der *District Court* habe zwar zutreffend angenommen, dass die *Thumbnails* den Markt für die Bilder in Originalgröße nicht negativ beeinträchtigten, das Gericht habe sich jedoch in seiner Bewertung der Auswirkungen auf den Markt für die Bilder in Miniaturgröße für die Mobiltelefonnutzung geirrt. Die Feststellung, dass Nutzer eher die kostenlosen *Thumbnails* für die Nutzung auf dem Mobiltelefon herunterladen würden, als für Bilder in derselben Qualität zu bezahlen, sei rein hypothetisch. Der *District Court* habe nicht festgestellt und *Perfect 10* nicht dargelegt, dass eine derartige Nutzung der *Thumbnails* tatsächlich erfolge und somit eine tatsächliche negative Marktbeeinträchtigung festzustellen sei. Die rein potentielle Gefahr für den Markt für Bilder in Miniaturgröße reiche jedoch nicht aus, um den vierten Faktor zugunsten von *Perfect 10* zu werten. Im Ergebnis wertete das Gericht diesen Faktor daher als neutral.⁹⁸⁰

Eine Abwägung aller vier *Fair Use*-Faktoren im Lichte der Umstände des Einzelfalls und unter besonderer Berücksichtigung des erheblichen Nutzens der Suchmaschinen für die Allgemeinheit und der stark transformativen Art der Nutzung ergab somit nach Ansicht des *Court of Appeals* – in Abweichung von der Entscheidung der Vorinstanz –, dass die Werknutzung in Form von *Thumbnails* durch Google im Rahmen der Bildersuche als *Fair Use* anzusehen sei.⁹⁸¹

979 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1167 f. (9th Cir. 2007).

980 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1168 (9th Cir. 2007).

981 Siehe *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1168 (9th Cir. 2007).

3. Rezeption der Entscheidungen in der US-amerikanischen Literatur

Die dargestellten „Thumbnail“-Entscheidungen der Gerichte des Neunten Gerichtsbezirks haben in der US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Literatur ein breites Echo erzeugt, wobei sie im Ergebnis ganz überwiegend begrüßt, ihre Begründungen jedoch oftmals kritisch hinterfragt wurden.⁹⁸² Gerade die Entscheidungen des *District Court* und des *Court of Appeals for the Ninth Circuit* in der Rechtssache *Perfect 10 v. Google/Amazon* sind vielfach besonders kritisch beurteilt worden. Zentrale Kritikpunkte stellen dabei die (Über-)Betonung der Transformativität der Nutzung bei der Prüfung des ersten *Fair Use*-Faktors und der Gesamtabwägung, die Bestimmung des relevanten Marktes und die Analyse eines möglichen negativen Einflusses auf diesen im Rahmen des vierten Faktors dar.

Im Rahmen des ersten Faktors – „*Purpose and character of the use*“ – erfolgt eine Betrachtung des Zwecks der fraglichen Nutzungshandlung. Eine ganz wesentliche Rolle spielte dabei traditionell die Frage der Kommerzialisierung der Nutzung. Handelt es sich um eine kommerzielle Nutzung, so spricht dies zunächst generell gegen die Annahme eines *Fair Use*. Bereits der *Supreme Court* hat jedoch in seiner Entscheidung *Campbell v. Acuff-Rose*⁹⁸³ den Schwerpunkt der Prüfung innerhalb des ersten *Fair Use*-Faktors verschoben. Die Bewertung einer auch kommerziellen Nutzung kann sich insbesondere dann zugunsten des Nutzenden verschieben, wenn ein „*transformative use*“ vorliegt, das Originalwerk also durch die neue Nutzung nicht lediglich substituiert wird, sondern diesem etwas Neues hinzugefügt wird, etwa durch die Verwendung in einem neuen Zusam-

982 Siehe etwa *Ayazi*, 7 N.C. J. L. & Tech. 367, 377 ff. (2006); *Band*, 3 J. Bus. & Tech. L. 1, 7 ff. (2008); *Bongiorno*, 12 Touro Int'l L. Rev. 107, 121 ff. (2009); *Carnevale*, 14 B.U. J. Sci. & Tech. L. 132, 138 ff. (2008); *Dang*, 18 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 389, 394 ff. (2002); *Ding*, 23 Berkeley Tech. L.J. 373, 388 ff. (2008); *Goldstein*, IIC 2008, 216 (220 f.); *Goryunov*, 41 J. Marshall L. Rev. 487, 501 ff. (2008); *Gray/Kissman*, 19 No. 10 Intell. Prop. & Tech. L.J. 12, 14 ff. (2007); *Kociubinski*, 12 B.U. J. Sci. & Tech. L. 372, 378 ff. (2006); *McFarlane*, 38 Golden Gate U. L. Rev. 381, 387 ff. (2008); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13:05 [G]; *A. Olson*, 44 Jurimetrics J. 487, 496 ff. (2004); *K. Olson*, 14 Comm. L. & Pol'y 153, 160 ff. (2009); *Patry*, Fair Use (2009), § 3:50; *Payne*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 279, 286 ff. (2006); *Reese*, 31 Colum. J.L. & Arts 467, 483 ff. (2008); *Staples*, 18 Berkeley Tech. L.J. 69, 84 ff. (2003).

983 *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

menhang, so dass sich Charakter, Wirkung, Aussage oder Bedeutung des Werkes ändern. Je transformativer und somit kreativer die Nutzung des Originalwerkes erfolgt, desto wahrscheinlich ist, dass eine faire Benutzung vorliegt. Dass die Gerichte in den dargestellten „Thumbnail“-Entscheidungen im Rahmen des ersten *Fair Use*-Faktors ganz wesentlich auf die Transformativität der Nutzung abstellen, steht somit zumindest auf den ersten Blick im Einklang mit der Rechtsprechung des *Supreme Court*. Dennoch sind die Entscheidungen zur *Thumbnail*-Nutzung in Bezug auf die Prüfung des ersten Faktors in mehrfacher Hinsicht kritisiert worden. Zum Teil ist bereits die Richtigkeit der Feststellung, dass überhaupt eine transformative Nutzung vorliegt, in Frage gestellt worden. Die *Thumbnail*-Nutzung sei schon nicht mit der parodistischen Nutzung eines Werkes vergleichbar, in deren Zusammenhang der *Supreme Court* das Kriterium der Transformativität in die Rechtsprechung eingeführt habe. Die grundlegende Begründung der Rechtmäßigkeit einer Parodie habe der *Supreme Court* gerade darin gesehen, dass das Originalwerk bei der Schaffung des neuen Werkes gerade „physisch“ geändert werde, dem Originalwerk also neue, eigene Werkteile durch den Urheber der Parodie hinzugefügt würden. An einer solchen Eigenleistung fehle es bei den *Thumbnails* gerade. Eine reine identische Kopie des Originalwerkes, die lediglich in einem anderen Zusammenhang verwendet werde, stelle gerade keine transformative Nutzung dar.⁹⁸⁴ Zudem sei zweifelhaft, ob sich der Verwendungszweck des Originalbildes und des Vorschaubildes tatsächlich unterscheide. Zwar dienten die *Thumbnails* insoweit einem anderen Zweck als die Originalwerke, als sie als Wegweiser zu Informationsquellen dienten. Dennoch sei der hinter der Verwendung stehende Gedanke und somit der Hauptnutzungszweck derselbe: Sowohl die Ursprungswebsite als auch die Suchmaschine erzielten Gewinne durch den Verkauf von Werbeflächen, Produkten und Dienstleistungen. Sie verwenden die Bilder daher jeweils zu dem Zweck, um ihre Internetseite attraktiv zu gestalten und somit um Nutzer zu gewinnen. Die identische Kopie des Ursprungsbildes und dessen Verwendung auf einer eigenen Webseite, um diese für Nutzer besonders attraktiv zu gestalten, stelle daher keine transformative Nutzung dar.⁹⁸⁵

Der überwiegende Teil der Kommentatoren hat den Gerichten hingegen im Hinblick auf die Feststellung der Transformativität der Nutzung zuge-

984 Vgl. *Bongiorno*, 12 *Touro Int'l L. Rev.* 107, 127 f., 135 (2009); *Williams*, 25 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 303, 318 (2007).

985 Vgl. *Ayazi*, 7 *N.C. J. L. & Tech.* 367, 381 ff. (2006).

stimmt. Als problematisch stellt sich jedoch aus Sicht mehrerer Autoren die ganz zentrale Betonung des Kriteriums der transformativen Nutzung bei der Gesamtabwägung der vier *Fair Use*-Faktoren und insbesondere in ihrem Verhältnis zum vierten Faktor dar. Wie sich insbesondere im Urteil des *Court of Appeals for the Ninth Circuit* in *Perfect 10 v. Google/Amazon* zeigt, überlagert die Transformativität die gesamte sonstige *Fair Use*-Prüfung. Nachdem das Gericht das Vorliegen einer transformativen Nutzung durch den geänderten Verwendungszweck bejaht hat, verlieren sämtliche weiteren Überlegungen, selbst wenn sie deutlich gegen die Annahme eines *Fair Use* sprechen, im Ergebnis (fast) vollständig an Gewicht.⁹⁸⁶ Als besonders problematisch ist insofern die Feststellung des Gerichts betrachtet worden, dass bereits eine teilweise transformative Nutzung (im Hinblick auf die Bilder in Originalgröße) eine ebenfalls vorliegende „gefährdende“ Nutzung (bezüglich der Miniaturbilder für Mobiltelefone) in der Gesamtschau unerheblich werden lässt, selbst wenn dieser „superseding use“ tatsächlich das Potential hat, in unmittelbarem Wettbewerb zu einer Nutzung des Originalwerkes auf einem potentiellen oder gar tatsächlich schon bedienten Markt zu treten.⁹⁸⁷ Letztlich kommt das Gericht trotz deutlicher Hinweise auf eine Marktbeeinträchtigung oder -gefährdung und trotz der vollständigen Kopie eines kreativen Werkes zu dem Ergebnis, dass eine für die Allgemeinheit wertvolle Nutzung allein aufgrund ihrer Transformativität als *Fair Use* zu qualifizieren sei. Diese „Degradierung“ des vierten *Fair Use*-Faktors, der vom *Supreme Court* sogar als „*undoubtedly the single most important element of fair use*“ bezeichnet worden ist⁹⁸⁸ und die Bestimmung des relevanten Marktes beziehungsweise einer relevanten Marktbeeinträchtigung durch das Gericht im konkreten Fall, ist erheblich kritisiert worden. Der *Court of Appeals* lehnte eine Wertung des vierten Faktors zugunsten von *Perfect 10* gerade deshalb ab, weil ein tatsächlicher Schaden nicht nachgewiesen worden war, so dass eine Beeinträchtigung hypothetisch sei. Nach dem vierten *Fair Use*-Faktor sollen jedoch aus-

986 Vgl. *Ayazi*, 7 N.C. J. L. & Tech. 367, 390 f. (2006); *Staples*, 18 Berkeley Tech. L.J. 69, 83 ff. (2003); *Williams*, 25 Cardozo Arts & Ent. L.J. 303, 319 (2007). Ausführlich zum Problem der Überbetonung des „transformative use“ durch die Gerichte nach der *Campbell*-Entscheidung *Bunker*, 7 Comm. L. & Pol’y 1, 17 ff. (2002); *Kudon*, 80 B.U. L. Rev. 579, 597 ff. (2000).

987 Vgl. *Ayazi*, 7 N.C. J. L. & Tech. 367, 388 (2006); *Bongiorno*, 12 Touro Int’l L. Rev. 107, 127 (2009).

988 *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985) unter Hinweis auf *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A].

drücklich auch *potentielle* Markteinflüsse Berücksichtigung finden, die sich letztlich stets als „hypothetische“ Effekte charakterisieren ließen.⁹⁸⁹ Es ist zudem zu bedenken, dass es in diesem Fall nicht um einen rein hypothetischen zukünftigen Markt ging, sondern um eine lediglich nicht nachgewiesene Beeinträchtigung eines bereits tatsächlich bedienten Marktes. Die Auseinandersetzung mit dem vierten Faktor durch den *Court of Appeals* ist insofern als wenig überzeugend angesehen worden.⁹⁹⁰ Letztlich ist sie jedoch – wie auch die im Anschluss an die Prüfung der vier Faktoren vom Gericht vorgenommene allgemeine Interessenabwägung deutlich zeigt – vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Gericht sein Ziel – die Legalisierung der als unverzichtbar angesehenen Bildersuche – „um jeden Preis“ erreichen wollte und zu diesem Zweck bereit war, die *Fair Use*-Doktrin äußerst großzügig anzuwenden.⁹⁹¹

4. Ergebnis: Thumbnail-Nutzung als Fair Use

Die US-amerikanische Rechtsprechung ist bisher in zwei großen Verfahren mit der Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit der *Thumbnail*-Nutzung konfrontiert worden. Während die erstinstanzlichen Gerichte diese Frage zunächst uneinheitlich beantwortet haben, hat der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* die *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen in beiden Verfahren im Ergebnis als *Fair Use* eingestuft.

Einen ganz wesentlichen Aspekt aller Entscheidungen stellt die Frage der transformativen Nutzung dar. Anders als in vorherigen Urteilen wird im Ergebnis allein aufgrund eines unterschiedlichen Verwendungszwecks von Originalwerk und identischer (verkleinerter) Kopie – ästhetische und unterhaltende Zwecke einerseits und eine rein funktionale Verwendung als „Wegweiser“ zu Online-Inhalten andererseits – eine transformative Nutzung bejaht, die letztlich in allen Urteilen entscheidend für die Bejahung des *Fair Use* war. Dabei hat das Gericht sowohl die Nutzung solcher Bil-

989 Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [G].

990 Vgl. *Ayazi*, 7 N.C. J. L. & Tech. 367, 385 ff. (2006); *Bongiorno*, 12 Touro Int'l L. Rev. 107, 126 f. (2009); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [G].

991 Diese flexible Handhabung der *Fair Use*-Doktrin im Hinblick auf neue Nutzungsformen im Internet begrüßend *Goryunov*, 41 J. Marshall L. Rev. 487, 523 (2008); *McFarlane*, 38 Golden Gate U. L. Rev. 381, 405 f. (2008); *Payne*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 279, 292 f. (2006); *Staples*, 18 Berkeley Tech. L.J. 69, 83 (2003).

der behandelt, die vom Urheber selbst beziehungsweise mit dessen Zustimmung im Internet veröffentlicht wurden, als auch die – nach deutschem Recht besonders schwer zu erfassende⁹⁹² – Konstellation der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte, in der die Werke ohne Zustimmung des Urhebers von Dritten im Internet zur Verfügung gestellt werden. Die Rechtslage hinsichtlich der *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen kann somit in den USA – trotz der zum Teil erheblichen Kritik an der Rechtsprechung – als geklärt gelten. Die Verwendung fremder Werke in Form von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche lässt sich von der flexiblen *Fair Use*-Doktrin erfassen und ist somit zulässig, jedenfalls solange nicht im Einzelfall nachteilige Auswirkungen auf den Markt für das Originalwerk beziehungsweise auf dessen Marktwert tatsächlich nachgewiesen werden.

II. Google Book Search

Die Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit der *Google* Buchsuche war ebenfalls bereits Gegenstand gerichtlicher Verfahren in den USA. Im Herbst 2005 reichten in kurzem zeitlichen Abstand sowohl der US-amerikanische Autorenverband *Authors Guild*⁹⁹³ als auch der Verlegerverband *Association of American Publishers* (AAP) beim *U.S. District Court for the Southern District of New York* Klagen gegen *Google* ein.⁹⁹⁴ Die Kläger machten „massive Urheberrechtsverletzungen“ durch *Googles* Vorgehen im Rahmen des *Library Projects* geltend. Die zentrale Frage, ob die massenhafte Digitalisierung von Büchern und deren Zurverfügungstellung im Internet als *Fair Use* anzusehen ist, ist von der Rechtsprechung jedoch bisher nicht geklärt worden, da ein gerichtlicher Vergleich vorgeschlagen wurde, dessen Inhalt und Folgen im Rahmen eines Exkurses dargestellt werden (unten 2.). Zunächst soll jedoch die Rechtslage ermittelt werden, die derzeit – ohne den Abschluss eines Buchsuche-Vergleichs – besteht.

992 Siehe oben 4. Kapitel, B.I.2.b).

993 Die *Authors Guild* vertritt mehr als 8.000 Autoren und ist damit die größte US-amerikanische Vereinigung von Autoren; siehe *The Authors Guild*, „History“, abrufbar unter: <http://www.authorsguild.org/about/history.html> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

994 Siehe *The Authors Guild, et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005) und *The McGraw-Hill Companies, Inc. et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8881 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005).

Daher ist zu prüfen, ob *Googles* Vorgehen als *Fair Use* zu rechtfertigen ist.

1. Fair Use-Analyse

Google macht geltend, die Nutzung fremder Werke im Rahmen der Buchsuche sei als *Fair Use* zulässig, da eine Dienstleistung mit enormem Nutzen für die Öffentlichkeit ebenso wie für die Urheberrechtsinhaber angeboten würde. Die Rechte der Urheber und Rechteinhaber würden nicht negativ beeinflusst, da Nutzern nur kleine Teile eines mit Hilfe der Suchfunktion aufgefundenen Werkes angezeigt würden, solange an diesem noch Urheberrechte bestehen und der Urheberrechtsinhaber einer weitergehenden Nutzung nicht zugestimmt hat. Zudem ermögliche die *Google* Buchsuche eine Steigerung der Bekanntheit und Auffindbarkeit der einzelnen Werke, wovon letztlich die Rechteinhaber insbesondere auch in Form gesteigerter Einnahmen aus zusätzlichen Verkäufen profitieren könnten.⁹⁹⁵

Ob die massenhafte Digitalisierung der Bücher durch *Google* und die Anzeige einzelner Ausschnitte aus dem gespeicherten Text auf Suchanfragen der Nutzer tatsächlich als *Fair Use* zulässig ist, ist eine der in den letzten Jahren wohl meistdiskutierten Fragen in der US-amerikanischen urheberrechtlichen Literatur, aber auch in den Massenmedien. Die vielstimmige Diskussion zeigt zum einen, dass die Rechtslage insoweit tatsächlich nicht eindeutig ist, insbesondere da die von *Google* vorgenommene Art der Nutzung völlig neu ist und somit vergleichbare Urteile, die als Leitbild dienen könnten, weitgehend fehlen. Die tatsächlich bestehende Unsicherheit über den Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens, in dessen Mittelpunkt die Frage des *Fair Use* stünde, spiegelt sich nicht zuletzt darin, dass die Parteien sich auf einen Vergleich geeinigt haben.⁹⁹⁶ Zum anderen zeigt der Umfang der Debatte und auch die Emotionalität, mit der diese teilweise geführt wird, welche Bedeutung dem Projekt „*Google* Buchsuche“ selbst beigemessen wird und welche Reichweite eine entsprechende Entscheidung zugunsten oder zuungunsten von *Google* für die Entwicklung des gesamten US-amerikanischen Urheberrechts im Hinblick auf den Umgang mit neuen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke ha-

995 Vgl. „Google Books – Legal Analysis“, abrufbar unter: <http://www.google.com/googlebooks/legal.html> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

996 Zum *Google Book Settlement* siehe ausführlich unten 5. Kapitel, B.II.2.

ben könnte. Die Frage der Zulässigkeit der *Google* Buchsuche im Rahmen der *Fair Use*-Doktrin entwickelt sich somit letztlich auch zu einer rechtspolitischen Frage, deren Antwort davon abhängt, welche Reichweite man der *Fair Use*-Doktrin zukommen lassen möchte und welche Funktion dem Urheberrecht bei der Gestaltung der technologischen Entwicklung zukommen soll. Diese rechtspolitischen Überlegungen sollen hier allerdings (zunächst) weitestgehend außer Betracht bleiben. Es soll vielmehr anhand der einzelnen *Fair Use*-Faktoren geprüft werden, ob die *Google* Buchsuche nach dem in der bisherigen US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelten Verständnis der *Fair Use*-Doktrin als zulässig anzusehen ist. Urheberrechtlich relevant und somit bei der *Fair Use*-Prüfung zu beachten sind drei Vorgänge: Die Digitalisierung vollständiger Bücher und deren Erfassung in einer Datenbank, die Anzeige von Auszügen aus diesen Werken in *Snippet*-Form als Antwort auf Nutzeranfragen und die Weitergabe einer digitalen Kopie jedes digitalisierten Werkes an die Bibliothek, aus deren Bestand das gescannte Werk stammt.⁹⁹⁷

a) Die Präambel

Auch wenn die Aufzählung der Präambel nur beispielhaft ist und selbst für die dort genannten Fälle eine Ablehnung eines *Fair Use* möglich ist, kommt den in der Präambel genannten Nutzungszwecken durchaus eine Bedeutung zu: Dient die fragliche Nutzung einem der genannten Zwecke, so kann dies insbesondere im Rahmen des ersten Faktors als Argument zugunsten des Nutzers gelten, da die aufgelisteten Zwecke in der Regel wünschenswert sind. In Bezug auf die *Google* Buchsuche käme eine Kategorisierung der Nutzung zu Zwecken der Wissenschaft oder Forschung („scholarship or research“) im Sinne der Präambel in Betracht. Tatsächlich wird die Buchsuche in einer Vielzahl der Fälle Zwecken des wissenschaftlichen Arbeitens dienen, insbesondere da es sich bei den beteiligten Bibliotheken ganz überwiegend um akademische Bibliotheken handelt, deren Bestände zu einem Großteil aus wissenschaftlicher oder wissenschaftlich relevanter Literatur bestehen werden. Durch die *Google* Buchsuche wird in ihrer derzeitigen Gestaltung jedoch auch nicht garantiert, dass eine

997 Die Klagen der *Authors Guild* und *AAP* beziehen sich allerdings nur auf die Digitalisierung vollständiger Bücher durch *Google* und deren Speicherung in einer Datenbank.

Nutzung zu Zwecken der Wissenschaft und Forschung erfolgt. Es werden nicht nur wissenschaftliche Werke, sondern grundsätzlich alle Werke der beteiligten Bibliotheken digitalisiert. Zudem wird bisher der Zugang nicht auf solche Nutzer beschränkt, die die Dienstleistung zu wissenschaftlichen Zwecken nutzen. Ob die Werknutzung im Rahmen der Buchsuche den ausdrücklich in der Präambel des 17 U.S.C. § 107 genannten Zwecken „scholarship or research“ unterfällt, lässt sich folglich nicht pauschal beantworten. Oftmals wird jedoch eine Nutzung zu einem dieser Zwecke erfolgen, was im Rahmen der Prüfung der *Fair Use*-Faktoren Berücksichtigung finden kann.

b) Erster Faktor: “The Purpose and Character of the Use”

Der erste *Fair Use*-Faktor betrifft den Zweck und Charakter der Nutzung einschließlich der Frage, ob ihr Gebrauch kommerzieller Natur ist oder gemeinnützigen Erziehungs- beziehungsweise Unterrichtszwecken dient. Zentral sind dabei zwei Fragestellungen: Ob die Nutzung zu kommerziellen Zwecken erfolgt und ob die Nutzung transformativ ist.

Es steht außer Frage, dass *Google* ein kommerzielles Unternehmen ist, das in erster Linie zu kommerziellen Zwecken und mit Gewinnerzielungsabsicht handelt. *Google* profitiert jedoch nicht unmittelbar finanziell von der Nutzung der fremden Werke im Rahmen der Buchsuche, da es die vollständigen Kopien der Werke beziehungsweise die *Snippets* (bisher) nicht an die Nutzer verkauft und für den Suchdienst auch keine Bezahlung verlangt. Dennoch verfolgt *Google* mit der Buchsuche zumindest mittelbar kommerzielle Interessen. Das Unternehmen digitalisiert die Bücher und nimmt diese in eine Datenbank auf, um später eine Volltextsuche zu ermöglichen. Im Zusammenhang mit den Suchergebnissen werden den Nutzern Werbebanner und Links zu anderen Internetangeboten, insbesondere solchen zum Kauf des gefundenen Buches, angezeigt. *Google* generiert mit diesen Werbebannern und Links Einnahmen. Ein umfassendes Buchsuche-Angebot steigert zudem allgemein die Attraktivität des Dienstleisters *Google*. Durch die Verbindung der Buchsuche mit den anderen (Such-)Angeboten von *Google* kann zudem zusätzlicher *Traffic* für die weiteren Angebote generiert werden. All dies führt zu gesteigerten Werbeeinnahmen bei *Google*. Die Tatsache, dass *Google* die Buchsuche (bisher) kostenlos anbietet, ändert an dieser Beurteilung nichts. Relevant ist für die Beurteilung der Kommerzialität lediglich, ob der Nutzende überhaupt von

der Nutzung des fremden Werkes finanziell profitiert, auch wenn dies – wie hier und auch im Falle der *Thumbnail*-Nutzung⁹⁹⁸ – nur mittelbar erfolgt.⁹⁹⁹ Gerade die Gerichte des *Second Circuit*, in dem auch die Klagen gegen *Googles* Buchsuche erhoben wurden, haben diesbezüglich bisher stets ein weites Verständnis der Kommerzialität der Nutzung vertreten.¹⁰⁰⁰ Auch wenn der kommerzielle Charakter der Nutzung hier nicht so ausgeprägt ist wie im Falle der unmittelbaren kommerziellen Verwertung eines Werkes, liegt im Ergebnis eine kommerzielle Nutzung vor, die grundsätzlich gegen die Annahme eines *Fair Use* spricht.¹⁰⁰¹

Der erste *Fair Use*-Faktor ist jedoch auch bei kommerzieller Nutzung nicht automatisch gegen den Nutzenden zu werten.¹⁰⁰² Der *Supreme Court* hat im Urteil *Campbell v. Acuff-Rose* ausdrücklich festgestellt, dass die Annahme einer unfairen Benutzung insbesondere dann widerlegt sein kann, wenn ein *transformative use* erfolgt. Die Nutzung ist dann als umge-

998 Vgl. *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1166 (9th Cir. 2007); *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828, 846 f. (C.D. Cal. 2006). Siehe dazu oben 5. Kapitel, B.I.

999 Vgl. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 818 (9th Cir. 2003).

1000 Vgl. *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting Sys. Inc.*, 503 F.Supp. 1137, 1144 (S.D.N.Y. 1980); bestätigt durch *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting Sys. Inc.*, 672 F.2d 1095 (2d Cir. 1982); *Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F.Supp. 1090, 1101 (S.D.N.Y. 1992); zu dieser Rechtsprechung siehe *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 584 f. (2007).

1001 So im Ergebnis auch *Adler*, Google Library Project, S. 11 f.; *Band*, Google Library Project, S. 4; *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 289 (2007); *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 378 f. (2007); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 12 (2006); *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 984 (2010); *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 19; *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 32 f. (2006); *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 10; *Manuel*, Google Library Project, S. 5; *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 39 ff.; *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 226 (2006); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 828 (2006); *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 584 f. (2007); *Travis*, 61 U. Miami L. Rev. 87, 126 f. (2006); *Varian*, Google Library Project, S. 9; *Westin*, 2007 Duke L. & Tech. Rev. 2, Rn. 48, 56 ff.; *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 123 f. (2006); a.A. *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 417, 436 f. (2007).

1002 So aber noch die frühere Rechtsprechung; siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 451 (1984): „[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright [...]“.

staltend im Sinne der Rechtsprechung anzusehen, wenn dem genutzten Werk durch die Nutzung etwas Neues hinzugefügt wird, etwa durch die Nutzung in einem neuen Zusammenhang, so dass sich Charakter, Wirkung, Aussage oder Bedeutung des Werkes ändern.¹⁰⁰³ Je transformativer die Nutzung, desto wahrscheinlicher ist, dass dieser Aspekt die Kommerzialisierung überwiegt und die Nutzung somit als fair anzusehen ist.¹⁰⁰⁴ Für die Google Buchsuche werden identische Kopien der Originalwerke angefertigt, denen keine neuen, eigenen Werkteile hinzugefügt werden, so dass keine Transformativität im ursprünglich von der Rechtsprechung verlangten Sinne vorliegt. Dennoch könnte die Nutzung als transformativ anzusehen sein, soweit die Vervielfältigungsstücke in der Buchsuche einem völlig anderen Zweck dienen als die Originalwerke.

Dies ist zumindest bei solchen Werken anzunehmen, bei denen – wie insbesondere bei belletristischen Werken – in aller Regel nur ein Interesse an der vollständigen Lektüre oder jedenfalls der Lektüre längerer zusammenhängender Abschnitte besteht. Insofern lässt sich die Google Buchsuche gut mit der zuvor dargestellten Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke als *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche vergleichen, bei der von den Gerichten eine transformative Nutzung allein aufgrund eines geänderten Nutzungszwecks angenommen wurde.¹⁰⁰⁵ In den Urteilen *Kelly v. Arriba Soft* und *Perfect 10 v. Google/Amazon* stuften die Gerichte des *Ninth Circuit* die Werknutzung sogar als äußerst transformativ ein, obwohl identische Vervielfältigungsstücke hergestellt wurden. Die Werknutzung sei dennoch transformativ, da die *Thumbnails* einem völlig anderen Zweck dienten als die vervielfältigten Originalbilder. Bei den Originalbildern handele es sich um künstlerische Werke, die ästhetischen Zwecken dienten. Die Nutzung durch die Suchmaschinen hingegen verfolge keinerlei ästhetische Zwecke, sondern diene allein als „Werkzeug“, das zum öffentlichen Nutzen den Zugang zu Werken im Internet erleichtere. Für einen ästhetischen Werkgenuss seien die *Thumbnails* zudem aufgrund ihrer geringen Auflösung weder bestimmt noch geeignet. Trotz der identischen Werknutzung sei diese im Ergebnis transformativ, da dem Werk als *Thumbnail* eine neue Bedeutung beziehungsweise ein neuer Zweck zu-

1003 Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

1004 Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 580 (1994). So auch ausdrücklich der *Court of Appeals for the Second Circuit* in der Entscheidung *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 608 ff. (2d Cir. 2006).

1005 Siehe dazu oben 5. Kapitel, B.I.

komme.¹⁰⁰⁶ Auch die *Google* Buchsuche ermöglicht keinen vollständigen Werkgenuss – das Lesen vollständiger urheberrechtlich geschützter Bücher ist nicht möglich. Von diesen werden nur *Snippets* angezeigt, die den vom Nutzer gesuchten Text enthalten. Die Buchsuche dient folglich nicht als Werkzeug zum Lesen von Büchern in digitaler Form, sondern ausschließlich als äußerst nützliches Werkzeug zum Auffinden von Büchern beziehungsweise bestimmten Buchinhalten. *Google* gibt die Werke also nicht lediglich in einem anderen Medium wieder,¹⁰⁰⁷ sondern bietet ein durchsuchbares Verzeichnis, das das Lesen eines vollständigen Buches gerade nicht ersetzt. Die Buchsuche verknüpft das Originalwerk zudem mit weiteren Funktionen, zum Beispiel mit Hinweisen auf Bibliotheken, in deren Bestand sich das Buch befindet, oder mit Vorschlägen zu ähnlichen Titeln, die für den Nutzer ebenfalls interessant sein könnten. Die von *Google* angefertigten vollständigen Werkkopien dienen somit bei diesen Werken – ähnlich wie die *Thumbnails* – einem völlig neuen Zweck: der Informationsgewinnung und -lokalisierung.

Tatsächlich ist hier die Werknutzung in Form von *Snippets* sogar von deutlich geringerer Intensität als die *Thumbnail*-Nutzung. Im Gegensatz zu den verkleinerten Vorschaubildern bei der Bildersuche, die das jeweilige

1006 Vgl. *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 818 f. (9th Cir. 2003); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1155 (9th Cir. 2007). Auch der *Court of Appeals for the First Circuit* und der *Court of Appeals for the Second Circuit* haben anerkannt, dass allein die Änderung des Verwendungszwecks einen *transformative use* darstellen kann; siehe *Núñez v. Caribbean Int'l News Corp.*, 235 F.3d 18, 22 f. (1st Cir. 2000) [Abdruck von Fotografien aus einem Model-Portfolio der „Miss Puerto Rico“ in einer Zeitung im Rahmen der Berichterstattung über eine diese betreffende Kontroverse als transformative Nutzung]; *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 608 ff. (2d Cir. 2006) [Stark verkleinerte, chronologisch geordnete Darstellung von Konzertpostern der Rockband *Grateful Dead* in einem biographischen Buch über die Musikgruppe als transformative Nutzung der geschützten Bildwerke]. Siehe auch *Field v. Google, Inc.*, 412 F.Supp.2d 1106, 1118 ff. (D. Nev. 2006) [Vervielfältigung und Speicherung der auf Internetseiten aufgefundenen Werke im Cache-Speicher einer Suchmaschine ist *transformative use*].

1007 Ein solches reines „medium-shifting“ haben Gerichte des *Second Circuit* bisher gerade nicht als *transformative use* anerkannt; vgl. *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 f. (2d Cir. 1998) [Erneute Übertragung einer Radiosendung über eine Telefonleitung nicht transformativ]; *UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.*, 92 F.Supp.2d 349, 351 (S.D.N.Y. 2000) [Übertragung einer Musik-CD in MP3-Format zum späteren Abruf der Musikstücke über das Internet keine transformative Werknutzung].

Bild zwar in verminderter Qualität, jedoch in seiner Gesamtheit erkennen lassen, ermöglichen die *Snippets* gar keinen vollständigen Werkgenuss. Anders als die *Thumbnails* bei der Bildersuche können außerdem die dargestellten Textausschnitte bei der Buchsuche auch nicht heruntergeladen oder kopiert werden. Die Werknutzung im Rahmen der Buchsuche ist aufgrund dieses völlig veränderten Werknutzungszwecks und der geringen Eingriffsintensität somit als äußerst transformativ anzusehen.¹⁰⁰⁸ Der mit dieser hoch-transformativen Nutzung einhergehende Nutzen für die Allgemeinheit – die Möglichkeit in Millionen Büchern nach Begriffen oder Textteilen zu suchen – rechtfertigt es, das Gewicht der Kommerzialität der Nutzung zurücktreten zu lassen, denn letztlich entsteht dieser positive Effekt für die Allgemeinheit völlig unabhängig davon, ob die Dienstleistung von einem kommerziellen oder nicht-kommerziellen Anbieter erbracht wird, solange diese für den Nutzer kostenlos angeboten wird.¹⁰⁰⁹

Trotz der kommerziellen Natur der Nutzung gibt es somit im Ergebnis deutliche Indizien für die Annahme, dass ein Gericht den ersten *Fair Use*-Faktor aufgrund der Transformativität der Werknutzung im Rahmen der Buchsuche und deren erheblichem Nutzen für die Allgemeinheit zugunsten von *Google* werten würde.

Deutlich anders könnte die Beurteilung durch ein Gericht allerdings ausfallen, soweit es die Digitalisierung wissenschaftlicher Werke und deren Nutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche zu beurteilen hätte. Denn hier gelten die vorherigen Ausführungen zur Transformativität der Werknutzung allenfalls mit deutlichen Einschränkungen. Den Nutzern wissenschaftlicher Literatur wird nicht selten bereits ein Kurzeinblick in das Werk in Form eines oder weniger *Snippets* genügen, wenn der Ausschnitt die gesuchte Aussage oder Information vollständig enthält und daher die Lektüre eines längeren Abschnittes ersetzt. Dies ist in vielen Fällen vor-

1008 So auch *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 269 ff. (2006); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 12 (2006); *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 37 (2006); *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 10 f.; *Lundeen*, 75 UMKC L. Rev. 265, 273 (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 417, 437 ff. (2007); *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 36 ff.; *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 227 (2006); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 831 (2006); *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 27 f. (2010); *Travis*, 61 U. Miami L. Rev. 87, 126 ff. (2006); a.A. *Adler*, Google Library Project, S. 12 f.; *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 984 (2010); *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 21.

1009 Vgl. *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 848 f., 861 (2010).

stellbar, in denen die Buchsuche – vergleichbar einer anderen (Fach-) Datenbank – nur zum Auffinden einzelner Belegstellen genutzt wird, um diese anschließend – etwa in einem Schriftsatz – zur Untermauerung der eigenen Auffassung zu zitieren, ohne dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit den zu der gefundenen Aussage führenden Überlegungen des Urhebers erforderlich oder gewünscht ist. Auch hier ermöglichen die *Snippets* zwar keinen *vollständigen* Werkgenuss. Der „Genuss“ der *Snippets* ersetzt jedoch in diesen Fällen gerade die – gar nicht vollständig gewünschte – weitere Werkwahrnehmung, da die gesuchte Passage bereits in den *Snippets* enthalten ist. Hier tritt die Dienstleistung des kommerziellen Anbieters *Google* folglich in unmittelbare Konkurrenz zu den Angeboten anderer kommerzieller Anbieter von wissenschaftlichen Datenbanken mit Volltextsuche, mit dem Unterschied, dass letztere sich für ihre Dienstleistungen die erforderlichen Rechte einräumen lassen haben.

Stellte ein Gericht bei der *Fair Use*-Prüfung (auch) auf diese Art der Werknutzung ab oder wäre es gar gezwungen, diese schwerpunktmäßig zu berücksichtigen, etwa weil als Kläger wissenschaftliche Verlage auftreten, so ist anzunehmen, dass das Gericht den ersten *Fair Use*-Faktor aufgrund der fehlenden Transformativität der Werknutzung zu *Googles* Ungunsten werten würde.

c) Zweiter Faktor: “The Nature of the Copyrighted Work”

Als zweiten Faktor nennt 17 U.S.C. § 107 die „*Nature of the copyrighted work*“. Bei der Bewertung der Auswirkung der Art des geschützten Werkes auf die *Fair Use*-Prüfung wird zumeist zunächst auf den Grad der im Originalwerk zum Ausdruck kommenden Kreativität abgestellt. Zeichnet sich das verwendete Werk durch besondere Kreativität aus, so genießt es grundsätzlich einen weiterreichenden Schutz gegen Übernahmen, als ein eher faktisches Werk.¹⁰¹⁰ Neben diesem qualitativen Merkmal kommt zudem der Frage, ob das verwendete Werk zum Zeitpunkt der Benutzung bereits veröffentlicht war, besondere Bedeutung zu.¹⁰¹¹

Google vervielfältigt für die Buchsuche sämtliche von den Vereinbarungen mit den beteiligten Bibliotheken erfassten Bücher. Eine Auswahl

1010 Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 586 (1994).

1011 Vgl. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 (1985).

nach Werkarten erfolgt dabei grundsätzlich nicht. Die Buchsuche-Datenbank enthält daher sämtliche denkbaren „Stufen“ von Werktypen: Von rein fakten-basierten, wenig kreativen Darstellungen, deren urheberrechtliche Schutzbedürftigkeit als eher gering angesehen wird, bis zu besonders kreativen und rein fiktionalen Werken, deren Schutz ein besonderes Ziel des US-amerikanischen Urheberrechts ist. Sämtliche von *Google* digitalisierten Bücher sind jedoch bereits veröffentlicht, da sie sich bereits im Bestand mindestens einer der teilnehmenden Bibliotheken befinden. Bei veröffentlichten Werken ist die Hürde für die Annahme eines *Fair Use* grundsätzlich weniger hoch als bei unveröffentlichten Werken. Werden solche veröffentlichte Werke verwendet, die nicht mehr gedruckt werden und nicht mehr über „gewöhnliche Kanäle“ bezogen werden können, so liegt die Annahme eines *Fair Use* zudem nahe.¹⁰¹² Wie die Diskussion um die *Orphan Works* und um ein (vermeintliches) diesbezügliches Monopol von *Google*¹⁰¹³ zeigt, trifft dies auf einen nicht unerheblichen Teil der von *Google* für die Buchsuche digitalisierten Werke zu. Die Tatsachen, dass sämtliche verwendeten Werke bereits publiziert sind, eine erhebliche Zahl bereits „out of print“ ist und ein Großteil der aus akademischen Bibliotheken stammenden Bücher eher faktischer Natur sein wird, sprechen zunächst dafür, den zweiten Faktor als neutral oder sogar leicht zugunsten von *Google* zu werten.¹⁰¹⁴ Werden hingegen besonders kreative Werke im Rahmen der Buchsuche genutzt, die zudem noch „im Druck“ sind, so spricht der zweite Faktor eher gegen die Annahme eines *Fair Use*.¹⁰¹⁵ Hat ein Gericht über die *Google* Buchsuche als Ganzes zu entscheiden, so

1012 Vgl. Senate Report No. 94-473, S. 64 (1975) [„A key, though not necessarily determinative, factor in fair use is whether or not the work is available to the potential user. If the work is “out of print” and unavailable for purchase through normal channels, the user may have more justification for reproducing it than in the ordinary case, but the existence of organizations licensed to provide photocopies of out-of-print works at reasonable cost is a factor to be considered.“]; siehe auch *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 553 (1985).

1013 Zur Problematik des Entstehens eines *Orphan Works*-Monopols durch das *Google Book Settlement* siehe unten 5. Kapitel, B.II.2.

1014 Vgl. *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 40 (2006); *Lundeen*, 75 UMKC L. Rev. 265, 275 (2006); *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 24 (2010); *Travis*, 61 U. Miami L. Rev. 87, 128 f. (2006).

1015 Vgl. *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 294 (2007); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 12 (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 417, 442 (2007); *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 228 (2006); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 833 (2006).

sprechen gute Argumente dafür, den zweiten Faktor eher zuungunsten von *Google* zu bewerten, da keine Einzelauswahl der Werke erfolgt und somit auch kreative Werke gescannt werden, die als besonders schutzbedürftig angesehen werden.¹⁰¹⁶ Unabhängig vom Grad der Kreativität des jeweiligen Werkes ist zudem zu bedenken, dass die von *Google* digitalisierten Werke zwar bereits veröffentlicht, allerdings – anders als im Falle der Darstellung von Webinhalten als *Thumbnails* – bisher in der Regel nicht in digitaler Form und nicht im Internet verfügbar waren.¹⁰¹⁷ *Google* ändert folglich im Rahmen des Buchsuche-Projekts die „Natur“ der zuvor nur in analoger Form zugänglichen Werke. Diese Übertragung in ein neues Medium spricht dafür, den Werken einen gesteigerten Schutz gegen eine ungenehmigte Verwendung zu gewähren, da diese Art der Werknutzung nicht der Form der vom Urheberrechtsinhaber konsentierten Veröffentlichung entspricht. Ein mit der Frage des *Fair Use* befasstes Gericht könnte daher die Werknutzung im Rahmen der Buchsuche eher so bewerten wie die Nutzung unveröffentlichter Werke. Auch bei diesen ist die Annahme eines *Fair Use* nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sie bedarf jedoch einer besonders starken Legitimation durch die übrigen *Fair Use*-Faktoren.¹⁰¹⁸ Im Ergebnis spricht der zweite Faktor der *Fair Use*-Analyse somit eher (leicht) gegen die Annahme einer fairen Benutzung.¹⁰¹⁹

d) Dritter Faktor: “The Amount and Substantiality of the Portion Used”

Im Rahmen der Prüfung des dritten Faktors der *Fair Use*-Prüfung sind Umfang und Bedeutung des übernommenen Werkteils („*Amount and substantiality of the portion used*“) ins Verhältnis zum gesamten Originalwerk zu setzen, wobei sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Betrachtung vorzunehmen sind. Werden nur minimale Teile des Originalwerkes übernommen, so liegt die Möglichkeit einer fairen Benutzung grundsätzlich näher als bei einer Übernahme in einem quantitativ größeren Um-

1016 Vgl. *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 984 f. (2010).

1017 Vgl. *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 127 f. (2006).

1018 Vgl. oben 2. Kapitel, C.I.2.b)bb).

1019 So im Ergebnis ebenfalls *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 294 (2007); *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 380 (2007); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 12 (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 417, 442 (2007); *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 46; *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 833 f. (2006); *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 128 (2006).

fang. Die vollständige Übernahme eines fremden Werkes ist zwar ein deutliches Indiz gegen die Annahme eines *Fair Use*, schließt diese aber auch nicht grundsätzlich aus.¹⁰²⁰

Google kopiert den vollständigen Text von Millionen Büchern und speichert diesen in seiner Datenbank. Es wird somit zwangsläufig auch das „Herz“ eines jeden Werkes, das heißt der qualitativ wesentlichste Teil, kopiert. Eine rein quantitative und qualitative Betrachtung spräche somit eindeutig gegen die Annahme einer fairen Benutzung.¹⁰²¹ Der dritte Faktor ist jedoch auch im Lichte des Zwecks der Vervielfältigung zu betrachten.¹⁰²² Den Endnutzern werden bei der *Google* Buchsuche nicht die vollständigen urheberrechtlich geschützten Werke angezeigt, sondern nur kurze Textauszüge, die den Suchbegriff enthalten. Diese *Snippet*-Anzeige erfordert jedoch eine vollständige Durchsuchbarkeit des Originalwerkes. Ohne eine vollständige Kopie der Werke könnte *Google* die Buchsuche in ihrer derzeitigen Form daher nicht anbieten, da eine Volltextsuche ohne die Digitalisierung der Werke und deren Überführung in einen maschinenlesbaren Text nicht möglich wäre. *Google* kopiert daher nur so viel wie zwingend erforderlich ist. Ebenso wie in der „Thumbnail“-Rechtsprechung scheint es daher naheliegend, den dritten Faktor auch hinsichtlich der Buchsuche neutral zu werten.¹⁰²³ Bei genauerer Betrachtung unterscheiden sich die Sachverhalte bei der *Google* Buchsuche und den bisherigen Urteilen, insbesondere auch denen zur *Thumbnail*-Nutzung, jedoch erheblich: In den Fällen, in denen bisher trotz der vollständigen Übernahme eines Werkes zu kommerziellen Zwecken ein *Fair Use* anerkannt wurde, wurden stets nur vorübergehend vollständige Kopien des Originalwerkes in Originalgröße und -qualität erstellt, die anschließend wieder gelöscht wurden..¹⁰²⁴ Anders als in diesen Fällen bleiben für die *Google* Buchsuche

1020 Vgl. *Hustler Magazine Inc. v. Moral Majority Inc.*, 796 F.2d 1148, 1155 (9th Cir. 1986); *Worldwide Church of God v. Philadelphia Church of God, Inc.*, 227 F.3d 1110, 1118 (9th Cir. 2000).

1021 Vgl. *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 449 f. (1984).

1022 Vgl. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 820 (9th Cir. 2003).

1023 So etwa *Band*, Google Library Project, S. 5; *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 272 f. (2006); *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 47; *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 228 (2006); *Varian*, Google Library Project, S. 11 f.

1024 Siehe *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1526 f. (9th Cir. 1992) und *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F.3d 596, 606 (9th Cir. 2000) [Vorübergehende vollständige Vervielfältigung eines

jedoch *dauerhaft* die vollständigen Kopien in ihrer ursprünglichen Qualität in der Datenbank, da nur so eine Volltextsuche und die Anzeige der korrespondierenden *Snippets* möglich ist. Auch hier ist jedoch zu bedenken, dass der dritte Faktor im Lichte des ersten *Fair Use*-Faktors, insbesondere also des Zwecks der Werknutzung, zu betrachten ist. Ist die vollständige Vervielfältigung des Originalwerkes aus technischen Gründen notwendig, da ohne diesen Zwischenschritt die neue Nutzungsform nicht realisierbar wäre, so kann ein *Fair Use* allein aufgrund der Anfertigung einer – auch dauerhaften – Kopie nicht ausgeschlossen sein.¹⁰²⁵ Dies muss insbesondere gelten, wenn die endgültige „sichtbare“ Nutzung – wie im Falle der *Google* Buchsuche, bei der den Nutzern letztlich nur *Snippets* der vollständig vervielfältigten Werke angezeigt werden – äußerst begrenzt ist.¹⁰²⁶ Es sprechen demnach trotz der dauerhaften Speicherung vollständiger Vervielfältigungsstücke der Originalwerke gute Gründe dafür, auch im Fall der *Google* Buchsuche den dritten *Fair Use*-Faktor als neutral zu werten.

Von diesen Überlegungen nicht erfassen lässt sich allerdings die Weitergabe einer digitalen Kopie des Werkes von *Google* an die jeweilige Bibliothek, aus deren Bestand das Buch stammte. Die Anfertigung vollständiger Kopien soll nach Auffassung der Rechtsprechung im Rahmen der *Fair Use*-Doktrin die seltene Ausnahme bleiben und ist daher nur unter besonderen, engen Voraussetzungen als gerechtfertigt angesehen worden. Bei einer Betrachtung des dritten *Fair Use*-Faktors im Lichte des ersten Faktors kann dieser erhebliche Eingriff – wie gezeigt – insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn die vollständige Vervielfältigung zur Erreichung

Computerprogrammes zum Zwecke des *Reverse Engineering*]; *Ty, Inc. v. Publications Intern. Ltd.*, 292 F.3d 512, 522 (7th Cir. 2002) [Vervielfältigung eines dreidimensionalen Originalwerkes in Form eines zweidimensionalen Bildes zum Abdruck in einem Katalog bzw. Sammlerleitfaden]; *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 815 (9th Cir. 2003); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) [Dauerhafte Speicherung eines Vervielfältigungsstücks in verminderter Qualität, aber zur Erstellung der *Thumbnails* erforderliche Kopie des Originalwerkes in voller Größe anschließend wieder aus dem (Zwischen)Speicher gelöscht].

1025 So auch *Patry*, *Fair Use* (2009), § 5:3; *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 32 f. (2010).

1026 Vgl. *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 985 (2010); *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 51 f. (2006); *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 845 f. (2010); *Travis*, 84 Notre Dame L. Rev. 331, 395 f. (2008).

eines als wünschenswert angesehenen Nutzungszweckes *technisch zwingend notwendig* ist. Die von Google weitergegebenen „Library Copies“ sind für die Durchführung der Buchsuche jedoch nicht technisch zwingend erforderlich. Das Angebot einer Volltextsuche in den Büchern und deren Verknüpfung mit weiteren Dienstleistungen wäre auch ohne die Weitergabe der digitalen Kopien an die beteiligten Bibliotheken technisch möglich. Dass der Erhalt einer digitalen Kopie der Bibliotheksbestände tatsächlich ein entscheidender Grund für die Teilnahme einiger Bibliotheken am Bibliotheksprogramm sein mag, muss insofern außer Betracht bleiben. Letztlich handelt es sich bei den „Library Copies“ um eine geldwerte Gegenleistung für die Teilnahme am Bibliotheksprogramm. Eine solche „Bezahlung“ mit Kopien fremder Werke für deren Ausleihe stellt jedoch keinesfalls eine als *Fair Use* privilegierenswerte Handlung dar. Der *Copyright Act* enthält in 17 U.S.C. § 108 eine ausdrückliche und äußerst detaillierte Regelung für die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke durch Bibliotheken zu Zwecken der Archivierung.¹⁰²⁷ Die Erstellung (digitaler) Archivkopien setzt voraus, dass diese zur Erhaltung beziehungsweise Ersetzung eines Werkes erforderlich ist, da das im Bestand der Bibliothek befindliche Exemplar beschädigt ist und ein anderes Exemplar nicht zu einem fairen Preis beschafft werden kann.¹⁰²⁸ Diese engen Voraussetzungen mögen bei den von Google erstellten digitalen Kopien in wenigen Einzelfällen erfüllt sein, in aller Regel werden sie jedoch nicht vorliegen. Es ist sogar davon auszugehen, dass besonders stark beschädigte Werke gerade nicht von Google gescannt werden, da diese aufgrund ihres schlechten Zustandes entweder bereits unbrauchbar sind oder jedenfalls nicht weiter beschädigt werden sollen. Zudem ist bisher unklar, wie genau die teilnehmenden Bibliotheken die erhaltenen digitalen Kopien verwenden werden. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass – insbesondere im Falle eines *Fair Use*-Urteils zugunsten von Google – weitergehende Nutzungen als die reine Verwendung zur Archivierung erfolgen würden, so dass durch die von Google weitergegebenen Vervielfältigungsstücke weitere Beeinträchtigungen der Rechte der Urheberrechtsinhaber drohen. Hinsichtlich der Weitergabe der digitalen Kopien an die Biblio-

1027 Zum Verhältnis der in 17 U.S.C. § 108 ausdrücklich normierten *Library Exemption* zur Generalklausel des *Fair Use* und der Gefahr der Umgehung der spezifischen Vorgaben des 17 U.S.C. § 108 durch eine überdehnende Anwendung des *Fair Use*, siehe unten 5. Kapitel, B.II.1.g).

1028 Siehe 17 U.S.C. § 108(c)(1), (e).

theiken spricht der dritte Faktor somit (stark) gegen die Annahme eines *Fair Use*.¹⁰²⁹

- e) Vierter Faktor: “The Effect of the Use upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work”

Ziel des vierten Faktors ist es, die nach der *incentive*-Theorie durch die Gewährung eines Urheberrechts gesetzten finanziellen Anreize für kreatives Schaffen zu schützen.¹⁰³⁰ Zu diesem Zweck sind im Rahmen des vierten *Fair Use*-Faktors die Auswirkungen der Werknutzung auf den Marktwert des genutzten Werkes zu bewerten, wobei sowohl tatsächliche Effekte auf bereits bestehende Märkte als auch mögliche Auswirkungen auf potentielle Märkte zu beachten sind, insbesondere auch solche, die durch eine künftige weite Verbreitung der fraglichen Nutzung entstehen könnten.¹⁰³¹ Entscheidende Bedeutung für das Ergebnis der *Fair Use*-Analyse kommt somit der Definition der relevanten Märkte zu, denn bei einer eher engen Bestimmung ist die Annahme einer fairen Benutzung deutlich wahrscheinlicher als bei einer sehr weiten Definition der Märkte. In Fällen wie diesem, in denen aufgrund des technischen Fortschritts neue Formen der Werknutzung entstehen, stellt sich diese Analyse oftmals als besonders schwierig dar, da sich entsprechende Märkte entweder gerade erst entwickeln oder noch nicht einmal absehbar sind, so dass sich auch ein tatsächlicher oder möglicher Schaden insbesondere in Form entgangener Lizenzentnahmen kaum zweifelsfrei nachweisen oder begründen lässt. Einen entscheidenden Anhaltspunkt kann insoweit auch für den vierten *Fair Use*-Faktor die Frage der Transformativität der Nutzung darstellen. Je transformativer die Nutzung, desto unwahrscheinlicher ist grundsätzlich ein nachteiliger Einfluss auf bestehende Märkte und auch auf potentielle

1029 So im Ergebnis auch *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 863 (2010); *Manuel*, Google Library Project, S. 8; *Vaidhyathan*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1207, 1229 f. (2007); a.A. *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 57 (2006), der davon ausgeht, die Weitergabe einer vollständigen digitalen Kopie an die Bibliotheken verhindere die Entstehung eines Buch-Monopols von *Google* und sei daher im Lichte des ersten Faktors gerechtfertigt.

1030 Vgl. *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 14.

1031 Vgl. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 568 (1985).

Märkte, da transformative Formen der Werknutzung in der Regel nicht im Wettbewerb mit bestehenden Nutzungsformen stehen.¹⁰³²

In Bezug auf die *Google* Buchsuche in ihrer derzeitigen Ausgestaltung¹⁰³³ kommen insbesondere vier Märkte in Betracht, die durch die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke beeinträchtigt sein könnten: (1) der Markt für den Verkauf kompletter Bücher in Print- oder digitaler Form, (2) der Markt für kommerzielle (Fach-)Datenbanken mit Volltextsuchangeboten insbesondere für wissenschaftliche Werke, (3) der Markt für die Lizenzierung von Buchauszügen für die Verwendung in Suchmaschinen und (4) der Markt für den Verkauf digitaler Werkexemplare an Bibliotheken zum Zwecke der Archivierung.

aa) Beeinträchtigung des bestehenden Buchmarktes

Bei dem erstgenannten Markt für den Verkauf von Büchern als „Hard Copy“ oder in digitaler Form an Endnutzer handelt es sich um den (derzeitigen) Hauptmarkt für Druckerzeugnisse. Gegen eine Rechtfertigung der Werknutzung im Rahmen der Buchsuche als *Fair Use* würden demnach jedenfalls dann ganz erhebliche Bedenken bestehen, wenn dieser Markt negativ beeinflusst würde, die Verleger und Autoren also aufgrund der Verfügbarkeit ihrer Werke in der Buchsuche geringere Einnahmen hätten.¹⁰³⁴ Ein solcher Effekt erscheint jedoch jedenfalls im Hinblick auf den Markt für belletristische Werke tatsächlich fernliegend. Die *Google* Buchsuche ermöglicht den Nutzern kein vollständiges Lesen der Bücher, sondern gewährt lediglich in Form von *Snippets* Einblicke in urheberrechtlich geschützte Werke. Zwar entsprechen die angezeigten *Snippets* insofern genau dem „Bedürfnis“ des Nutzers, als sie die von ihm gesuchten Worte enthalten. Dennoch wird in aller Regel der so aufgefundene kurze Textausschnitt den Bedarf des Nutzers nicht vollständig decken, sondern diesem lediglich zeigen, ob das aufgefundene Buch inhaltlich relevant ist.

1032 Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 591 (1994); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 821 (9th Cir. 2003).

1033 Zu möglichen Änderungen aufgrund des *Google Book Settlements* siehe unten 5. Kapitel, B.II.2.

1034 Für eine umfassende Analyse der ökonomischen Auswirkungen der *Google* Buchsuche auf die Umsätze und Gewinne von Verlegern siehe *Travis*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 907, 929 ff. (2010).

Um das ganze Buch oder längere Abschnitte zu lesen, muss der Nutzer es weiterhin kaufen oder in einer Bibliothek einsehen. Entscheidet der Nutzer sich aufgrund des bereits Gesehenen gegen den Kauf eines Buches, so kann dies nicht als negative Auswirkung auf den Markt betrachtet werden. Auch in einer Buchhandlung hätte ein potentieller Käufer

beispielsweise die Möglichkeit, zunächst einige Passagen des Buches zu „überfliegen“ und sich dann gegen einen Kauf zu entscheiden. Tatsächlich wird jedoch das Gegenteil oftmals die Folge der durch die Buchsuche ermöglichten Vorschau sein. Nicht selten wird sich ein Nutzer gerade aufgrund der mit Hilfe der Buchsuche aufgefundenen interessanten Stellen in einem Werk für den Kauf eines Buches entscheiden.¹⁰³⁵ So zeigen etwa erste Erfahrungen mit dem *Google* Partnerprogramm oder der von *Amazon* in Kooperation mit einigen Verlagen angebotenen Buchvorschau *Search Inside!*, dass diese den Verkauf eher fördern als ihn zu bremsen.¹⁰³⁶ Diese Erfahrungen stehen auch im Einklang mit Erkenntnissen aus verhaltensökonomischen Untersuchungen, die ergeben haben, dass die Nachfrage nach einem Produkt und somit auch die Wahrscheinlichkeit, dieses zu kaufen, mit dem Umfang der einem Verbraucher zu diesem Produkt zur Verfügung stehenden Informationen steigt, wobei gerade den Möglichkeiten, das Produkt anzuschauen, zu untersuchen oder zu testen, erhebliche Bedeutung zukam.¹⁰³⁷ Anders als bei Online-Buchhändlern, auf deren Webseiten der Nutzer ein Buch in der Regel nur bei (relativ) genauer Suche nach Autor und/oder Titel finden wird, ermöglicht die *Google* Buchsuche zudem nicht selten echte „Zufallsfunde“. Oftmals wird der Nutzer durch die Volltextsuche in allen in der Datenbank enthaltenen Büchern auf Werke aufmerksam gemacht, die seinem Suchbegriff genau entsprechen, ihm aber vorher vollkommen unbekannt waren, etwa weil sie in seinem Land gewöhnlich nicht im Handel erhältlich sind. Gerade bei diesen Wer-

1035 Vgl. *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 839 f. (2006).

1036 Laut *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 13 (2006) (unter Hinweis auf *Amazon*-Gründer Jeff Bezos) und *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 229 (2006) hat Amazons *Search Inside!*-Programm zu einem Verkaufsanstieg um neun Prozent bei den durchsuchbaren Büchern im Vergleich zu nicht durchsuchbaren Büchern geführt. Siehe auch die von *Google* zum Buchsuche Partner-Programm veröffentlichten „Erfolgsgeschichten von Partnern“, abrufbar unter: <http://www.google.com/intl/de/googlebooks/success.html> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1037 Vgl. *Pasquale*, 55 Case W. Res. L. Rev. 777, 806 f. (2005); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 825 ff. (2006), jeweils m.w.N.

ken wird durch einen kurzen *Snippet*-Einblick oftmals ein gegenüber dem Zustand ohne Einblickmöglichkeit deutlich gesteigerter Kaufanreiz festzustellen sein.¹⁰³⁸ In Verbindung mit den von *Google* angebotenen Links zu Internetseiten von Anbietern, bei denen das gefundene Buch gekauft werden kann, wird es für den Nutzer zudem besonders einfach und verlockend gestaltet, ein Buch schnell und unkompliziert zu bestellen.¹⁰³⁹ Es sprechen somit gute Gründe dafür, dass die Buchsuche aufgrund der transformativen Art der Werknutzung eher einen Werbeeffect zugunsten der Verleger und Autoren hat und den Verkauf von Büchern fördern wird, als diesen zu verringern.

Auch im Falle der *Thumbnails* haben die Gerichte angenommen, dass diese aufgrund ihrer stark verminderten Qualität gegenüber dem Originalwerk nicht geeignet sind, um dieses zu ersetzen und somit den Markt für dieses negativ zu beeinträchtigen. Bei der *Google* Buchsuche werden die Originalwerke bei der endgültigen Anzeige in Form von *Snippets* sogar noch in deutlich geringerem Umfang genutzt, da ein Genuss des gesamten Werkes nicht möglich ist. Die *Google* Buchsuche verringert oder ersetzt vielfach nicht den Bedarf nach ganzen Büchern, sondern fügt diesen durch die Indexierung und das Durchsuchbarmachen neue Funktionen hinzu, ohne dem Nutzer in aller Regel das Lesen des vollständigen Buches zu „ersparen“.¹⁰⁴⁰ Es ist daher davon auszugehen, dass die Gerichte negative Auswirkungen auf den bestehenden Buchmarkt durch die *Google* Buchsuche nicht feststellen werden, so dass im Hinblick auf diesen Markt der vierte *Fair Use*-Faktor zugunsten der Annahme einer fairen Benutzung spricht.¹⁰⁴¹

1038 Vgl. *Band*, 3 J. Bus. & Tech. L. 1, 21 (2008).

1039 Einen nicht unerheblichen Einfluss mag insofern auch die Tatsache haben, dass Bücher im Internet oftmals deutlich schneller und „unüberlegter“ gekauft werden als in einem Ladengeschäft.

1040 Es ist jedoch – neben den Fällen der gesondert zu betrachtenden wissenschaftlichen Werke (dazu unten 5. Kapitel, B.II.1.e)bb)) – auch in anderen Einzelfällen denkbar, dass ein *Snippet* tatsächlich das Lesen des gesamten Werkes oder größerer Teile des Originalwerkes ersetzt, etwa bei Wörterbüchern oder Zitatesammlungen, bei denen tatsächlich die gesamte Information, die der Nutzer sucht, in einem *Snippet* angezeigt wird.

1041 So auch *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 296 (2007); *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 275 f. (2006); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 13 (2006); *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 987 (2010); *Hetcher*,

Anders wäre dies allerdings zu bewerten, wenn aufgrund von Sicherheitslücken beim Scannen oder Speichern der vollständigen digitalen Kopien der Bücher auf *Googles* Servern oder durch mangelnde Absicherung der Buchsuche-Webseite gegen den Download ganzer Bücher¹⁰⁴² diese Vervielfältigungsstücke in die Hände Dritter gelangten, die diese beispielsweise in *Peer-to-Peer*-Tauschnetzwerken zugänglich machten. Dann bestünde eine reale Gefahr und Wahrscheinlichkeit, dass (zumindest) der Markt für den Verkauf digitaler Kopien und e-Books negativ beeinflusst würde.¹⁰⁴³

- bb) Beeinträchtigung des Marktes für die Lizenzierung zur digitalen Werknutzung in kommerziellen (Fach-)Datenbanken mit Volltextsuchangeboten insbesondere für wissenschaftliche Werke

Deutlich anders kann sich die Bewertung der Marktfolgen jedoch – ebenso wie hinsichtlich des ersten Faktors¹⁰⁴⁴ – bei der Beurteilung der Auswirkungen der *Google* Buchsuche auf den Markt für die kommerzielle Online-Vermarktung wissenschaftlicher Werke im Rahmen von (Fach-)Datenbanken mit Volltextsuchangeboten darstellen. Hier stellt sich die durch *Google* angebotene Form der Werknutzung im Wesentlichen nicht als transformativ dar, da den Nutzern wissenschaftlicher Literatur nicht selten bereits ein Kurzeinblick in das Werk in Form eines oder weniger *Snippets* zur Befriedigung ihres Werkinteresses genügt. In Bezug gerade auf wissenschaftliche Werke wird die *Google* Buchsuche nicht selten nur zum Auffinden einzelner Belegstellen genutzt werden, um diese anschließend in einem eigenen (wissenschaftlichen) Werk zu zitieren, ohne dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit den zu der gefundenen Aussage führenden Überlegungen des Urhebers erforderlich oder gewünscht ist. Enthält der mittels der Buchsuche aufgefundene Werkausschnitt die gesuchte

13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 45 f. (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 417, 445 (2007); *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 229 f. (2006); *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 837 ff. (2006); *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 607 (2007); *Suarez*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 175, 186 f. (2010); *Travis*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 907, 929 ff. (2010); *Varian*, Google Library Project, S. 9 f.; *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 131 (2006).

1042 Siehe zu derartigen Bedenken oben Fn. 451 und 541.

1043 Vgl. *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 15.

1044 Siehe dazu oben 5. Kapitel, B.II.1.b).

Aussage oder Information vollständig, so ersetzt das *Snippet* die weitere Lektüre des Werkes oder eines längeren Abschnittes.

Hier tritt die Dienstleistung des (kommerziellen) Anbieters *Google* somit in unmittelbare Konkurrenz zu den Angeboten anderer kommerzieller Anbieter wissenschaftlicher (Fach-)Datenbanken mit der Möglichkeit einer Volltextsuche. Anders als die derzeit am Markt aktiven Anbieter derartiger Datenbanken¹⁰⁴⁵ hat *Google* jedoch gerade nicht von den Verlagen die Rechte für eine solche Dienstleistung erworben. Würde die Werknutzung durch *Google* im Rahmen der Buchsuche als *Fair Use* anerkannt, so drohten folglich ganz erhebliche Auswirkungen auf den (bereits bestehenden) Markt für die Werklizenzierung für die Nutzung in Fachdatenbanken. Wissenschaftliche Fachverlage wären dann voraussichtlich nicht mehr in der Lage, die derzeit aufgrund der Exklusivität ihrer Angebote erzielten (oftmals hohen) Preise für die Möglichkeit der Werknutzung zu erzielen und dementsprechend nicht bereit, entgeltliche Lizenzen einzuholen.

Auch wenn man eine solche Belebung des in vielen Bereichen der Wissenschaft – gerade in den Naturwissenschaften – fast vollständig fehlenden Wettbewerbs auf Anbieterseite begrüßen mag,¹⁰⁴⁶ so ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass ein mit der *Fair Use*-Prüfung befasstes Gericht den vierten *Fair Use*-Faktor aufgrund der direkten Konkurrenz der Buchsuche zu einem tatsächlich bereits bestehenden Markt für die kommerzielle Online-Vermarktung wissenschaftlicher Werke im Rahmen von (Fach-)Datenbanken mit Volltextsuchangeboten (deutlich) zu *Googles* Ungunsten werten würde. Ebenso denkbar ist jedoch auch, dass das Gericht die dargestellten Auswirkungen als willkommenes Mittel zur Steuerung eines Marktes sehen würde, auf dem aufgrund eines fehlenden Anbieterwettbewerbs und der Exklusivität der angebotenen Leistungen ein (teilweises) Marktversagen festzustellen ist – und damit eher zu *Googles* Gunsten werten könnte.

1045 Im juristischen Bereich sind dies für den amerikanischen Markt insbesondere *WestLaw* und *LexisNexis*, für den deutschen Markt insbesondere *beck-online* und *juris*.

1046 Kritisch zu der derzeit zu beobachtenden Abnahme der Verfügbarkeit wissenschaftlicher Werke für wissenschaftliche Nutzer durch überhöhte Preise aufgrund des fehlenden Wettbewerbs auf Anbieterseite im Bereich wissenschaftlicher Online-Angebote *Hilty*, GRUR 2009, 633 ff.

cc) Beeinträchtigung des (potentiellen) Marktes für die Lizenzierung digitaler Werkexemplare zur Verwendung im Rahmen der Volltextsuche in Suchmaschinen

Auch wenn der bestehende Buchmarkt nicht durch die *Google* Buchsuche beeinträchtigt wird, könnte ein anderer Markt durch diese negativ beeinflusst werden. Zu denken ist hier insbesondere an die von den Urheberrechtsinhabern geltend gemachte Beeinträchtigung des von *Google* mit der Buchsuche betretenen Marktes zur Ermöglichung von Volltextsuchen in Büchern und eine anschließende (*Snippet*)-Vorschau. Eine Volltextsuche ist – wie gezeigt – nur möglich, wenn der Suchanbieter den vollständigen Text eines Werkes in maschinenlesbarer Schrift in seiner Datenbank gespeichert oder zumindest Zugriff auf diesen Volltext hat, denn nur dann können einzelne Suchanfragen mit dem Inhalt des Buches abgeglichen werden. Die Rechteinhaber könnten ein rechtlich beachtliches Interesse daran haben, ihre Werke für eine derartige Nutzung im Rahmen von Suchmaschinen zu lizenzieren. Ein Markt für den Verkauf von *Snippets* besteht (bisher) nicht. Dass jedoch eine Lizenzierung vollständiger Werke für die Ermöglichung einer Volltextsuche und die anschließende vollständige oder beschränkte Darstellung der Bücher nicht nur einen potentiellen, sondern tatsächlich einen realen und auch lukrativen Markt bildet, zeigt die Tatsache, dass bereits mehrere solcher Angebote bestehen, die – abgesehen von der *Google* Buchsuche – alle auf Kooperationen mit den Rechteinhabern basieren¹⁰⁴⁷ oder von den Rechteinhabern selbst betrieben werden.¹⁰⁴⁸ Diesen Markt könnte die Buchsuche beeinträchtigen, denn wenn alle oder viele Bücher eines Verlegers bereits in *Googles* Angebot im Volltext durchsuchbar sind, wird sich zumeist für einen Dritten eine Lizenzierung der Werke für eine entsprechende Volltextsuche und die Anzeige von Textauszügen ebenso wenig lohnen wie die (kostenintensive) Etablierung einer eigenen Volltextsuchmaschine durch einen oder mehrere

1047 Etwa *Amazons Search Inside!*-Programm, das *Partner-Programm* bei der *Google* Buchsuche, das europäische Projekt *Europeana* (das neben gemeinfreien Werken auch Werke enthält, deren Rechteinhaber der Nutzung zugestimmt haben) und das *Project Gutenberg* (das ebenfalls Bücher enthält, die mit Zustimmung der Rechteinhaber zugänglich gemacht werden, und Bücher, deren Copyright in den USA abgelaufen ist).

1048 Etwa die Plattform *libreka!* des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V., die Volltextsuche des *Langenscheidt* Verlags und der „Buchscanner“ von *Galileo Press*.

Rechteinhaber selbst. Auch wenn einem Dritten durch die Erteilung einer Lizenz eine weitergehende Vorschau erlaubt würde als die *Snippet*-Anzeige bei *Google* – etwa die Anzeige mehrerer zusammenhängender vollständiger Seiten eines Buches wie bei *Amazons Search Inside!* –, droht dennoch eine Marktbeeinträchtigung durch die *Google* Buchsuche. Allein die Tatsache, dass ein bestimmtes Buch bereits im Volltext durchsuchbar und ein Vorschau in gewissem Umfang möglich ist, nimmt dem Angebot eines möglichen Lizenznehmers die Exklusivität, die oftmals gerade ein entscheidender Grund für den Abschluss einer Lizenz ist. Es erscheint daher wahrscheinlich, dass zumindest der vom Rechteinhaber für die Lizenzierung zu erzielende Preis durch die Aufnahme seines Werkes in die *Google* Buchsuche negativ beeinflusst wird. Es ist insoweit auch unerheblich, dass Rechteinhaber teilweise bereit sein mögen, ihre Werke – wie im Falle des Buchsuche Partner-Programms – ohne die Zahlung einer unmittelbaren Lizenzgebühr für die Volltextsuche zur Verfügung zu stellen, denn die Teilnahme an allen derartigen Modellen wird zumindest mittelbar in Form der Partizipation an Verkäufen oder Werbeeinnahmen vergütet. Diese Partizipationsmöglichkeit besteht im Falle der zustimmungslosen Verwendung fremder Werke in der *Google* Buchsuche nicht. Ein Rechteinhaber kann sich zwar auch nachträglich noch für eine Teilnahme am Partner-Programm entscheiden und somit an den mit seinen Werken erzielten Erlösen partizipieren; an bereits erzielten Erlösen partizipiert er jedoch in diesem Fall nicht rückwirkend. Zudem ist zu bedenken, dass bei einem Rechteinhaber, der nur an *Googles* Partner-Programm teilnimmt, um überhaupt ein „Stück vom Kuchen“ zu bekommen, die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Art der Verwertung seiner Werke am Markt erheblich beeinträchtigt wird. Gerade das „Ob“ und „Wie“ der Werkverwertung stellt jedoch einen wesentlichen Schutzaspekt des Urheberrechts dar.¹⁰⁴⁹ Durch die Schaffung von Tatsachen in Form der Digitalisierung fremder Werke ohne Zustimmung der Rechteinhaber wird diese Freiheit ganz erheblich beschränkt.

1049 Vgl. *BMG Music v. Gonzalez*, 430 F.3d 888, 891 (7th Cir. 2005): „Copyright law lets authors make their own decisions about how best to promote their works; copiers [...] cannot ask courts (and juries) to second-guess the market and call wholesale copying “fair use” if they think that authors err in understanding their own economic interests or that Congress erred in granting authors the rights in the copyright statute.“.

Die *Google* Buchsuche beeinträchtigt den bereits existierenden und sich weiter entwickelnden Markt für die Lizenzierung von Werken für die Volltextsuche und Anzeige von Textauszügen als Teil von Suchmaschinen- oder anderen Internetangeboten.¹⁰⁵⁰

dd) Beeinträchtigung des Marktes für den Verkauf digitaler Werkexemplare an Bibliotheken und Archive

Die Weitergabe einer digitalen Kopie des Werkes von *Google* an die Bibliothek, aus deren Bestand das digitalisierte Buch stammte, könnte zudem negative Auswirkungen auf den Markt für den Verkauf digitaler Werkexemplare durch Verlage an Bibliotheken und Archive haben. Viele Verlage bieten Bibliotheken beim Erwerb neuer Bücher bereits auch den Erwerb digitaler Werkexemplare an. Neben dem Verkauf aktueller Werke in digitaler Form gehen jedoch auch immer mehr Verlage dazu über, alte Werke zu digitalisieren und diese digitalen Kopien an Bibliotheken zu verkaufen. Für die Bibliotheken ist der Erwerb digitaler Werkfassungen interessant, um diese einerseits den Bibliotheksnutzern zugänglich zu machen, andererseits um Werke zu archivieren. Der Erwerb digitaler Fassungen ist auch für beide Seiten finanziell interessant, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass dieser Markt in Zukunft eher wachsen wird. Bei den Verlagen entstehen die digitalen Versionen – zumindest bei neueren Büchern – in der Regel automatisch als „Vorprodukt“ gedruckter Werke. Bei den Bibliotheken schafft der Erwerb digitaler Werkexemplare von den Verlagen einerseits Rechtssicherheit hinsichtlich der Vervielfältigung und Verwendung der Werke,¹⁰⁵¹ andererseits wird der Kauf in der Regel deutlich günstiger sein als die zeit- und kostenintensive eigenständige Digitalisierung der Bibliotheksbestände.

Diesen (wachsenden) Markt droht die *Google* Buchsuche zu beeinträchtigen. Es erscheint äußerst wahrscheinlich, dass Bibliotheken, die digitale

1050 So auch *Adler*, Google Library Project, S. 21; *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 296 f. (2007); *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 382 (2007); *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 30 f.; *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 42 f. (2006); *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 16; *Nimmer*, CRi 2006, 1 (5); a.A. *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 231 f. (2006).

1051 Zur unklaren Rechtslage aufgrund der problematischen *Library Exemption* vgl. oben 5. Kapitel, A.I.2.

Kopien ihrer Bestände kostenlos von *Google* als Gegenleistung für die Teilnahme am Bibliotheksprogramm erhalten, diese Werke nicht mehr in digitaler Form von den Rechteinhabern gegen Bezahlung erwerben werden.¹⁰⁵² Zugleich mag die Aussicht auf eine kostenlose Digitalisierung der gesamten Bestände einen deutlichen Anreiz für weitere Bibliotheken bilden, an *Googles* Bibliotheksprogramm teilzunehmen. Würden zudem vergleichbare Buchprojekte anderer Anbieter dieses „Vergütungsmodell“ übernehmen, so droht ein ganz erheblicher Schaden für den entsprechenden Markt der Rechteinhaber oder gar dessen vollständige Zerstörung. Auch ein solcher negativer Markteffekt durch die zukünftige weitere Verbreitung der fraglichen Praxis ist von den Gerichten im Rahmen der Analyse des vierten *Fair Use*-Faktors zu beachten.¹⁰⁵³ Die Weitergabe der Digitalisate an die teilnehmenden Bibliotheken als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Bücher beeinträchtigt somit den Markt für den Verkauf digitaler Werkexemplare und droht, diesen weiter negativ zu beeinträchtigen oder gar vollständig zum Erliegen zu bringen.

ee) Ergebnis zum vierten Fair Use-Faktor

Eine Beeinträchtigung des bestehenden Hauptmarktes für Bücher, den Markt für den Verkauf vollständiger Bücher in gedruckter oder digitaler Form an Endnutzer, droht durch die transformative Nutzung in Form des Angebots einer Volltextsuche mit *Snippet*-Vorschau – wie gezeigt – nicht. Im Gegenteil, es erscheint deutlich wahrscheinlicher, dass die *Google* Buchsuche einen Werbeeffect hat, der den Absatz von Büchern unterstützen kann und so den Buchmarkt eher stärken als schwächen wird.

Die *Google* Buchsuche beeinträchtigt hingegen den bereits existierenden und sich weiter entwickelnden Markt für die Volltextsuche und das Anzeig von Textauszügen als Teil von Suchmaschinen- oder anderen Internetangeboten. Durch das kostenlose Angebot des Buchsuche-Dienstes ohne die Zustimmung der Rechteinhaber beeinträchtigt *Google* nicht uner-

1052 So auch *Adler*, Google Library Project, S. 20 f.; *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 57 (2006); *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 865 (2010); *Nimmer*, CRi 2006, 1 (5).

1053 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 451 (1984); *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 568 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 590 (1994).

hebt deren Möglichkeit, durch die Lizenzierung von Werken für die Verwendung in einem vergleichbaren Dienst Einnahmen zu generieren.

Die Weitergabe der Digitalisate an die teilnehmenden Bibliotheken als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Bücher beeinträchtigt zudem den (wachsenden) Markt für den Verkauf digitaler Werkexemplare an Bibliotheken oder Archive, da diese auf einen kostenpflichtigen Erwerb vom Rechteinhaber verzichten werden, wenn die Möglichkeit besteht, kostenlose digitale Werkexemplare von *Google* zu erhalten.

Auch wenn der (derzeitige) Hauptmarkt für den Verkauf von Büchern durch die *Google* Buchsuche nicht beeinträchtigt ist, spricht der vierte *Fair Use*-Faktor aufgrund (möglicher) negativer Auswirkungen auf die genannten Nebenmärkte im Ergebnis (zumindest leicht) gegen die Annahme einer fairen Benutzung.

f) Berücksichtigung weiterer Umstände?

Die in 17 U.S.C. § 107 ausdrücklich genannten Faktoren sind nicht abschließend. Die Gerichte können daher nach freiem Ermessen auch weitere Überlegungen und Wertungen im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung heranziehen und ihnen bei der Entscheidung über die Frage des Vorliegens einer fairen Benutzung das im konkreten Fall als angemessen empfundene Gewicht beimessen.¹⁰⁵⁴

Eine Überlegung, die in der Vergangenheit mehrfach zusätzlich von den Gerichten angestrengt wurde, ist die Frage nach dem „*good faith*“ des Nutzers, also eine moralische Beurteilung seines Handelns.¹⁰⁵⁵ Zuletzt hat sich der *District Court for the District of Nevada* in der Rechtssache *Field*

1054 Vgl. Patry, *Fair Use* (2009), § 7:1 m.w.N.

1055 Vgl. etwa *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 540 (1985) („Fair use presupposes good faith“); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 585 (Fn. 18) (1994); *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171, 1175 (9th Cir. 1983) („[F]air use presupposes that the defendant has acted fairly and in good faith [...]“); zustimmend *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 436 (9th Cir. 1986); *Bill Graham Archives, LLC v. Dorling Kindersley Ltd.*, 386 F.Supp.2d 324, 333 (S.D.N.Y. 2005); *Kane v. Comedy Partners*, 2003 WL 22383387, Rn. 7 (S.D.N.Y. 2003); zustimmend *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2614 (2009); kritisch zu „*good faith*“-Überlegungen im Rahmen der *Fair Use*-Analyse *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1126 f. (1990).

v. *Google*¹⁰⁵⁶ im Zusammenhang mit der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke durch eine Internetsuchmaschine im Rahmen des *Caching* ausführlich mit der Berücksichtigung des „good faith“ des Nutzers im Rahmen der *Fair Use*-Analyse auseinandergesetzt. Im Ergebnis nahm das Gericht an, dieser „fünfte Faktor“ spreche deutlich für die Annahme eines *Fair Use*, da *Google* „Industriestandards“ für einen Ausschluss bestimmter Inhalte aus dem Suchmaschinenangebot beachtet und möglicherweise rechtsverletzende Inhalte umgehend entfernt habe, während der Rechteinhaber sich durch die Erhebung einer Klage in Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten begeben habe, da er zunächst auf seiner Internetseite Maßnahmen zur Suchmaschinenoptimierung vorgenommen hatte.¹⁰⁵⁷

Es ist erwogen worden, diese Überlegungen auf die *Google* Buchsuche zu übertragen.¹⁰⁵⁸ Die Buchsuche erzeugt erhebliche positive Effekte für die Allgemeinheit, indem der Zugang zu Informationen, die andernfalls in Büchern „versteckt“ wären, deutlich erleichtert wird. Zugleich bietet *Google* die Möglichkeit eines *Opt Out*, das heißt allen Rechteinhabern, die sich als solche identifizieren, wird ermöglicht, ihre Bücher vom Scannen auszunehmen beziehungsweise aus den Suchergebnissen der *Google* Buchsuche entfernen zu lassen. Anstelle eines *Opt Out* besteht weiterhin die Möglichkeit, am „Partner-Programm“ teilzunehmen und so an den mit Hilfe der Buchsuche erzielten Umsätzen durch die Nutzung eines Werkes zu partizipieren. Teilweise werden diese Optionen als Hinweis für den „guten Willen“ *Googles* gewertet. *Google* wolle die Rechteinhaber nicht benachteiligen, sondern tatsächlich lediglich eine Dienstleistung mit Nutzen sowohl für die Rechteinhaber als auch für die Nutzer anbieten, die Bekanntheit und Absatz von Büchern fördert und zugleich den Zugang zum „gesamten Wissen der Menschheit“ ermöglicht. Das *Opt Out*-Modell verdeutliche, dass *Google* keine Bücher habe scannen wollen, mit deren Nutzung die Rechteinhaber nicht einverstanden gewesen seien, und stelle demnach ein Entgegenkommen von *Google* dar, da eine Rechteklärung vor der Digitalisierung aufgrund der unüberschaubaren Anzahl von Büchern und Rechteinhaber gar nicht möglich gewesen sei.¹⁰⁵⁹

1056 *Field v. Google Inc.*, 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev. 2006).

1057 Siehe *Field v. Google Inc.*, 412 F.Supp.2d 1106, 1122 f. (D.Nev. 2006).

1058 Vgl. *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 382 f. (2007); *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 594 ff., 609 (2007).

1059 So *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 609 (2007).

Tatsächlich vereinfacht eine solche Betrachtung jedoch die komplexe Problematik der *Google* Buchsuche zu sehr und übersieht wesentliche Aspekte. Zunächst ist zu beachten, dass sich der Sachverhalt, der dem Verfahren *Field v. Google* zugrunde lag, von der Sachlage im Falle der *Google* Buchsuche in einem erheblichen Punkt unterscheidet. Im Falle *Field v. Google* handelte es sich bei den streitgegenständlichen urheberrechtlich geschützten Werken um solche Werke, die vom Rechteinhaber bereits willentlich in das Internet eingestellt worden waren. Diese vervielfältigte *Google* im Rahmen des *Caching*. Auf Hinweise von Rechteinhabern, dass diese nicht mit der Nutzung ihrer Werke in diesem Umfang einverstanden waren, reagierte *Google* umgehend durch deren Entfernung, was einem Standard entsprach, der sich insofern in der Suchmaschinenlandschaft entwickelt hatte. Mit anderen Worten: *Google* nutzte die Werke nur in einem allgemein üblichen Umfang, mit dem ein Rechteinhaber grundsätzlich rechnen musste, und tat bei Beanstandungen dieser Nutzung lediglich das, was ohnehin üblich war und somit erwartet werden konnte. Bei der *Google* Buchsuche liegen die Dinge anders. *Google* digitalisiert Werke von analogen Vorlagen und macht diese erstmalig im Internet zugänglich. Diese Art der Nutzung ist zweifelsohne deutlich intensiver als die Erfassung solcher Daten, die ohnehin im Internet verfügbar sind und vom Rechteinhaber selbst eingestellt wurden. Der *Google* Buchsuche vergleichbare Nutzungen ohne Zustimmung der Rechteinhaber durch andere Anbieter bestehen zudem nicht, so dass sich auch noch kein Standard zum Umgang mit den genutzten Werken bei Einwänden der Rechteinhaber herausgebildet hat oder herausbilden konnte. Zudem ist zu bedenken, dass *Google* – abgesehen von der Möglichkeit einer Teilnahme am Partner-Programm – gar nicht erst versucht hat, die Rechtslage zu klären oder die Rechte für die Buchsuche zu erwerben.¹⁰⁶⁰ Im Gegenteil, *Google* hat sich entschieden, zunächst Tatsachen zu schaffen, um sich so ein „*first mover advantage*“ zu sichern. Ein primäres Ziel scheint dabei gewesen zu sein, zunächst die tatsächliche Kontrolle über eine Vielzahl urheberrechtlich geschützter Werke zu erlangen, um anschließend aus einer „komfortablen“ Position heraus zu (ver)handeln. Die Möglichkeit eines *Opt Out* erscheint daher bei genauerer Betrachtung nicht als Ausdruck eines „guten Willens“ von *Google*, sondern eher als Versuch, in einer rechtlich unsicheren Situation

1060 Dies übersieht *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 609 (2007).

möglichen Ansprüchen und Klagen von Rechteinhabern zu entgehen.¹⁰⁶¹ Schließlich ist auch weiterhin unklar, was genau mit den urheberrechtlich geschützten Werken nach deren Digitalisierung und Aufnahme in die Buchsuche-Datenbank geschieht, wenn der Rechteinhaber der Nutzung in der Buchsuche widerspricht. *Google* formuliert insoweit (bewusst) offen, es bestehe jederzeit die Möglichkeit, ein Buch *aus den Suchergebnissen* zu entfernen,¹⁰⁶² was nahe legt, dass die digitale Kopie nicht aus der Buchsuche-Datenbank gelöscht wird.¹⁰⁶³ Die Strategie von *Google* ist somit keinesfalls mit dem vom *District Court for the District of Nevada* in der Rechtssache *Field v. Google* zur Begründung einer fairen Benutzung ergänzend herangezogene „good faith“ vergleichbar.¹⁰⁶⁴

Auch ein weiterer Aspekt lässt die *Opt Out*-Möglichkeit bei der *Google* Buchsuche als Argument für einen *Fair Use* zumindest zweifelhaft erscheinen: Wie gezeigt ist im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung auch entscheidend zu berücksichtigen, welche Folgen das strittige Verhalten hätte, wenn es – aufgrund der Einstufung als *Fair Use* – weite Verbreitung fände.¹⁰⁶⁵ Das *Opt Out*-Modell mag gut funktionieren, wenn ein *Opt Out* für jedermann verständlich, ohne großen Aufwand und vor allem kostengünstig möglich ist – dies jedenfalls, solange *Google* der einzige Anbieter einer Buchsuche oder einer vergleichbaren Dienstleistung ist. Hier kann der Rechteinhaber (relativ) problemlos die erforderlichen Informationen sammeln und einer Nutzung seiner Werke widersprechen.¹⁰⁶⁶ In einem sol-

1061 Ähnlich *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 383 (2007).

1062 Siehe „Wie gehe ich vor, wenn ich eines meiner Bücher in *Google* Buchsuche finde und es entfernen möchte?“, abrufbar unter: <http://support.google.com/books/bin/answer.py?hl=de&answer=43756> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1063 Anders ist dies interessanterweise hinsichtlich des ebenfalls erheblich umstrittenen *Google*-Dienstes *Street View*. Hier hat *Google* nach zahlreichen Protesten erklärt, nach Einsprüchen gegen die Veröffentlichung von Aufnahmen nicht nur die online verfügbaren Bilder durch das Verpixeln unkenntlich zu machen, sondern in diesem Falle auch die ursprünglichen Aufnahmen, die sog. Rohdaten, zu löschen. Die Gebäude erscheinen im Dienst *Street View* somit unwiderruflich – bzw. jedenfalls bis zu einer (derzeit nicht geplanten) erneuten Aufnahme durch *Google* – verpixelt; vgl. *König*, c’t 26/2010, 42 (43).

1064 So im Ergebnis auch *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 383 (2007).

1065 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 451 (1984); dazu oben 2. Kapitel, C.I. 2.b)cc).

1066 Ob dies bei der *Google* Buchsuche derzeit tatsächlich gewährleistet ist, mag man angesichts der recht umfangreichen und umständlichen Erfordernisse für die Registrierung und Identifizierung als Rechteinhaber durchaus bezweifeln.

chen Szenario ist das *Opt Out*-Modell auch effizient, da die für den Rechteinhaber mit dem *Opt Out* verbundenen Kosten deutlich niedriger sein werden als die Kosten, die *Google* bei der Identifizierung jedes Rechteinhabers und einer individuellen Rechteklärung entstehen würden. Dieses Verhältnis ändert sich jedoch entscheidend, sobald weitere Anbieter den Markt betreten und sich der Rechteinhaber mit einer Vielzahl von Projekten mit *Opt Out*-Modellen konfrontiert sieht. Der Rechteinhaber wäre in diesem Fall gezwungen, erhebliche Zeit und Kosten zu investieren, um die Details jedes *Opt Out*-Systems zu ermitteln und jedem Anbieter die weitere Werknutzung zu untersagen. Diese Überlegungen zeigen, dass ein *Opt Out*-Modell, welches vom Rechteinhaber verlangt, aktiv zu werden, um seine Recht geltend zu machen, bei einer wachsenden Zahl von Anbietern vergleichbarer Dienste schnell an Effektivität verlieren und somit letztlich die Bürde einer umständlichen Rechteklärung unbillig vom Nutzer auf den Rechteinhaber verlagern würde.¹⁰⁶⁷

g) Abwägung der Faktoren und Ergebnis

Die *Fair Use*-Doktrin als „*equitable rule of reason*“ verlangt zur Erreichung eines fairen Ausgleichs die Beachtung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und deren sorgfältige Abwägung.¹⁰⁶⁸ Die vier im Gesetz genannten *Fair Use*-Faktoren können insoweit wesentliche Anhaltspunkte bieten, sie geben jedoch das Ergebnis keinesfalls vor und können nach freiem Ermessen der Richter im Einzelfall gewichtet werden.¹⁰⁶⁹

Die Analyse der einzelnen *Fair Use*-Faktoren im Hinblick auf die Werknutzung durch *Google* im Rahmen der Buchsuche hat hinsichtlich der Digitalisierung vollständiger Bücher und deren Erfassung in einer Datenbank sowie der Anzeige von Auszügen aus diesen Werken in *Snippet*-Form als Antwort auf Nutzeranfragen ergeben, dass bei der Beurteilung des *ersten Faktors* („*Purpose and Character of the Use*“) zu differenzieren ist. In Bezug auf solche Bücher, deren Lektüre nicht durch die Nutzung der Buchsuche ersetzt wird, ist davon auszugehen, dass von einem Gericht mit großer Wahrscheinlichkeit trotz der dahinter stehenden kommerziellen Interessen aufgrund der Transformativität der Werknutzung und des er-

1067 Vgl. *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 18.

1068 Vgl. *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 448 (1984).

1069 Vgl. *Patry*, Fair Use (2009), § 7:1 m.w.N.

heblichen Nutzens der Buchsuche für die Allgemeinheit der erste Faktor zugunsten von *Google* gewertet würde. Anders dürfte die Beurteilung hinsichtlich solcher Werke ausfallen, bei denen die Buchsuche von den Nutzern derart als (wissenschaftliches) Recherchewerkzeug verwendet wird, dass bereits die *Snippet*-Anzeige die weitere Lektüre des Werkes ersetzt. Hier fehlt weitgehend die Transformativität der Nutzung, so dass der erste Faktor zu *Googles* Ungunsten zu werten wäre.¹⁰⁷⁰ Der *zweite Faktor* („Nature of the Copyrighted Work“) spricht eher (leicht) gegen die Annahme einer fairen Benutzung, da *Google* (auch) besonders kreative Werke scannt, die im US-amerikanischen *Copyright Law* als besonders schutzbedürftig angesehen werden. Diese sind zwar bereits veröffentlicht, jedoch überführt *Google* die bisher (nur) in analoger Form verfügbaren Werke in ein digitales Format und ändert somit die „Natur“ der Werke.¹⁰⁷¹ Der *dritte Faktor* („Amount and Substantiality of the Portion Used“) spricht im Ergebnis weder für noch gegen die Annahme eines *Fair Use*, da einerseits die verwendeten Werke dauerhaft vollständig vervielfältigt werden, andererseits jedoch die vollständige Vervielfältigung des Originalwerkes aus technischen Gründen notwendig ist, da ohne diesen Zwischenschritt die neue Nutzungsform nicht realisierbar wäre. Zudem wird bei der *Google* Buchsuche letztlich nur ein sehr kleiner Teil jedes Werkes dem Nutzer in Form von *Snippets* zugänglich gemacht.¹⁰⁷² Hinsichtlich des *vierten Faktors* („Effect of the Use upon the Market“) erscheint es wahrscheinlich, dass ein Gericht diesen (zumindest leicht) zuungunsten von *Google* werten würde, da zwar nicht der (derzeitige) Hauptmarkt für den Verkauf von Büchern, jedoch der wachsende Nebenmarkt für die Lizenzierung digitaler Werkexemplare zur Verwendung im Rahmen der Volltextsuche in Suchmaschinen durch die *Google* Buchsuche zu beeinträchtigt werden droht.¹⁰⁷³ Somit sprechen zwei Faktoren (leicht) gegen die Annahme eines *Fair Use*, während ein Faktor als neutral zu bewerten ist und ein Faktor zugunsten des Nutzers und somit für die Annahme einer fairen Benutzung spricht.

Das Ergebnis einer gerichtlichen Entscheidung hängt folglich ganz wesentlich davon ab, welches Gewicht das Gericht den einzelnen Faktoren, jedoch insbesondere dem ersten und vierten Faktor, beimisst. Einerseits ist

1070 Vgl. oben 5. Kapitel, B.II.1.b).

1071 Vgl. oben 5. Kapitel, B.II.1.c).

1072 Vgl. oben 5. Kapitel, B.II.1.d).

1073 Vgl. oben 5. Kapitel, B.II.1.e).

denkbar, dass ein mit der Frage der Zulässigkeit der *Google* Buchsuche befasstes Gericht – ebenso wie der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* in den *Thumbnail*-Verfahren¹⁰⁷⁴ und im Einklang mit einer weit verbreiteten Praxis¹⁰⁷⁵ – ganz wesentlich auf den Aspekt der Transformativität abstellt und aufgrund der neuen Funktionalität und des erheblichen Nutzens für die Allgemeinheit alle weiteren Faktoren in den Hintergrund treten lässt. Insofern könnte es für das Gericht auch erheblich sein, dass durch die Werknutzung jedenfalls der Hauptmarkt für die Originalwerke nicht negativ, sondern durch die Steigerung der Bekanntheit und die Ermöglichung neuer und zusätzlicher Vermarktungsmöglichkeiten allenfalls positiv beeinflusst wird. Es erscheint daher keinesfalls ausgeschlossen, dass ein Gericht im Ergebnis zugunsten von *Google* und somit für die Annahme eines *Fair Use* entscheiden würde.¹⁰⁷⁶

Ebenfalls möglich erscheint jedoch, dass ein Gericht die gegenteilige Auffassung vertreten und die Werknutzung durch *Google* im Rahmen der Buchsuche nicht als *Fair Use* kategorisieren würde.¹⁰⁷⁷ Misst das Gericht der Frage der Transformativität keine so (vor)entscheidende Bedeutung zu, so würde sich das Blatt schnell zuungunsten von *Google* wenden. Die Nutzung erfolgt zu kommerziellen Zwecken und geht durch die Digitalisierung vormals analoger Werke und deren Zugänglichmachung im Internet deutlich über das von den Rechteinhabern durch die Verbreitung der Werke in analoger Form gewünschte beziehungsweise absehbare Maß hinaus. *Google* geht somit durch das Kopieren der Werke und deren Überführung in ein neues Medium einen Schritt weiter als in den Fällen der

1074 Siehe ausführlich oben 5. Kapitel, B.I.2.

1075 Siehe dazu und zur Kritik an dieser Praxis oben 5. Kapitel, B.I.3.

1076 Eine *Fair Use*-Entscheidung zugunsten von *Google* nehmen an: *Band*, Google Library Project, S. 14; *Costantino*, 17 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 235, 276 f. (2006); *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 13 f. (2006); *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 865. (2010); *Lundeen*, 75 UMKC L. Rev. 265, 281 (2006); *Na*, 16 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 417, 446 (2007); *Okano*, 3 Shidler J. L. Com. & Tech. 13 (2007), Rn. 56 f.; *Romman*, 43 Hous. L. Rev. 807, 839 f. (2006); *Travis*, 84 Notre Dame L. Rev. 331, 395 f. (2008); *Varian*, Google Library Project, S. 12; *Wilhelm*, 33 Rutgers Computer & Tech. L.J. 107, 134 (2006); vorsichtig in diese Richtung auch *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 36 f. (2010).

1077 Eine Entscheidung gegen *Google* nehmen an: *Adler*, Google Library Project, S. 21 f.; *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 58 (2006); *Lucke*, Google Buchsuche, S. 270; *Nimmer*, CRi 2006, 1 (6); *Shah*, 15 CommLaw Conspectus 569, 612 f. (2007); *Vaidhyanathan*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1207, 1229 f. (2007).

Werknutzung durch Suchmaschinen für die Bildersuche oder im Rahmen des *Caching*. Die Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche hat zudem das Potential, in manchen Bereichen in unmittelbare Konkurrenz zu (Fach-)Datenbanken anderer kommerzieller Anbieter zu treten und zudem den (wachsenden) Nebenmarkt für die Lizenzierung digitaler Werkexemplare zur Verwendung im Rahmen der Volltextsuche in Suchmaschinen deutlich zu beeinträchtigen oder gar zum Erliegen zu bringen. Zudem könnte die Überlegung, dass eine *Fair Use*-Entscheidung zur Erhaltung der sozial nützlichen Dienstleistung „Buchsuche“ tatsächlich nicht notwendig ist, das Gericht zu einer Entscheidung zuungunsten von *Google* leiten. *Google* macht geltend, ein *Opt In*- anstelle des bisherigen *Opt Out*-Modells sei aufgrund der erheblichen Transaktionskosten nicht möglich oder zumindest nicht praktikabel. Die Tatsache, dass tatsächlich mit zahlreichen Verlegern und weiteren Rechteinhabern im Rahmen des Partner-Programms und ähnlicher Vereinbarungen Einigungen über die Werknutzung erzielt werden konnten, könnte jedoch als Indiz gewertet werden, dass eine Gerichtsentscheidung zuungunsten von *Google* nicht tatsächlich das Ende der Buchsuche bedeuten würde. Insbesondere in Verbindung mit festgeschriebenen Sorgfaltsstandards für die Ermittlung der Rechteinhaber und für den Umgang mit *Orphan Works*, deren Rechteinhaber sich nicht ermitteln lassen, erscheint ein umfassendes Buchsuche-Angebot auch auf Basis eines *Opt In*-Systems durchaus vorstellbar. Alle diese Überlegungen könnten dafür sprechen, dass ein Gericht letztlich die Werknutzung durch *Google* im Rahmen der Buchsuche nicht als *Fair Use* ansehen würde.

Letztlich sprechen meines Erachtens die stärkeren Indizien dafür, dass ein Gericht im Einklang mit der in der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* und insbesondere in der neueren Rechtsprechung der Instanzgerichte zu erkennenden Tendenz, die Entwicklung neuartiger und für die Allgemeinheit besonders nützlicher (Internet-)Dienste, die urheberrechtlich geschützte Werke äußerst transformativ verwenden, durch die Annahme von *Fair Use* zu erhalten beziehungsweise zu fördern,¹⁰⁷⁸ auch die *Google*

1078 Vgl. insbesondere die bereits dargestellte „Sony-Betamax“-Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* (*Sony v. Universal*, 464 U.S. 417 (1984)) sowie die ausführlich besprochenen instanzgerichtlichen Urteile zur Rechtmäßigkeit der *Thumbnail*-Nutzung im Rahmen der Bildersuche (*Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003) und *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)) und zur Zulässigkeit der Werknutzung im Rahmen des *Caching* (*Field v. Google*, 412 F.Supp.2d 1106 (D. Nev. 2006)).

Buchsuche als *Fair Use* anerkennen würde. Die dargestellten Argumente zeigen jedoch, dass es sich dabei letztlich nur um eine weitere unter vielen (zumeist) begründeten Annahmen handelt. Tatsächlich ist der Ausgang eines Gerichtsverfahrens über die Frage des *Fair Use* im Falle der *Google* Buchsuche kaum vorhersehbar,¹⁰⁷⁹ da er wesentlich von der Nuancierung der einzelnen Aspekte durch das Gericht und nicht zuletzt von den persönlichen Überzeugungen der entscheidenden Richter hinsichtlich der Rolle des Urheberrechts im Spannungsverhältnis zwischen Rechteinhabern und der Entwicklung neuer Technologien abhängt. Für beide Sichtweisen – die Annahme oder die Ablehnung einer fairen Benutzung – sprechen gewichtige Argumente, die von dem mit der Frage befassten Gericht jeweils im Einklang mit älterer Rechtsprechung für die Entscheidung herangezogen werden könnten.

Diese Beurteilung betrifft jedoch nur die Digitalisierung vollständiger Bücher und deren Erfassung in einer Datenbank sowie der Anzeige von Auszügen aus diesen Werken in *Snippet*-Form als Antwort auf Nutzeranfragen. Allenfalls diese Form der Werknutzung ließe sich mit den vorgenannten Argumenten als *Fair Use* anerkennen. Die Weitergabe von digitalen Kopien der Werke an die teilnehmenden Bibliotheken lässt sich hingegen nicht als *Fair Use* rechtfertigen.¹⁰⁸⁰ Diesbezüglich sprechen zumindest der erste, dritte und vierte *Fair Use*-Faktor gegen die Annahme einer fairen Benutzung, da vollständige Kopien der urheberrechtlich geschützten Werke erstellt werden, die keiner transformativen Nutzung zugeführt werden und den Markt für den Verkauf digitaler Kopien zu Archivierungszwecken beeinträchtigen können. Dieses Ergebnis stützt auch folgende Überlegung: In 17 U.S.C. § 108 ist ausdrücklich eine spezifische *Library Exemption*¹⁰⁸¹ kodifiziert, nach der die systematische Digitalisierung von Bibliotheksbeständen unter anderen als den ausdrücklich genannten Voraussetzungen gerade nicht zulässig sein soll. Die speziellen

1079 Eine Vorhersage hinsichtlich des Ausgangs eines Verfahrens für nicht möglich halten aus diesem Grund etwa *Bisk*, 17 Alb. L.J. Sci. & Tech. 271, 297 f. (2007); *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 383 f. (2007); *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 988 f. (2010); *Hanratty*, 2005 Duke L. & Tech. Rev. 10, Rn. 33 f.; *Jordan*, 86 Michigan Bar Journal 32, 34 (2007); *Lichtman*, Copyright as Innovation Policy, S. 18 f.; *Proskine*, 21 Berkeley Tech. L.J. 213, 232, 239 (2006);.

1080 So auch *Band*, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 227, 257 (2009); *Hetcher*, 13 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 1, 58 (2006); *Vaidhyathanathan*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1207, 1229 f. (2007).

1081 Siehe dazu bereits oben 5. Kapitel, A.I.2.

Anforderungen dieser Vorschrift für die Anfertigung von Kopien durch Bibliotheken und Archive würden letztlich umgangen, wollte man die Weitergabe vollständiger Kopien von *Google* an Bibliotheken als „Vergütung“ für deren Teilnahme am Bibliotheksprogramm als *Fair Use* einstufen.¹⁰⁸² Die ganz besondere Brisanz der Weitergabe der „*Library Copies*“ durch *Google* offenbart auch die Tatsache, dass die *Authors Guild* und weitere Rechteinhabervereinigungen am 12. September 2011 eine Klage beim *U.S. District Court for the Southern District of New York* gegen fünf der am *Library Program* beteiligten Bibliotheken eingereicht haben, die die Unzulässigkeit der Verwendung der von *Google* erhaltenen digitalen Buchexemplare zum Gegenstand hat.¹⁰⁸³

2. Exkurs: Das Google Book Settlement und seine Folgen

Die vorhergehende Betrachtung hat gezeigt, dass insgesamt erhebliche Unsicherheit bezüglich der Bewertung der *Google* Buchsuche im Lichte der *Fair Use*-Doktrin besteht und dass der Ausgang eines entsprechenden Gerichtsverfahrens kaum sicher vorhergesagt werden kann. Diese Unsicherheit sowohl auf Seiten der Kläger als auch der Beklagten war letztlich wohl auch einer der maßgeblichen Gründe dafür, dass über die Klage nicht inhaltlich entschieden wurde, sondern von den Parteien eine Einigung angestrebt wurde.¹⁰⁸⁴ Diese Einigung und die dazu führenden Entwicklungen sollen im Folgenden dargestellt werden.

Im Herbst 2005 reichten in kurzem zeitlichem Abstand sowohl der US-amerikanische Autorenverband *Authors Guild* als auch der Verlegerverband *Association of American Publishers* (AAP) beim *U.S. District Court for the Southern District of New York* Klagen gegen *Google* ein.¹⁰⁸⁵ Die

1082 Vgl. *Adler*, Google Library Project, S. 4.

1083 Siehe *Authors Guild, et al. v. HathiTrust, et al.*, 11 CIV 6351 (S.D.N.Y., Sep. 12, 2011).

1084 Zudem dürfte für *Google* die Aussicht auf einen verglichen mit einer *Fair Use*-Entscheidung deutlich vorteilhafteren Vergleich (siehe dazu unten 5. Kapitel, B.II.2.b)) ein weiterer entscheidender Grund für die Bemühung um eine Streitbeilegung durch einen Vergleich gewesen sein; vgl. *Samuelson*, 2011 Wis. L. Rev. 479, 504 ff.

1085 Siehe *The Authors Guild, et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005) und *The McGraw-Hill Companies, Inc. et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8881 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005).

Kläger machten im Wege einer *Class Action*, das heißt stellvertretend für alle Mitglieder der Gruppe (*class*)¹⁰⁸⁶ der Autoren und Herausgeber, massive Urheberrechtsverletzungen durch *Googles* Vorgehen im Rahmen des *Library Projects* geltend. Nach dreijährigen gerichtlichen Verhandlungen verkündeten die *Authors Guild*, die *AAP* und *Google* am 28. Oktober 2008, dass sie eine „bahnbrechende“ Vergleichsvereinbarung (*Settlement Agreement*) erzielt hätten, mit der die Sammelklage gegen die *Google* Buchsuche beigelegt werden solle.¹⁰⁸⁷ Über die Klagen der *Authors Guild* und der *AAP* wird somit nicht mehr inhaltlich vom Gericht entschieden, so dass auch die zentrale Frage des *Fair Use* nicht mehr vom Gericht zu klären ist. Das Gericht hat lediglich über die Genehmigung des Vergleichs zu entscheiden. Diese ist zu erteilen, wenn das Gericht den Vergleichsvorschlag als „*fair, reasonable, and adequate*“ bewertet.¹⁰⁸⁸ Nach mehr als einjährigen Verhandlungen über die Genehmigung des hochkomplexen ersten *Settlement Agreement*¹⁰⁸⁹ und zahlreichen Einwendungen und Bedenken von Rechteinhabern, rechtswissenschaftlichen Autoren, Institutio-

1086 Vgl. *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23. Bei einer *Class Action* wird die Klage durch einen oder mehrere namentlich benannte Kläger stellvertretend für eine Gruppe (*class*) erhoben. Die *class* besteht dabei aus Personen oder Institutionen, die die Verletzung eines jeweils gleichartigen Rechts oder von Rechte aus einem gleichartigen Sachverhalt geltend machen. Prozessbeteiligt sind nur die Repräsentanten, von denen zumindest einer Mitglied der *class* sein muss. Das Gericht klärt jedoch die Rechts- und Tatfragen bindend für alle *class members*, selbst wenn diese nicht unmittelbar am Prozess beteiligt waren. Von der Bindungswirkung ausgenommen sind lediglich solche (potentiellen) Gruppenmitglieder, die von der Möglichkeit eines *Opt Out* Gebrauch gemacht haben. Alle durch das Urteil gebundenen *class members* sind aus diesem berechtigt und auch verpflichtet, d.h. sie können den Gegenstand des Verfahrens nicht noch einmal gerichtlich geltend machen (sog. *res judicata*-Wirkung). Ausführlich zur *Class Action* im US-amerikanischen Recht aus der deutschen Literatur siehe etwa *Beuchler*, *Class Actions*, S. 27 ff.; *Eichholtz*, *Class Action*, S. 29 ff.; *Hoppe*, Einbeziehung ausländischer Beteiligter in US-amerikanische *class actions*, S. 35 ff.; aus der US-amerikanischen Literatur grundlegend und umfassend zur *Class Action* statt vieler *Nagareda*, *The Law of Class Actions*, 2009.

1087 Siehe *Google Press Center*, Meldung vom 28.10.2008: „*Authors, Publishers, and Google Reach Landmark Settlement*“, abrufbar unter: http://www.google.com/intl/en/press/pressrel/20081027_booksearchagreement.html [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1088 Siehe *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 23(e)(2).

1089 Siehe *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google Inc.*, Case No. 05 CV 8136-JES, *Settlement Agreement*.

nen und Regierungen präsentierten die Parteien schließlich am 13. November 2009 einen geänderten und ergänzten Vergleichsvertrag, das *Amended Settlement Agreement* (ASA),¹⁰⁹⁰ dem jedoch am 22. März 2011 durch den mit dem Verfahren vor dem *U.S. District Court for the Southern District of New York* befassten Richter *Denny Chin*¹⁰⁹¹ die Genehmigung versagt wurde.¹⁰⁹² Im Laufe des Jahres 2011 fanden zahlreiche sogenannte „*Status Conferences*“ der beteiligten Parteien mit dem Ziel statt, den abgelehnten Vergleich erneut zu überarbeiten und dem Gericht einen geänderten Vergleichsvorschlag zur Genehmigung vorzulegen. Dazu ist es bisher jedoch nicht gekommen. Ein endgültiges Scheitern der Vergleichsverhandlungen erscheint keinesfalls ausgeschlossen. Für diesen Fall hat *Judge Chin* eine Wiederaufnahme des streitigen Verfahrens und ein baldiges Urteil in Aussicht gestellt.¹⁰⁹³ Am 4.10.2012 haben sich nach siebenjährigem Rechtsstreit überraschend die AAP und *Google* geeinigt.¹⁰⁹⁴ Eine richterliche Zustimmung war nicht erforderlich, da die Einigung lediglich zwischen den Parteien gilt. Nach der Einigung können die Verleger nun darüber entscheiden, ob sie die von *Google* digitalisierten Bücher aus der *Google* Buchsuche entfernen oder diese über die *Google*-Plattform *Google Play* zum Verkauf freigeben. Bei Freigabe erhält der Verlag eine digitale Kopie zum eigenen Gebrauch. Im Rahmen der Buchsuche können die Nutzer nun bis zu 20 Prozent der vom Vergleich erfassten Bücher lesen und dieses dann als Digitalversion über *Google Play* erwerben. Durch

1090 Siehe *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google Inc.*, Case No. 05 CV 8136-DC, Amended Settlement Agreement.

1091 Richter *Chin* ist mit Wirkung zum 22. April 2010 zum Richter am *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* ernannt worden. Er ist jedoch weiterhin für das von ihm zuvor beim *U.S. District Court for the Southern District of New York* betreute Verfahren zum *Google Book Settlement* zuständig; siehe Dokument 1:10-CV-02977-DC Doc. 17 vom 23.9.2010 (zum inzwischen mit dem Hauptverfahren verbundenen Verfahren *The American Society of Media Photographers, Inc. et al. v. Google, Inc.*), unterzeichnet von Richter *Chin* „*sitting by designation*“.

1092 Siehe *The Authors Guild et al. v. Google Inc.*, Case No. 05 CV 8136-DC, Opinion, Doc. 971 (S.D.N.Y. March 22, 2011).

1093 Siehe *The Entertainment, Arts and Sports Law Blog*, „Update on Google Books Settlement“ vom 19.9.2011, abrufbar unter: http://nysbar.com/blogs/EASL/2011/09/update_on_Google_books_settle.html [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1094 Siehe Pressemeldung der AAP vom 4.10.2012, abrufbar unter: <http://publishers.org/press/85/>.

den Vergleich nicht beendet ist jedoch die Klage der Autorenvereinigung *Authors Guild*. Diese ist weiterhin als Class Action-Klage anhängig. Ein Ende ist nicht in Sicht. Es haben sich zudem jüngst weitere Kläger dieser Klage angeschlossen, u.a. die *National Press Photographers Association* (NPPA), die *American Society of Media Photographers* (ASMP) und die *Graphic Artists Guild*, die die Verletzung ihrer Bildrechte durch die Google Buchsuche geltend machen.¹⁰⁹⁵

Eine Beendigung des Rechtsstreits durch einen Vergleich hätte ganz erhebliche Auswirkungen auf die zukünftige Gestaltung nicht nur der *Google* Buchsuche, sondern auch vergleichbarer Projekte, denn ein solcher entfaltet durch die Besonderheiten des *Class Action*-Verfahrens seine Wirkung nicht nur für US-amerikanische Rechteinhaber, sondern auch für Autoren und Verleger aus anderen Ländern, deren Werke vom Vergleich erfasst werden. Mehrere Millionen Rechteinhaber, etliche Millionen Werke und mindestens hunderte Millionen US-Dollar Umsatz – allein diese Zahlen zeigen die Bedeutung, die dem Vergleich in Bezug auf die *Google* Buchsuche zukommt. Die reinen Zahlen sind jedoch allenfalls eine Seite der Medaille. Zugleich stellt der Vergleichsvertrag ein Novum dar, da der *Class Action*-Vergleich erstmalig nicht nur herangezogen wird, um strittige neue Geschäftsmodelle zu legalisieren, sondern auch, um diese detailliert inhaltlich auszugestalten. Der Inhalt der beiden Vergleichsvorschläge und insbesondere die Änderungen im Zuge des *Amended Settlement Agreement* (ASA) sollen aufgrund dieser erheblichen Bedeutung und weitreichenden Konsequenzen im Folgenden überblicksartig dargestellt und kritisch betrachtet werden (sogleich a)). Auf Grundlage dieser Darstellung erfolgt schließlich eine Gegenüberstellung der Rechtslage nach einer Genehmigung des ASA mit der Rechtslage, die bestehen wird, wenn kein Vergleich geschlossen wird und stattdessen eine *Fair Use*-Entscheidung eines Gerichts zugunsten von *Google* erginge (unten b)).

a) Inhalt des Google Book Settlement

Sowohl die ursprüngliche Fassung des *Google Book Settlement* (GBS) als auch die geänderte und ergänzte Fassung (ASA) sind äußerst komplex und

1095 Siehe Pressemeldung der NPPA vom 15.4.2013, abrufbar unter: <https://nppa.org/node/60890>; Pressemeldung der ASMP vom 7.4.2010, abrufbar unter: <http://asmp.org/articles/press-release-10-04-07.html>.

werfen eine Vielzahl einzelner Probleme und Fragen auf, die weit über die hier besonders interessierenden urheberrechtlichen Fragestellungen hinausgehen. Die umfassende Darstellung und Klärung dieser Aspekte würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Es sollen deshalb im Folgenden nur die wesentlichen Inhalte der Vergleichsvorschläge und die damit verbundenen Hauptprobleme und -kritikpunkte skizziert werden, deren Kenntnis für ein besseres Verständnis der *Google Book Search*-Debatte sinnvoll und für den anschließenden Vergleich mit einer möglichen *Fair Use*-Entscheidung erforderlich erscheint.

aa) Die erste Fassung des Google Book Settlement

(1) Wesentliche Regelungen des GBS

Der für Nutzer, Rechteinhaber und *Google* wohl wesentlichste Punkt des ursprünglichen Vergleichsvertrages war, dass *Google* danach weiterhin berechtigt sein sollte, urheberrechtlich (noch) geschützte Werke zu digitalisieren und in die Buchsuche-Datenbank aufzunehmen, um so eine Volltextsuche innerhalb dieser Werke zu ermöglichen.¹⁰⁹⁶ Zugleich würde *Google* gegenüber sämtlichen Mitgliedern der *class* von einer (möglichen) Haftung für das bisherige Einscannen, Durchsuchen und öffentliche Zugänglichmachen im Rahmen der *Google* Buchsuche freigestellt.¹⁰⁹⁷ Als Gegenleistung für diese Haftungsfreistellung sollte *Google* einmalig mindestens 45 Millionen US-Dollar an die Rechteinhaber,¹⁰⁹⁸ 34,5 Millionen US-Dollar für bisher angefallene Verwaltungs- und Verfahrenskosten¹⁰⁹⁹ und 30 Millionen US-Dollar für Anwaltskosten der Gegenseite¹¹⁰⁰ zahlen. Neben der (erwartungsgemäßen) Klärung dieser Punkte überraschte das

¹⁰⁹⁶ Siehe § 3.1(a) GBS.

¹⁰⁹⁷ Siehe § 10.2(a) GBS. Diese Haftungsfreistellung gilt allerdings ausdrücklich nicht für Ansprüche nach ausländischem Recht; siehe § 10.2(h).

¹⁰⁹⁸ Siehe § 2.1(b) i.V.m. § 5.1 GBS. Diese Summe setzt sich wie folgt zusammen: *Google* zahlt in den *Settlement Fund* mindestens 60 US-Dollar für jedes vollständig digitalisierte Werk („*Principal Work*“, vgl. § 1.111 GBS), 15 US-Dollar für jeden selbständigen Buchteil („*Insert*“, vgl. § 1.72 GBS) und 5 US-Dollar für sonstige Werkteile („*Partial Inserts*“, vgl. § 1.100 GBS). Diese Beträge werden an die jeweiligen Rechteinhaber ausgeschüttet.

¹⁰⁹⁹ Siehe § 2.1(c) i.V.m. § 5.2 GBS.

¹¹⁰⁰ Siehe § 2.1(d) i.V.m. § 5.5 GBS.

GBS jedoch durch zahlreiche weitere Regelungen mit weitreichenden Auswirkungen. Gegenstand des ursprünglichen *Google Library Projects* war die Erstellung eines Index sämtlicher Bücher der beteiligten Bibliotheken und die Ermöglichung der Volltext-Durchsuchbarkeit dieser Bücher, wobei die Vorschau bei urheberrechtlich geschützten Werken auf maximal drei *Snippets* begrenzt sein sollte. Durch das GBS hingegen wären im Falle der gerichtlichen Anerkennung diese Grundfunktionen deutlich erweitert und *Google* zahlreiche weitere kommerzielle Nutzungen ermöglicht worden, unter anderem auch Angebote zur Volltextanzeige einer Vielzahl von Büchern gegen Bezahlung. Im Einzelnen enthält das GBS folgende wesentlichen Regelungen:¹¹⁰¹

Google wäre durch das GBS auch zukünftig die Digitalisierung vollständiger Bücher und in gewissem Umfang deren öffentliche Zugänglichmachung gestattet, unabhängig davon, ob die Bücher (noch) urheberrechtlich geschützt sind oder nicht. Dazu werden *Google* durch das GBS einfache Nutzungsrechte eingeräumt.¹¹⁰² Der Umfang der zulässigen Vorschau im Rahmen der *Google* Buchsuche richtet sich nach dem Verfügbarkeitsstatus des jeweiligen Buches. Zu diesem Zweck unterteilt das GBS sämtliche Bücher in drei Kategorien:¹¹⁰³ Bücher, die urheberrechtlich geschützt und in den USA weiterhin zum Kauf erhältlich sind („*Commercially Available*“¹¹⁰⁴ beziehungsweise „*In Print*“); Bücher, die noch urheberrechtlich geschützt, jedoch in den USA nicht mehr über übliche Kanäle neu zum Kauf erhältlich sind („*Not Commercially Available*“ beziehungsweise „*Out of Print*“); und Bücher, die nach dem US-amerikanischen *Copyright Act* gemeinfrei sind („*Public Domain Books*“).¹¹⁰⁵ Die Kategorisierung der Bücher erfolgt zunächst durch *Google* anhand bestehender Da-

1101 Das GBS kann hier aufgrund des erheblichen Umfangs (134 Seiten Vergleichstext zuzüglich 15 *Attachments*) und der enthaltenen detaillierten Einzelregelungen keinesfalls vollständig dargestellt werden. Die Darstellung beschränkt sich daher auf solche Aspekte, die dem Verfasser für das Verständnis des GBS und der damit verbundenen Probleme besonders wesentlich erscheinen und die auf besonders starke Kritik gestoßen sind. Einen guten Überblick über das gesamte GBS bietet *Band, A Guide for the Perplexed I*, S. 2 ff. Eine äußerst ausführliche Analyse des vollständigen GBS findet sich bei *Band, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 227, 260 ff. (2009).

1102 § 3.1(a) GBS.

1103 Siehe § 3.2(d) GBS.

1104 Siehe die Definition in § 1.28 GBS.

1105 Siehe die Definition in § 1.116 GBS.

tenbanken und Internetrecherchen,¹¹⁰⁶ sie kann jedoch durch den Rechteinhaber angefochten und geändert werden.¹¹⁰⁷ Alle Bücher sind im Volltext durchsuchbar; die Kategorisierung entscheidet jedoch über den standardmäßigen Umfang der für den Nutzer verfügbaren Buchvorschau. Gemeinfreie Werke und Bücher, die „*Not Commercially Available*“ sind, werden für sogenannte „*Display Uses*“¹¹⁰⁸ freigeschaltet, die eine Vorschau auf das Buch ermöglichen, während für urheberrechtlich geschützte Werke, die „*Commercially Available*“ sind, keine Freischaltung erfolgt („*Non-Display Uses*“).¹¹⁰⁹ Der Umfang des „*Display Uses*“ wiederum unterscheidet sich nach Werkkategorien. Bei *Public Domain Books* ist ein Abruf des vollständigen Textes möglich. Von nicht mehr verfügbaren, aber noch urheberrechtlich geschützten Büchern („*Not Commercially Available*“) werden hingegen – ohne Zustimmung der Rechteinhaber – standardmäßig bis zu 20 % des Buchtextes zugänglich gemacht, wobei die Vorschau jedoch grundsätzlich auf maximal fünf zusammenhängende Seiten begrenzt ist.¹¹¹⁰ Hinsichtlich dieser „*Out of Print*“-Bücher erfolgt somit durch das GBS eine ganz erhebliche Erweiterung des Vorschauumfanges gegenüber der vorher verwendeten *Snippet*-Vorschau, die zudem auf maximal drei Ausschnitte pro Buch begrenzt war. Für urheberrechtlich geschützte Bücher, die „*Commercially Available*“ sind, wird durch das GBS hingegen der Umfang der Darstellung im Rahmen der *Google* Buchsuche verringert. Standardmäßig werden von diesen Büchern nicht einmal mehr *Snippets* angezeigt, sondern in der Regel nur noch bibliographische Angaben, Schlüsselwörter und gegebenenfalls ungeschützte Werkteile wie Titelblatt, Inhalts- oder Stichwortverzeichnis.¹¹¹¹ Die Rechteinhaber können den Vorschauumfang jedoch durch die Änderung der Klassifizierung ihrer Werke weitgehend frei verändern, also etwa ein „*No Display Book*“ in ein „*Display Book*“ umwandeln und den Umfang des „*Display Uses*“ bestimmen oder umgekehrt ein bisher als „*Display Book*“ qualifiziertes Werk in die Kategorie der „*No Display Books*“ aufnehmen lassen.¹¹¹² Jeder Rechteinhaber kann zudem grundsätzlich von der Möglichkeit eines *Opt Out*

1106 Siehe § 3.2(d)(i) GBS und *Attachment E* zum GBS.

1107 Siehe § 3.2(d)(iii) GBS.

1108 Siehe die Definition in § 1.48 GBS.

1109 Siehe die Definition in § 1.91 GBS.

1110 Siehe § 4.3(b)(i)(1) GBS und *Attachment F* zum GBS.

1111 Siehe §§ 1.57, 1.91, 3.4(a) GBS.

1112 Siehe § 3.2(e)(i) GBS.

Gebrauch machen und die vollständige Entfernung seines bereits digitalisierten Werkes aus der *Google* Buchsuche oder das Unterlassen der Digitalisierung bisher nicht erfasster Bücher beantragen.¹¹¹³

Neben diesen „Grundeinstellungen“ regelt das GBS jedoch auch zahlreiche weitere Neuerungen, die ganz erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der *Google* Buchsuche und den Umfang der zugänglichen Werkteile haben. *Google* wird gestattet, Nutzern gegen Bezahlung einen Zugang zum Volltext von als „*Display Books*“ kategorisierten Werken zu gewähren.¹¹¹⁴ Dieser sogenannte „*Consumer Purchase*“¹¹¹⁵ ermöglicht dem Nutzer einen dauerhaften Zugang zu einem Werk, der nicht auf das Lesen beschränkt ist, sondern auch das digitale Kopieren („*copy/paste*“) des Buchtextes,¹¹¹⁶ das Ausdrucken des Buches¹¹¹⁷ sowie das Hinzufügen von Anmerkungen und Kommentaren zum Buch¹¹¹⁸ umfasst. Den Preis für den „*Consumer Purchase*“ legt grundsätzlich der Rechteinhaber fest. Er kann sich dabei entweder dafür entscheiden, einen spezifischen Preis zu bestimmen (sog. „*Specified Price*“)¹¹¹⁹ oder diesen durch *Google* mittels eines Preisalgorithmus festlegen lassen, dessen Ziel die Ermittlung des optimalen Preises eines Buches zur Maximierung der Einnahmen für den jeweiligen Rechteinhaber ist (sog. „*Settlement Controlled Price*“).¹¹²⁰ Legt ein

1113 Siehe § 3.5(a)(i) GBS. Die vollständige Entfernung aus der *Google* Buchsuche kann allerdings nur innerhalb der ersten 27 Monate nach Schluss des Vergleichs verlangt werden. Nach Ablauf dieses Zeitraums kann lediglich der Ausschluss von „*Display Uses*“ erreicht werden; § 3.5(a)(iii) GBS.

1114 Siehe § 4.2 GBS.

1115 Siehe die Definition in § 1.32 GBS.

1116 Nach § 4.2(a) GBS ist zwar durch einen einzelnen „*copy/paste*“-Befehl stets maximal das Kopieren von vier Buchseiten möglich, eine Begrenzung der Anzahl der „*copy/paste*“-Vorgänge erfolgt durch das GBS jedoch nicht, so dass durch viele Kopiervorgänge auch das gesamte Werk kopiert werden kann.

1117 Nach § 4.2(a) GBS ist auch das Ausdrucken eines Buches insoweit beschränkt, als durch einen einzelnen Druckbefehl höchstens zwanzig Seiten eines Buches

1118 Siehe §§ 1.17, 4.2(a) GBS.
ausgedruckt werden können. Durch mehrere Druckbefehle ist jedoch auch hier die Vervielfältigung des gesamten Buchtextes möglich. Alle ausgedruckten Seiten werden jedoch von *Google* mit einem Wasserzeichen versehen, das eine Identifikation des ausdruckenden Nutzers ermöglicht.

1119 Siehe § 4.2(b)(i)(1) GBS.

1120 Siehe § 4.2(b)(i)(2) GBS. Zur genauen Berechnung des „*Settlement Controlled Price*“ siehe § 4.2(c) GBS.

Rechteinhaber keinen spezifischen Preis fest, so wird der Zugang zu seinem Werk zum „*Settlement Controlled Price*“ verkauft.¹¹²¹

Neben dem „*Consumer Purchase*“ gestattet das GBS *Google* eine weitere Art der kommerziellen Werknutzung. Im Rahmen sogenannter „*Institutional Subscriptions*“ können Einrichtungen gegen Bezahlung für einen bestimmten Zeitraum den Zugang zum Volltext aller Bücher erhalten, die Teil der „*Institutional Subscription Database*“ (ISD) sind.¹¹²² Diese Datenbank umfasst sämtliche gemeinfreien Werke, Bücher, die urheberrechtlich noch geschützt aber „*Not Commercially Available*“ sind, und *In-Print*-Werke, deren Rechteinhaber der Aufnahme in die ISD ausdrücklich zugestimmt haben. Neben öffentlichen Einrichtungen und Bildungseinrichtungen wie Universitäten und Schulen können auch gewerbliche Unternehmen Zugänge kaufen.¹¹²³ Der Preis für das „Abonnement“ variiert jedoch nach Einrichtung und Zahl der zugangsberechtigten Personen.¹¹²⁴ Allen Zugangsberechtigten wird eine Werknutzung in demselben Umfang wie im Rahmen des „*Consumer Purchase*“ ermöglicht, das heißt neben dem reinen Lesen ist auch das Kopieren, Ausdrucken und Hinzufügen von Anmerkungen möglich.¹¹²⁵

Wie gezeigt wird *Google* durch die im GBS vorgesehenen erweiterten Werknutzungsmöglichkeiten in die Lage versetzt, durch Werbung und durch den Verkauf kostenpflichtiger Zugänge zur Volltextansicht zusätzliche Einnahmen zu erzielen. An diesen Einnahmen im Zusammenhang mit der Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche sollen die Rechteinhaber beteiligt werden. 37 % der durch die *Google* Buchsuche erzielten Einnahmen behält *Google*, während die restlichen 63 % an die Rechteinhaber verteilt werden sollen.¹¹²⁶ Zu diesem Zweck wird durch das GBS auf Kosten von *Google* eine Registrierungs- und Verwaltungsstelle, die

1121 Siehe § 4.2(b)(iii) GBS.

1122 Siehe § 4.1(a)(v) GBS. Neben dem vollständigen Zugang zur gesamten ISD kann *Google* auch Zugänge zu fachspezifischen Teilen der Datenbank gewähren.

1123 Vgl. § 4.1(a)(iv) GBS.

1124 Siehe im Einzelnen § 4.1(a)(iv)-(viii) GBS.

1125 Siehe § 4.1(d), (e) GBS. Insoweit bestehen dieselben Beschränkungen wie beim „*Consumer Purchase*“: Das Kopieren im Wege des „*copy/paste*“ ist auf maximal vier Seiten je Kopiervorgang beschränkt und das Ausdrucken auf zwanzig Seiten je Druckauftrag.

1126 Siehe § 2.1(a) GBS.

sogenannte *Book Rights Registry* (BRR), gegründet,¹¹²⁷ die als Vermittler zwischen *Google* und den Rechteinhabern Rechte der *class members* verwaltet und wahrnimmt, Einnahmen aus der *Google* Buchsuche sammelt und diese an die Rechteinhaber ausschüttet und zu diesem Zweck versucht, Rechteinhaber zu ermitteln und eine Datenbank über Rechtsinhaberschaft an den in der *Google* Buchsuche verfügbaren Werken führt. Die BRR verteilt zudem die von *Google* vorab gezahlten 45 Millionen US-Dollar für die bereits digitalisierten Werke an deren Rechteinhaber. Können Rechteinhaber nicht lokalisiert werden, so werden diesen zustehende Einnahmen zunächst für fünf Jahre treuhänderisch von der BRR verwahrt und nach Ablauf dieser Frist nach einem gesonderten Verteilungsschlüssel („*Plan of Allocation*“)¹¹²⁸ zur Deckung von Kosten der BRR verwendet und an registrierte Rechteinhaber ausgeschüttet.¹¹²⁹

(2) Kritik am GBS

Während das ursprüngliche *Google* Buchsuche-Projekt hauptsächlich auf Widerstand von Autoren und Verlegern gestoßen war, stieß das GBS aufgrund seiner Breite und weit über die urheberrechtlichen Fragestellungen hinausgehenden Konsequenzen auf Kritik und Widerstand aus deutlich weiteren Kreisen, zu denen neben Rechteinhabern insbesondere Vertreter der Wissenschaft, aber auch nationale und internationale staatliche Stellen wie die *Antitrust Division* des *U.S. Department of Justice* und die deutsche Bundesregierung gehörten. Anders als die ursprüngliche Kritik betraf die neue Kritik am GBS jedoch nicht mehr nur noch die ungenehmigte Verwendung fremder Werke durch *Google*, sondern bezog sich ganz wesentlich auf die Art der Regelung dieser Aspekte durch das GBS im Rahmen einer *Class Action* und auf einzelne Inhalte des GBS.

Ein zentraler Kritikpunkt betraf die Reichweite des GBS. Obwohl die Kläger nur eine kleine Gruppe von Autoren und Verlegern vertraten, erfasste das GBS aufgrund der enthaltenen weitreichenden Definitionen und der Besonderheiten der *Class Action*-Klage eine kaum überschaubare Anzahl von Büchern und somit eine kaum feststellbare Anzahl von Rechteinhabern. Die *Class* umfasste zum einen alle Rechteinhaber mit einem

1127 Siehe im Einzelnen §§ 6.1-6.7 GBS.

1128 Siehe *Attachment C* zum GBS.

1129 Siehe § 6.3(a) GBS.

„Copyright Interest“¹¹³⁰ an Büchern, die vor dem 5. Januar 2009¹¹³¹ in den USA veröffentlicht und beim *U.S. Copyright Office* registriert wurden, unabhängig von der Nationalität der Autoren oder der Sprache der Veröffentlichung, zum anderen auch ausländische Rechteinhaber, die an Werken, die in diesem Zeitraum veröffentlicht, jedoch nicht in den USA registriert wurden, ein „Copyright Interest“ haben.¹¹³² Ein solches ist bei einem Großteil der ausländischen Rechteinhaber anzunehmen, da jedenfalls Autoren in Mitgliedstaaten der RBÜ mit Entstehung eines inländischen Urheberrechts gemäß 17 U.S.C. § 104 grundsätzlich auch ein US-amerikanisches Urheberrecht erwerben. Diese ausländischen Autoren wären also – oftmals unwissentlich – vom GBS erfasst worden, obwohl ihre Werke nicht in den USA registriert und möglicherweise nicht einmal dort veröffentlicht wurden.¹¹³³ Dies hätte besonders weitreichende Folgen gehabt, weil ein erheblicher Teil der Bücher ausländischer Autoren als „*Not Commercially Available*“ eingestuft worden wäre, da nach dem GBS für eine solche Kategorisierung ausreichen soll, dass ein Buch nicht über übliche Kanäle *in den USA* zum Kauf erhältlich ist.¹¹³⁴ Sämtliche Bücher, die nicht in den USA zum Kauf angeboten werden, im Extremfall also sogar Bücher, die in einem anderen Land ein Bestseller sind oder waren, würden im Hinblick auf die Nutzung für die *Google* Buchsuche als „*Not Commercially Available*“ kategorisiert, so dass sie als „*Display Books*“ eingestuft und folglich standardmäßig für sämtliche „*Display Uses*“ freigeschaltet würden. Aufgrund dieser großen Reichweite des GBS formierte sich erheblicher Widerstand insbesondere von ausländischen Rechteinhabern¹¹³⁵

1130 Siehe die Definition in § 1.38 GBS.

1131 Der 5. Januar 2009 wurde von den Parteien gemäß § 1.97 des *Amended Settlement Agreement* als „*Notice Commencement Date*“ im Sinne von § 1.16 i.V.m. § 1.94 GBS festgelegt.

1132 Siehe § 1.16 GBS.

1133 Vgl. (im Hinblick auf die Erfassung deutscher Bücher) die ausführliche Darstellung von Brägelmann, KUR 2009, 135 (139 ff.).

1134 Vgl. §§ 1.28, 3.2(d) GBS.

1135 Siehe etwa *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Svenska Förläggareföreningen, et al.*, Letter of Objection to the Proposed Settlement Agreement, Doc. 167, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009); *Editions Larousse SAS (France)*, Letter of Objection, Doc. 558, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-JES (S.D.N.Y. Sept. 11, 2009); *Japanese Publishers*, Letter of Objection, Doc. 497, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 10, 2009).

und staatlichen Stellen,¹¹³⁶ die eine Einschränkung der *class* unter Herausnahme der ausländischen Rechteinhaber forderten. Der Vergleich berücksichtige die Interessen ausländischer Rechteinhaber nicht hinreichend, obwohl er die selbstbestimmte Werkverwertung durch Rechteinhaber weltweit ganz erheblich beeinträchtige.¹¹³⁷ Durch die weltweite Abrufbarkeit des *Google* Buchsuche-Dienstes könne eine Werknutzung im durch das GBS zugelassenen Umfang auch aus anderen Ländern als den USA nicht (wirksam) ausgeschlossen werden, wodurch erhebliche Eingriffe in Ausschließlichkeitsrechte der Urheber drohten.¹¹³⁸ Die Erstreckung eines von einigen wenigen Interessenvertretern in einem Land verhandelten privatrechtlichen Vergleichs mit derartig weitreichenden Folgen auf eine so große Anzahl von Rechteinhabern, ohne dass diese am Verfahren beteiligt waren, benachteilige ausländische Urheber unangemessen.¹¹³⁹ Zudem verstoße der Vergleichsvorschlag durch das *Opt Out*-Erfordernis für Rechteinhaber, die nicht durch den Vergleich gebunden werden wollen, gegen internationales Recht.¹¹⁴⁰ Der Vergleich sei folglich nicht „*fair, reasonable*,

1136 Siehe etwa *Federal Republic of Germany*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 179, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009); *French Republic*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 287, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 8, 2009).

1137 Vgl. *Federal Republic of Germany*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 179, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009), S. 1 f.; *French Republic*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 287, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 8, 2009), S. 9, 17 ff.

1138 Vgl. *Federal Republic of Germany*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 179, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009), S. 6.

1139 Vgl. *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Svenska Förläggareföreningen, et al.*, Letter of Objection to the Proposed Settlement Agreement, Doc. 167, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009), S. 21 ff., 25; *French Republic*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 287, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 8, 2009), S. 21 ff.

1140 Vgl. *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Svenska Förläggareföreningen, et al.*, Letter of Objection to the Proposed Settlement Agreement, Doc. 167, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009), S. 17 ff.; *Federal Republic of Germany*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 179, *Authors Guild*

and adequate“ und deshalb vom Gericht abzulehnen. Die zahlreiche internationale Kritik am GBS veranlasste schließlich auch das *U.S. Department of Justice* dazu, besondere Zweifel an der hinreichenden Berücksichtigung der Belange ausländischer Rechteinhaber durch das GBS und somit an der Erfüllung der zur Genehmigung eines Vergleichs erforderlichen Kriterien „fair, reasonable, and adequate“ zu äußern.¹¹⁴¹

Nicht nur von ausländischen Rechteinhabern wurde jedoch erhebliche Kritik am von den Parteien beschrittenen Weg zur Streitbeilegung geäußert. Auch von Beteiligten in den USA wurde das Vorgehen im Wege einer *Class Action* vielfach als ungeeignet oder gar unzulässig angesehen. Die vom Vergleich erfasste *Class* sei zu weit gefasst. Aufgrund der daraus folgenden Diversität der Betroffenen seien die namentlich genannten Kläger nicht geeignet, die *Class* angemessen zu repräsentieren.¹¹⁴² Zudem sei eine hinreichende Information aller betroffenen *Class Members* aufgrund ihrer unüberschaubaren Zahl nicht gewährleistet und tatsächlich auch nicht erfolgt.¹¹⁴³ Schließlich gehe das GBS durch die umfassende Rege-

et al. v. Google Inc., No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 31, 2009), S. 12; *French Republic*, Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal, Doc. 287, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 8, 2009), S. 10 ff., mit dem Hinweis, das *Opt Out*-Modell verstoße gegen internationales Recht, da es eine nach Art. 5 Abs. 2 RBÜ für die Erlangung und Ausübung von Urheberrechtsschutz unzulässige Förmlichkeit darstelle. Siehe aber die umfassende Prüfung der Vereinbarkeit des GBS mit der RBÜ bei *Ricketson*, *Google Book Settlement*, S. 4 ff., der zu dem Ergebnis kommt, ein *Opt Out*-Erfordernis stelle keinen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 RBÜ dar. Zur international-rechtlichen Bewertung des GBS siehe auch *Gervais*, 2011 *Stan. Tech. L. Rev.* 1.

1141 Siehe *United States of America*, Statement of Interest Regarding Proposed Class Settlement, Doc. 720, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), S. 5.

1142 Vgl. *Science Fiction and Fantasy Writers of America, Inc., and American Society of Journalists and Authors, Inc.*, Objections to the Amended Settlement Agreement, Doc. 864, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 4 ff.; *United States of America*, Statement of Interest Regarding Proposed Class Settlement, Doc. 720, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), S. 8 ff.; *Samuelson*, 52 No. 7 *Comm. ACM* 28, 30 (2009).

1143 Vgl. *Science Fiction and Fantasy Writers of America, Inc., and American Society of Journalists and Authors, Inc.*, Objections to the Amended Settlement

lung zukünftiger Sachverhalte und kommerzieller Geschäftsmodelle inhaltlich deutlich über die Entscheidung der dem Gericht im Prozess vorgelegten Fragen hinaus¹¹⁴⁴ und sei deshalb unzulässig.¹¹⁴⁵

Neben dieser Kritik an der Reichweite des GBS wurden weitere Bedenken insbesondere hinsichtlich der wettbewerbs- und kartellrechtlichen Implikationen des GBS und wegen Fragen des Datenschutzes, des Schutzes der Privatsphäre und des Schutzes der Meinungsfreiheit geäußert. Die Darstellung dieser Problematik würde den Rahmen dieser Untersuchung bei weitem überschreiten. Es sollen daher nur überblicksartig die wesentlichen Kritikpunkte dargestellt werden.¹¹⁴⁶

Aus kartell- und wettbewerbsrechtlicher Sicht sind im Wesentlichen zwei Aspekte des GBS kritisiert worden, die Verstöße gegen Regelungen des US-amerikanischen Kartell- oder Wettbewerbsrechts,¹¹⁴⁷ insbesondere gegen den *Sherman Act*¹¹⁴⁸ darstellen könnten. Nach *Section 1* des *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1, ist der Abschluss von Verträgen untersagt, die den Handel oder geschäftlichen Verkehr unangemessen beschränken. Solche Beschränkungen wurden zum einen durch die Einrichtung und die vorgeschlagene Ausgestaltung der *Book Rights Registry* befürchtet. Insbesondere aufgrund der Befugnis der BRR, Preise für den Online-Zugriff auf Bücher festzusetzen, bestehe die Gefahr, dass der Preiswettbewerb auf die-

Agreement, Doc. 864, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 7; *Scott E. Gant*, Objection to Proposed Settlement, Doc. 143, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Aug. 20, 2009), S. 13 ff.

1144 Zu den Unterschieden zu einer möglichen *Fair Use*-Entscheidung des Gerichts siehe unten 5. Kapitel, B.II.2.b).

1145 Vgl. *Amazon.com, Inc.*, Objection to Proposed Settlement, Doc. 206, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 1, 2009), S. 34 ff.; *AT&T Corp.*, Objections to Class Action Settlement, Doc. 863, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 7 ff.; *Microsoft Corp.*, Objections to Proposed Settlement, Doc. 276, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 8, 2009), S. 20 ff.

1146 Ein guter Überblick über die gegen das GBS vorgebrachten wesentlichen Bedenken findet sich bei *Grimmelmann*, Objections and Responses, S. 4 ff.

1147 Für eine überblicksartige Betrachtung des GBS nach deutschem Kartellrecht siehe *Rath/Swane*, K&R 2009, 225 (227).

1148 *Sherman Antitrust Act* vom 2. Juli 1890, 15 U.S.C. §§ 1-7.

sem Markt erheblich beeinflusst werde.¹¹⁴⁹ Die Problematik würde dadurch noch verschärft, dass *Google* zumindest faktischen Einfluss auf die selbst finanzierte BRR erhalten würde.¹¹⁵⁰ Zum anderen wurde vielfach kritisiert, dass *Google* durch den Vergleich eine monopolistische Stellung auf dem Markt für den Verkauf digitaler Zugänge zu Bibliotheksbeständen und abhängigen Produkten sowie auf dem Markt für vergriffene und verwaiste Werke erlangen könnte, da *Google* – und nur *Google* – durch das GBS eine Haftungsfreistellung für die Verwendung von Büchern erhalte, deren Rechteinhaber nicht auffindbar sind oder ihre Rechte nicht geltend machen.¹¹⁵¹ Auch Wettbewerbern könnte die BRR zwar Lizenzen für die Werknutzung erteilen. Für diese bestünde jedoch, anders als für *Google*, nicht die Sicherheit, dass sie sich durch die Werkverwertung nicht haftbar machen, da die rechtliche Bewertung der Werknutzung durch das GBS gerade nicht geklärt worden wäre. Die BRR könnte Wettbewerbern folglich tatsächlich keine Lizenzen erteilen, die eine rechtssichere Nutzung in demselben Umfang wie *Google* garantieren.¹¹⁵² Als besonders brisant stellte sich zudem die im GBS enthaltene sogenannte „*most favored nation clause*“ dar, nach der die BRR oder eine von Rechteinhabern ins Leben gerufene vergleichbare Einrichtung, die Daten oder Materialien von *Goog-*

1149 Vgl. *Amazon.com, Inc.*, Objection to Proposed Settlement, Doc. 206, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 1, 2009), S. 18 ff.; *United States of America*, Statement of Interest Regarding Proposed Class Settlement, Doc. 720, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), S. 17 ff., 21 f.; *Fraser*, 2010 Stan. Tech. L. Rev. 1, 9 ff.; *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 403 ff. (2009); *Suarez*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 175, 190 ff. (2010).

1150 Vgl. *Samuelson*, AMI 2010, 50 (52).

1151 Siehe zu diesbezüglichen wettbewerbs- und kartellrechtlichen Bedenken *United States of America*, Statement of Interest Regarding Proposed Class Settlement, Doc. 720, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), S. 23 ff.; *Fraser*, 2010 Stan. Tech. L. Rev. 1, 17 ff.; *Glorioso*, 38 Hofstra L. Rev. 971, 994 ff. (2010); *Grimmelmann*, Google Book Search Settlement, S. 5 ff.; *Müller-Langer/Scheufen*, 8 Rev. Econ. Research on Copyright 7, 26 ff. (2011); *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 394 ff. (2009); *Samuelson*, 52 No. 7 Comm. ACM 28, 30 (2009); *Suarez*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 175, 204 ff. (2010). Siehe aber auch *Elhauge*, 2 J. Legal Analysis, 1, 7 ff. (2010) und *Lemley*, AMI 2010, 55 ff., die das *Google Book Settlement* für wettbewerbsfördernd halten.

1152 Siehe *United States of America*, Statement of Interest Regarding Proposed Class Settlement, Doc. 720, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), S. 23.

le verwendet, *Google* stets mindestens ebenso gute Konditionen einräumen müsste wie seinen Wettbewerbern.¹¹⁵³ Diese Regelung hätte zweifelsohne eine erhebliche Marktzutrittsschranke für Wettbewerber dargestellt, die *Google* in den Markt für digitale Bibliotheksangebote folgen wollten.

In Bezug auf den Datenschutz ist vielfach kritisiert worden, dass *Google* durch das GBS in die Lage versetzt worden wäre, eine Vielzahl von Informationen über die Nutzer zu sammeln,¹¹⁵⁴ deren Sicherheit und (Weiter-)Verwendung nicht ausreichend geregelt und geklärt sei.¹¹⁵⁵ Im Rahmen der Buchsuche speichert *Google* unter anderem die IP-Adresse jedes Nutzers, Informationen über den verwendeten Browser und das verwendete Betriebssystem, den Inhalt der Suchanfragen sowie Informationen über aufgerufene Bücher und Buchseiten sowie über den Ort und Zeitpunkt des Abrufs.¹¹⁵⁶ *Google* könnte so detaillierte Nutzerprofile erstellen und diese

1153 Siehe § 3.8(a) GBS; siehe dazu *Grimmelmann*, 12 No. 10 J. Internet L. 1, 15 (2009); *Hausman/Sidak*, 5 J. Competition L. & Econ. 411, 429 f. (2009); *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 400 ff. (2009).

1154 Ironischerweise sind *Google* und die teilnehmenden Bibliotheken nach dem GBS zur Einhaltung der dort geregelten Sicherheitsstandards sogar dazu verpflichtet, umfassende Daten über das Nutzungsverhalten zu sammeln und zu speichern; siehe *Attachment D* zum GBS.

1155 Vgl. *Center for Democracy & Technology*, Brief Amicus Curiae in Support of Approval of the Settlement and Protection of Reader Privacy, Doc. 314, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 9, 2009), S. 4 ff.; *Consumer Watchdog*, Brief Amicus Curiae in Opposition to the Proposed Settlement Agreement, Doc. 313, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 9, 2009), S. 7 ff.; *Electronic Privacy Information Center*, Objection to the Proposed Settlement, Doc. 748, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Oct. 2, 2009), S. 3 ff.; *Privacy Authors and Publishers*, Objection to Proposed Settlement, Doc. 325, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 9, 2009), S. 10 ff. Siehe auch *Band*, 9 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 227, 306 ff. (2009); *D'Andrade*, Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!, EFF Deplinks v. 23.7.2009 (abrufbar unter: <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]); *Friedman*, 17 Vill. Sports & Ent. L.J. 637, 669 ff. (2010); *Grimmelmann*, 12 No. 10 J. Internet L. 1, 16 (2009); *Klinefelter*, 11 N.C. J. L. & Tech. 553 (2010); *Ozer/Lynch*, Protecting Reader Privacy, S. 2 ff.; *Pasquale*, 104 Nw. U. L. Rev. 105, 144 ff. (2010); *Samuelson*, 94 Minn. L. Rev. 1308, 1346 ff. (2010). Ausführlich zu datenschutzrechtlichen Problemen der *Google* Buchsuche zuletzt *Jones/Janes*, 2 Policy & Internet 43, 45 ff. (2010).

1156 Vgl. *Ozer/Lynch*, Protecting Reader Privacy, S. 3.

etwa für gezielte Werbung oder weitere kommerzielle Zwecke verwenden. Alle diese Vorgänge haben das Potential, die „intellektuelle Privatsphäre“¹¹⁵⁷ und letztlich auch die Meinungsbildung der Nutzer ganz erheblich zu beeinträchtigen. Als besonders problematisch wurde insofern gesehen, dass *Google* als Monopolist und als kommerzieller Anbieter in die Lage versetzt werde, den Zugang zu Informationen zu kontrollieren und so die Freiheit der Meinungsbildung zu beeinflussen.¹¹⁵⁸ Auch durch Formen der Zensur, etwa durch das Herausnehmen bestimmter Werke aus der Datenbank und/oder die „bevorzugte“ Behandlung bestimmter Werke aufgrund kommerzieller Interessen oder auf politischen Druck, könnte ein derartiger Monopolist Einfluss auf die Meinungsbildung erlangen.¹¹⁵⁹

bb) Das Amended Settlement Agreement (ASA)

Die erhebliche Kritik am ursprünglichen *Google* Book Settlement führte dazu, dass *Google*, die *Authors Guild* und die *AAP* am 13. November 2009 bei dem zuständigen Gericht einen geänderten und ergänzten Vergleichsvertrag, das *Amended Settlement Agreement* (ASA), einreichten.¹¹⁶⁰ Besondere Berücksichtigung fanden durch das ASA die Kritik internationaler Rechteinhaber und die Bedenken des *U.S. Department of Justice*, die jedoch auch durch den geänderten Vergleichsvorschlag nicht vollständig ausgeräumt werden konnten. In den wesentlichen Grundzügen blieb der Vergleichsvorschlag unverändert. Auch nach dem ASA bleibt *Google* weiterhin berechtigt, urheberrechtlich (noch) geschützte Werke zu digitalisieren und in die Buchsuche-Datenbank aufzunehmen, um so eine Volltextsuche innerhalb dieser Werke zu ermöglichen und die Werke in durch das ASA näher bestimmtem Umfang den Nutzern zugänglich zu

1157 Siehe dazu ausführlich *Richards*, 87 Texas L. Rev. 387 ff. (2008), der den Begriff der „*Intellectual Privacy*“ geprägt hat. Vgl. auch *Grimmelmann*, 19 *Widener L.J.* 793, 813 ff. (2010); *Jones/Janes*, 2 *Policy & Internet* 43, 50 ff. (2010).

1158 Vgl. *Pamela Samuelson et al.*, Academic Author Objections to the Google Book Search Settlement, Doc. 336, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 9, 2009), S. 12.

1159 Vgl. *Pamela Samuelson et al.*, Academic Author Objections to the Google Book Search Settlement, Doc. 336, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 9, 2009), S. 9 f.

1160 Siehe *The Authors Guild, Inc., Association of American Publishers, Inc., et al. v. Google Inc.*, Case No. 05 CV 8136-DC, Amended Settlement Agreement.

machen.¹¹⁶¹ Google ist zudem weiterhin berechtigt, Abonnements für die elektronische Buchsuche-Datenbank an Institutionen zu verkaufen („*Institutional Subscriptions*“), Online-Zugänge für einzelne Bücher zu verkaufen („*Consumer Purchase*“), Werbung auf den Seiten der Bücher zu verkaufen und Auszüge aus Büchern in einem „Vorschau“-Format zu zeigen, um Online-Zugangsverkäufe zu Büchern zu fördern.¹¹⁶² Zugleich wird Google weiterhin gegenüber sämtlichen Mitgliedern der *class* von einer (möglichen) Haftung für das bisherige Einscannen, Durchsuchen und öffentliche Zugänglichmachen im Rahmen der Google Buchsuche freigestellt.¹¹⁶³ Die wesentlichen Änderungen des Vergleichsvorschlags gegenüber dem GBS sollen im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.¹¹⁶⁴

(1) Wesentliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen GBS

Die – im Hinblick auf die Rechte ausländischer Rechteinhaber – entscheidendste Neuerung des ASA gegenüber dem GBS betrifft dessen veränderte Reichweite. Durch eine deutliche Verengung der Definition des „*Book*“ in § 1.19 ASA sind viele der zuvor noch erfassten ausländischen Werke nicht mehr vom Vergleich erfasst, so dass deren Rechteinhaber auch nicht mehr Mitglieder der durch den Vergleich betroffenen *Class* sind.¹¹⁶⁵ Anders als vom GBS, das auch (fast) sämtliche im Ausland erschienenen Bücher erfasste,¹¹⁶⁶ werden vom ASA neben Büchern, die in den USA veröffentlicht wurden,¹¹⁶⁷ nur noch solche Werke erfasst, die entweder vor dem

1161 Vgl. § 3.1(a) ASA.

1162 Vgl. §§ 2.1(a), 2.2 ASA.

1163 Vgl. § 10.2(a) ASA.

1164 Eine vollständige Darstellung des ASA und der enthaltenen Änderungen gegenüber dem GBS würde auch hier den Rahmen sprengen. Es sollen daher nur einige ganz wesentliche Aspekte kurz dargestellt werden. Eine Verfolgung sämtlicher Änderungen des ASA gegenüber dem GBS ermöglicht eine auf der Internetseite zum Google Buchsuche-Vergleich abrufbare Version des ASA, in der alle Änderungen im „Änderungsmodus“ sichtbar gemacht sind; abrufbar unter: <http://www.googlebooksettlement.com/agreement.html> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]. Einen guten Überblick über wesentliche Aspekte des ASA bietet *Band, A Guide for the Perplexed III*, S. 2 ff.

1165 Vgl. die Definition der *Amended Settlement Class* in § 1.13 ASA.

1166 Siehe oben 5. Kapitel, B.II.2.a)aa)(a).

1167 Nach § 1.19 ASA sind *United States Works* im Sinne von 17 U.S.C. § 101 erfasst.

5. Januar 2009 in Kanada, Australien oder dem Vereinigten Königreich erschienen sind oder bis zum 5. Januar 2009 beim U.S. Copyright Office registriert wurden.¹¹⁶⁸ Ziel dieser Beschränkung war es, die *Settlement Class* im Wesentlichen auf solche Rechteinhaber zu beschränken, die aus Ländern mit vergleichbaren Rechtssystemen und vergleichbaren Buchmärkten stammen.¹¹⁶⁹ Zumindest auf den ersten Blick scheint somit ein Großteil der nicht aus den genannten Ländern stammenden ausländischen Werke aus dem Vergleich auszuschneiden. Eine genauere Betrachtung ergibt jedoch, dass auch weiterhin ein nicht unerheblicher Teil ausländischer, insbesondere auch deutscher Werke vom Vergleich erfasst sein wird. Bis zum Inkrafttreten des *Copyright Act of 1976* am 1. Januar 1978 war Voraussetzung für die Erlangung (effektiven) Urheberrechtsschutzes in den USA die Registrierung des Werkes beim *Copyright Office*.¹¹⁷⁰ Ausländische Werke wurden deshalb in der Zeit vor 1978 von vielen Verlagen standardmäßig auch im U.S. Copyright-Register eingetragen, um auf dem

1168 § 1.19 ASA lautet: “‘Book’ means a written or printed work that as of January 5, 2009 (a) had been published or distributed to the public or made available for public access as a set of written or printed sheets of paper bound together in hard copy form under the authorization of the work’s U.S. copyright owner, (b) was subject to a Copyright Interest, and (c) (1) if a ‘United States work’, as defined in 17 U.S.C. § 101, was registered with the United States Copyright Office, and (2) if not a United States work, either (x) was registered with the United States Copyright Office, or (y) had a place of publication in Canada, the United Kingdom or Australia, as evidenced by information printed in or on a hard copy of the work. Relevant information printed in or on a hard copy of the work may include, for example, a statement that the book was ‘Published in [Canada] or [the UK] or [Australia]’, or the location or address of the publisher in one of those three countries. [...]” [Hervorhebungen durch den Verfasser].

1169 Vgl. AAP, The Revised Google Books Settlement Agreement, S. 1, abrufbar unter: <http://publishers.org/main/Copyright/CopyKey/documents/Settlement-ModificationsOverview.pdf> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1170 Nach § 13 des *Copyright Act of 1909* war die Registrierung eines Werkes zwingend erforderlich, um das Urheberrecht an diesem vor einem Gericht geltend zu machen. Nach § 24 *Copyright Act of 1909* betrug die urheberrechtliche Schutzdauer nach US-amerikanischem Recht zudem zunächst nur 28 Jahre ab der Erstveröffentlichung. Der Schutz konnte jedoch durch eine rechtzeitige Registrierung des Werkes beim *Copyright Office* um weitere 28 Jahre verlängert werden.

US-amerikanischen Markt Schutz zu erlangen.¹¹⁷¹ Auch nach der Änderung der Gesetzeslage dürften noch etliche ausländische Werke beim *Copyright Office* registriert worden sein, unter anderem da die Registrierung auch heute noch Voraussetzung für die prozessuale Geltendmachung eines pauschalierten Schadensersatzes wegen Urheberrechtsverletzungen und für den Ersatz von Anwaltsgebühren aus einem solchen Prozess ist.¹¹⁷² Es ist somit insgesamt davon auszugehen, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Werken, die auf den ersten Blick nicht mehr vom ASA erfasst werden, tatsächlich doch zu den in § 1.19 ASA definierten „Books“ zu rechnen sind, da sie beim *Copyright Office* registriert wurden.¹¹⁷³ Selbst solche ausländischen Bücher, die nicht beim *Copyright Office* registriert wurden, können jedoch auch weiterhin vom Buchsuche-Vergleich erfasst werden. Neben solchen Werken, die im Copyright-Register eingetragen sind, sind nach § 1.19 ASA nämlich auch solche Werke als „Books“ im Sinne des Vergleichs anzusehen, die bis zum 5. Januar 2009 in Kanada, Australien oder dem Vereinigten Königreich erschienen sind. Eine nähere Definition, wann ein solches „Erscheinen“ vorliegt, liefert das ASA nicht. § 1.19 ASA formuliert lediglich, dass eine Hinweisfunktion insoweit auf oder in einem Buch enthaltenen gedruckten Informationen über den Erscheinungsort zukommen kann.¹¹⁷⁴ Nach dieser offenen Definition ist nicht auszuschließen, dass auch zahlreiche Bücher vom Vergleich erfasst werden, die zwar nur in einem oder mehreren anderen als den im ASA genannten Ländern veröffentlicht wurden, deren Verlage jedoch – wie vielfach üblich – als Verlagsorte sämtliche Städte angeben, in denen sie zen-

1171 Siehe *Syndicat National de l'Édition*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 836, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 2; *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 3.

1172 Siehe 17 U.S.C. § 412. Siehe dazu oben Fn. 121.

1173 So auch *Brägelmann*, KUR 2009, 187 (189 f.).

1174 Vgl. § 1.19 ASA: “[...] had a place of publication in Canada, the United Kingdom or Australia, as evidenced by information printed in or on a hard copy of the work. [...]”.

trale Dependancen betreiben.¹¹⁷⁵ ¹¹⁷⁶ Eine sichere Bestimmung der vom ASA erfassten Werke ist somit für die Rechteinhaber oftmals nicht möglich.

Auch nicht vom ASA erfasste Bücher will *Google* jedoch weiterhin digitalisieren, in die Buchsuche-Datenbank aufnehmen und wie bisher in *Snippet*-Form zugänglich machen.¹¹⁷⁷ Diesbezüglich wird also letztlich das bisherige Bibliotheksprogramm fortgesetzt. Da diese Werke jedoch nicht vom ASA erfasst werden, wird *Google* diesbezüglich auch keine Haftungsfreistellung erteilt, so dass die Rechteinhaber grundsätzlich weiterhin klageweise gegen *Google* wegen Urheberrechtsverletzungen durch die Digitalisierung und weitere Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche vorgehen könnten.

Neben der Kritik internationaler Rechteinhaber wurden zum GBS im Wesentlichen kartell- und wettbewerbsrechtliche Bedenken in Bezug auf die Entstehung einer privilegierten Stellung von *Google* geäußert, insbesondere hinsichtlich der kommerziellen Verwertung solcher Bücher, deren Rechteinhaber ihre Rechte nicht geltend machen und die sich auch nicht ermitteln lassen.¹¹⁷⁸ Auf die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Bedenken reagierten die Parteien durch einige Änderungen des Vergleichsvorschlags. Die sogenannte „*most favored nation clause*“, die auf erhebliche Kritik gestoßen war, wurde vollständig aus dem Vergleichsvertrag gestrichen. Zudem wurden die Bestimmungen zur Berechnung und Festlegung des „*Settlement Controlled Pricing*“ für den „*Consumer Purchase*“ modi-

1175 Im *Springer Verlag* erschienene Bücher tragen etwa üblicherweise die Information „Springer Verlag – Berlin Heidelberg New York“ und sind zudem nicht selten mit zwei ISBN-Nummern versehen – eine für den deutschsprachigen und eine für den englischsprachigen Raum; siehe etwa *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York 1980, ISBN 3-540-10367-8 und ISBN 0-387-10367-8.

1176 Vgl. *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 5 mit weiteren Beispielen. Siehe auch *U.S. District Court for the Southern District of New York*, Supplemental Notice to Authors, Publishers and other Book Rightsholders about the Google Book Settlement, *Attachment N* zum ASA, S. 1 f.

1177 Vgl. *Google Buchsuche-Vergleich*, Häufig gestellte Fragen, Frage 21: „Was geschieht mit den Büchern von Autoren und Verlegern, die Widerspruch gegen den ergänzten Vergleich einlegen?“, abrufbar unter: <http://www.googlebooksettlement.com/help/bin/answer.py?answer=118704&hl=de#q18a> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1178 Siehe oben 5. Kapitel, B.II.2.a)aa)(b).

fiziert.¹¹⁷⁹ Außerdem verpflichtet das ASA *Google* dazu, auch Dritten als „Reseller“ die Möglichkeit zu gewähren, Einzelzugänge zu Buchinhalten der *Google* Buchsuche im Rahmen des „Consumer Purchase“ zu verkaufen, wobei diese Wiederverkäufer den Großteil der auf *Google* entfallenden 37 % der Gesamteinnahmen erhalten sollen.¹¹⁸⁰ Schließlich wurde eine im GBS enthaltene und vom *U.S. Department of Justice* besonders kritisierte Regelung deutlich eingeschränkt, nach der die *Book Rights Registry* ermächtigt wurde, *Google* zukünftig den Ausbau des Buchsuche-Angebotes um nicht näher spezifizierte, zusätzliche kommerzielle Dienste zu genehmigen. Das ASA gestattet lediglich die zukünftige Entwicklung von drei ausdrücklich benannten zusätzlichen Einnahmemodellen: (1) Das Angebot eines „Print on Demand“-Dienstes, bei dem Käufer eine gedrucktes Exemplar eines Buches, das als „Not Commercially Available“ kategorisiert ist, erhalten;¹¹⁸¹ (2) das Angebot eines „File Download“, das heißt die Ermöglichung des vollständigen Herunterladens eines für den Käufer im Rahmen des „Consumer Purchase“ zugänglichen Buches in einem Format, das die Nutzung auf einem *e-Book*-Lesegerät, einem Mobiltelefon oder ähnlichen elektronischen Geräten ermöglicht;¹¹⁸² (3) das Angebot sogenannter „Consumer Subscription Models“, bei denen einzelne Nutzer ei-

1179 Siehe § 4.2(c) ASA. Das ASA gibt vor, dass der von *Google* entwickelte Preiscalgorithmus zur Berechnung des „Settlement Controlled Price“ so auszugestalten ist, dass dieser die Preise eines wettbewerberlichen Marktes simuliert und der Preis für ein Buch ohne Rücksicht auf Preisänderungen bei anderen Büchern zu bestimmen ist. Die Preise werden also nicht mehr wie nach dem GBS für ähnliche Bücher automatisch einheitlich festgesetzt. Der aufgrund der neuen Berechnungsmethode bestimmte Preis für ein Buch wird zudem nur den Rechteinhabern des jeweiligen Buches offengelegt.

1180 Siehe § 4.5(b)(v)(2) ASA.

1181 Siehe § 4.7(a) ASA. Die Tatsache, dass ein Buch, welches zuvor nicht kommerziell verfügbar war, in diesem Fall im Wege des „Print on Demand“ kommerziell verfügbar gemacht wird, soll nach dieser Regelung keinen Einfluss auf dessen Kategorisierung als „Not Commercially Available“ haben.

1182 Siehe § 4.7(b) ASA. Diesen Service plant *Google* im Rahmen des Anfang 2010 unter dem Namen *Google Editions* angekündigten Dienstes anzubieten, der im Dezember 2010 unter dem Namen *Google eBooks* startete und derzeit nur gemeinfreie Werke und solche Werke umfasst, die mit Zustimmung von Verlagen angeboten werden. *Googles eBookstore* ist abrufbar unter: <http://books.google.com/ebooks> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]. Näher zur Funktionsweise von *Google eBooks*, siehe die Informationen von *Google*, „Getting started with Google eBooks“, abrufbar unter: <http://books.google.com/support/partner/bin/answer.py?hl=en&answer=167975> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

nen Zugang zur gesamten „*Institutional Subscription Database*“ oder Teilen davon erwerben können.¹¹⁸³ An allen diesen Modellen sollen die Rechteinhaber – wenn keine gegenteiligen Einzelvereinbarungen bestehen – nach demselben System beteiligt werden, das im ASA für den „*Consumer Purchase*“ beziehungsweise die „*Institutional Subscriptions*“ festgeschrieben ist.¹¹⁸⁴ Die Befugnisse der BRR wurden zudem im Hinblick auf *Orphan Works* beschränkt. Nach dem ASA wird eine unabhängige Treuhandstelle, die sogenannte *Unclaimed Works Fiduciary* (UWF), eingerichtet, die mit zahlreichen Befugnissen ausgestattet ist, um stellvertretend für die nicht identifizierten Rechteinhaber zu handeln, insbesondere um die aus der Verwertung von *Orphan Works* erzielten Einnahmen treuhänderisch für deren Rechteinhaber zu verwalten und zu verteilen.¹¹⁸⁵ Nicht beanspruchte Einnahmen sollen von der UWF für die Auszahlung an Rechteinhaber mindestens fünf Jahre vorgehalten werden, bevor sie zu anderen Zwecken, insbesondere für die Lokalisierung von Rechteinhabern, aufgewendet werden können.¹¹⁸⁶ Den Bedenken des *Department of Justice* trägt schließlich noch eine weitere Regelung Rechnung, die eine wesentliche Änderung gegenüber dem GBS darstellt: Nach § 17 des *Attachment L* zum ASA wird durch die gerichtliche Anerkennung des Vergleichs ausdrücklich nicht eine kartellrechtliche Verantwortung der beteiligten Parteien ausgeschlossen. Ohne eine derartige Regelung könnten sich die Vergleichsparteien möglicherweise darauf berufen, nach der sogenannten *Noerr-Pennington*-Doktrin¹¹⁸⁷ von einer solchen Haftung befreit zu sein.¹¹⁸⁸ Nach dieser Doktrin kann grundsätzlich auf Grundlage einer Vereinbarung, die mit Zustimmung einer Regierungsstelle oder eines Gerichts geschlossen wurde, kein späteres kartellrechtliches Verfahren angestrengt werden.¹¹⁸⁹ Durch den „*Noerr-Pennington*-Ausschluss“ in § 17 *Attach-*

1183 Siehe § 4.7(c) ASA.

1184 Siehe § 4.7 ASA.

1185 Siehe § 6.2(b)(iii) ASA.

1186 Vgl. § 6.3(a)(i) ASA.

1187 Die Doktrin ist benannt nach zwei Urteilen des *U.S. Supreme Court* aus den 1960er Jahren, *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) und *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

1188 Vgl. *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 387, 407 ff. (2009).

1189 Vgl. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 508 U.S. 49 (1991); *Holmes*, Antitrust Law, § 8:8; ausführlich *Schmidt*, *Noerr-Pennington Doctrine*, S. 5 f., 31 ff., 77 ff. m.w.N.

ment *L* bleibt für das *U.S. Department of Justice* die Möglichkeit gewahrt, im Falle einer Genehmigung des Vergleichs die Entwicklung der *Google* Buchsuche zu beobachten und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund kartellrechtlicher Bedenken gegen die Preispolitik oder gegen eine Monopolbildung einzuschreiten.¹¹⁹⁰

(2) Kritik am ASA

Trotz der genannten Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Vergleichsvorschlag stieß auch das ASA weiterhin auf Kritik. Insbesondere internationale Rechteinhaber kritisierten die neue, engere Definition der „Books“ und somit der Vergleichsteilnehmer als ungeeignet und unzureichend. Zum einen sei die Anknüpfung an die Registrierung eines Werkes beim *U.S. Copyright Office* zur effektiven Begrenzung der „Settlement Class“ ungeeignet, da es für Rechteinhaber kaum möglich sei festzustellen, ob ihre Werke vom Vergleich erfasst würden. Informationen über eine solche Registrierung lägen den Rechteinhabern oftmals nicht mehr vor und seien nur unter erheblichem Kosten- und Zeitaufwand zu beschaffen.¹¹⁹¹ Tatsächlich sind die Registrierungsdaten aus der Zeit vor 1978 nicht einmal in einer Online-Datenbank, sondern nur in einem etwa 45 Millionen Einträge umfassenden Karteikastensystem des *U.S. Copyright*

1190 Vgl. *Band*, A Guide for the Perplexed III, S. 11; *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 407 ff. (2009).

1191 Siehe *Börsenverein des Deutschen Buchhandels*, *Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband*, *Hauptverband des Österreichischen Buchhandels*, *Associazione Italiana Editori*, and the *New Zealand Society of Authors*, Letter of Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 868, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 5 ff.; *Japan P.E.N. Club*, Amicus Curiae Brief in Opposition to Amended Settlement Agreement, Doc. 848, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 4; *Syndicat National de l'Édition*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 836, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 3 f.; *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 3 ff.

Office verfügbar.¹¹⁹² Eine Auskunft kann daher nur durch eigene Suche in den Archiven des *Copyright Office* oder im Wege eines Suchauftrages beim *Copyright Office* erlangt werden, für den nicht unerhebliche Kosten anfallen.¹¹⁹³ Zudem würde durch ein solches Erfordernis die Möglichkeit einer kollektiven Wahrnehmung der Rechte durch Verwertungsgesellschaften erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht.¹¹⁹⁴ Auch das zweite Kriterium zur Eingrenzung der vom ASA erfassten Werke – die Beschränkung auf Werke, die in den USA, Kanada, Australien und dem Vereinigten Königreich veröffentlicht wurden – wurde als willkürlich und ungeeignet kritisiert.¹¹⁹⁵ Tatsächlich erscheint dieses Kriterium zum einen willkürlich, da nicht ersichtlich ist, weshalb gerade die Veröffentlichung in einem dieser Länder über die Teilnahme am Buchsuche-Vergleich entscheiden soll. Zum anderen ist das Kriterium – wie gezeigt – mangels näherer Angaben zu den Voraussetzungen einer „Veröffentlichung“ im Sinne der Definition des „Book“ in § 1.19 ASA wenig hilfreich zur Begrenzung der Gruppe der vom Vergleich Betroffenen. Zudem ist davon auszugehen, dass bei einer weiten Auslegung des Kriteriums im Sinne einer reinen Betrachtung anhand der in einem Werk angeführten Verlagsorte¹¹⁹⁶ in Zeiten global agierender Verlage tatsächlich eine Vielzahl von Werken

1192 Vgl. die Informationen des *U.S. Copyright Office* unter: <http://www.copyright.gov/records/> und die Informationsschrift „The Copyright Card Catalog and the Online Files of the Copyright Office“, abrufbar unter: <http://www.copyright.gov/circs/circ23.pdf> [jeweils zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1193 Siehe „Obtaining Access to and Copies of Copyright Office Records and Deposits“, abrufbar unter: <http://www.copyright.gov/circs/circ06.pdf>; nach der Gebührenauskunft des *Copyright Office* entstehen für eine entsprechende Suche Kosten von 165 US-Dollar pro Arbeitsstunde, d.h. pro Buch ca. Gebühren in Höhe von 115 US-Dollar, zuzüglich etwaiger Gebühren für Kopien des Registerintrags o.ä.; siehe „Copyright Office Fees“, S. 2 f., abrufbar unter: <http://www.copyright.gov/circs/circ04.pdf> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1194 Siehe *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Associazione Italiana Editori, and the New Zealand Society of Authors*, Letter of Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 868, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 8 ff.; *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 2 f.

1195 Siehe *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 4 f.

1196 Siehe oben 5. Kapitel, B.II.2.a)bb)(a).

vom ASA erfasst werden, selbst wenn sie keinesfalls für einen der genannten englischsprachigen Märkte konzipiert sind.¹¹⁹⁷ Auch unter weiteren Gesichtspunkten wurde das ASA schließlich von internationalen Rechteinhabern und Rechteinhabervereinigungen kritisiert. Der Vergleichsvertrag verstoße weiterhin gegen internationales Recht¹¹⁹⁸ und benachteilige ausländische Rechteinhaber. Eine Benachteiligung liege zum einen darin, dass das ASA nicht in anderen Sprachen als Englisch zur Verfügung gestellt würde, wodurch eine umfassende Überprüfung möglicher Folgen für Rechteinhaber aus nicht-englischsprachigen Ländern mit erheblichem Aufwand verbunden sei.¹¹⁹⁹ Zum anderen seien die ausländischen Rechteinhaber nicht ausreichend über ihre Möglichkeiten zur Teilnahme am ASA und zum Ausstieg aus dem Vergleich informiert worden.¹²⁰⁰ Schließlich würden Rechteinhaber aus anderen als den in § 1.19 ASA genannten Ländern (USA, Kanada, Australien und Vereinigtes Königreich) benachteiligt, da sie nicht im *Board of Directors* der *Book Rights Registry* repräsentiert seien, obwohl ihre Werke vielfach dem ASA unter-

1197 So könnte – wie gezeigt (siehe oben S. 260 f.) – etwa auch ein in deutscher Sprache verfasstes Lehrbuch zum deutschen Urheberrechtsgesetz vom Vergleich erfasst werden, obwohl dessen Veröffentlichung offensichtlich auf den deutschen Markt abzielt.

1198 Vgl. *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Associazione Italiana Editori, and the New Zealand Society of Authors*, Letter of Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 868, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 10 ff.

1199 Vgl. *Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband, Hauptverband des Österreichischen Buchhandels, Associazione Italiana Editori, and the New Zealand Society of Authors*, Letter of Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 868, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 22; *Japan P.E.N. Club*, Amicus Curiae Brief in Opposition to Amended Settlement Agreement, Doc. 848, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 4; *Syndicat National de l'Édition*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 836, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 8; *VG Wort*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 857, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 6.

1200 Vgl. *Japan P.E.N. Club*, Amicus Curiae Brief in Opposition to Amended Settlement Agreement, Doc. 848, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 4.

fielen.¹²⁰¹ Aus allen diesen Gründen wurde im Ergebnis von sämtlichen internationalen Rechteinhabern, die sich zum ASA geäußert haben, die Ablehnung des Vergleichsvorschlags durch das zuständige Gericht gefordert.

Von Betroffenen in den USA wird der Vergleich ebenso kritisiert. Insbesondere das Vorgehen im Wege einer *Class Action* wird vielfach weiterhin als ungeeignet oder gar unzulässig angesehen. Im Hinblick auf US-amerikanische Rechteinhaber sei keine Einschränkung der *Class* erfolgt. Weiterhin sei die *Class* daher zu weit gefasst und durch die namentlich genannten Kläger nicht angemessen repräsentiert.¹²⁰²

Auch die kartell- und wettbewerbsrechtlichen Bedenken konnten durch die im Rahmen des ASA vorgenommenen Änderungen und den „*Noerr-Pennington*-Ausschluss“ in § 17 *Attachment L* nicht vollständig ausgeräumt werden. Weiterhin kritisiert werden insbesondere die Festlegung des „*Settlement Controlled Pricing*“ durch *Google*¹²⁰³ und die Gefahr eines durch das ASA erzeugten *de facto*-Monopols von *Google* in Bezug auf die kommerzielle Verwertung von *Orphan Works*, da nur *Google* durch den Vergleich in die Lage versetzt würde, diese rechtssicher zu nutzen.¹²⁰⁴

Trotz einiger Änderungen gegenüber dem GBS ist das ASA – wie gezeigt – erheblichen Zweifeln ausgesetzt. Aus den dargestellten Gründen ist es letztlich nicht überraschend, dass sich auch das zuständige Gericht der

1201 Vgl. *Syndicat National de l'Édition*, Objection to Amended Settlement Agreement, Doc. 836, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 8.

1202 Vgl. *Samuelson*, 53 No. 7 Comm. ACM 32, 33 (2010).

1203 Vgl. *Amazon.com, Inc.*, Objection to Proposed Amended Settlement, Doc. 823, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 27, 2010), S. 10 ff.; *AT&T Corp.*, Objections to Class Action Settlement, Doc. 863, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 13 ff.; *Open Book Alliance*, Supplemental Memorandum of Amicus Curiae, Doc. 840, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 6 ff.; *Wang*, Antitrust Analysis of the GBS, S. 14 ff.

1204 Vgl. *AT&T Corp.*, Objections to Class Action Settlement, Doc. 863, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 17 ff.; *Microsoft Corp.*, Objections to Proposed Amended Settlement, Doc. 874, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 15 ff.; *Open Book Alliance*, Supplemental Memorandum of Amicus Curiae, Doc. 840, *Authors Guild et al. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Jan. 28, 2010), S. 8 f.; *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 402 ff. (2009);.

zahlreichen und vielstimmigen Kritik an den Vergleichsvorschlägen angeschlossen und dem ASA die Genehmigung versagt hat. Die in einem erneut überarbeiteten Vergleichsvorschlag vorgenommenen Änderungen dürfen daher mit Spannung erwartet werden. Zu beachten ist jedoch auch, dass selbst im Falle der Genehmigung eines Vergleichs durch das zuständige Gericht keine völlig umfassende Regelung der *Google* Buchsuche erfolgt. Nicht ausgeschlossen ist einerseits weiterhin ein klageweises Vorgehen solcher Rechteinhaber, die nicht vom Vergleich erfasst werden, andererseits ein Vorgehen aufgrund kartell- oder wettbewerbsrechtlicher Bedenken, die sich durch den Betrieb der Buchsuche und der *Book Rights Registry* bestätigen oder neu ergeben.

b) Unterschiede zu einer (möglichen) Fair Use-Entscheidung

Die *Fair Use*-Analyse der *Google* Buchsuche hat gezeigt, dass sich der Ausgang des von der *Authors Guild* und der *Association of American Publishers* gegen *Google* beim *U.S. District Court for the Southern District of New York* angestrebten Gerichtsverfahrens kaum sicher vorhersagen ließ.¹²⁰⁵ Die Parteien haben sich (daher) schließlich auf einen Vergleich geeinigt. Dieser ist jedoch – wie gezeigt – in vielerlei Hinsicht durchaus problematisch und entfaltet insbesondere durch die weite Definition der *Class* und die Besonderheiten des *Class Action*-Verfahrens sehr weitreichende Wirkungen. Der Vergleichsvorschlag geht zudem inhaltlich deutlich über die Beantwortung der Fragen hinaus, die Gegenstand einer Entscheidung des zuständigen Gerichts im dargestellten Prozess gewesen wären.

Hätte das angerufene Gericht im streitigen Verfahren die Werknutzung durch *Google* im Rahmen der Buchsuche nicht als *Fair Use* angesehen, so wäre dies möglicherweise das Ende des gesamten Projekts „*Google* Buchsuche“ gewesen. Jedenfalls hätte *Google* im Falle einer solchen Entscheidung seinen Dienst für den weiteren Betrieb ganz erheblich modifizieren müssen. Selbst bei einer *Fair Use*-Entscheidung zugunsten von *Google*

1205 Siehe oben 5. Kapitel, B.II.1.g).

wäre jedoch lediglich – erstinstanzlich¹²⁰⁶ – geklärt gewesen, dass die *Google* Buchsuche in der Streitgegenständlichen, vor dem Vergleich bestehenden Form mit dem US-amerikanischen Urheberrecht vereinbar ist. Nur die Streitgegenständlichen Nutzungsformen hätte *Google* folglich rechtssicher weiterführen können. Durch den Vergleich werden hingegen die Möglichkeiten von *Google* deutlich erweitert und zudem zusätzliche, zukünftige Sachverhalte umfassend geregelt. *Google* könnte somit im Ergebnis durch den Vergleich deutlich besser darstehen, als im Falle einer *Fair Use*-Entscheidung im Gerichtsverfahren. Inwieweit sich die Rechtslage nach dem Vergleich im Einzelnen von der rechtlichen Situation unterscheidet, die bestanden hätte, wenn kein Vergleich geschlossen worden und stattdessen von einem Gericht eine *Fair Use*-Entscheidung zugunsten von *Google* ergangen wäre, soll im Folgenden kurz dargestellt werden. Dieser Vergleich erfordert dabei einen Blick auf mehr als die reinen Rechte und Freiheiten für *Google*, die eine *Fair Use*-Entscheidung erzeugt hätte. Es erscheint vielmehr sinnvoll zu überlegen, welche Auswirkungen eine solche Entscheidung auf die Verhandlungsposition von Rechteinhabern, *Google* und auch Konkurrenzunternehmen in Bezug auf die weitere Ausgestaltung der *Google* Buchsuche oder ähnlicher Projekte gehabt hätte.

Eine *Fair Use*-Entscheidung zugunsten von *Google* hätte *Google* in die Lage versetzt, die Buchsuche in ihrer bisherigen Ausgestaltung weiterzuführen, das heißt weiterhin Bücher ohne Zustimmung der Rechteinhaber zu digitalisieren, in die Buchsuche-Datenbank aufzunehmen, für eine Volltextsuche zugänglich zu machen und einzelne kurze Ausschnitte der Werke auf die Suchanfragen der Nutzer hin anzuzeigen. Jede weiterreichende Nutzung wäre hingegen nicht von der Gerichtsentscheidung erfasst worden, so dass etwa eine Ausweitung der Vorschauansichten oder deren Ergänzung um neue Verwertungsformen ohne Zustimmung der Rechteinhaber nicht möglich beziehungsweise mit dem Risiko erneuter Gerichtsverfahren behaftet gewesen wäre. Die *Fair Use*-Entscheidung hätte somit zur Vermeidung weiterer kostenintensiver Auseinandersetzungen aufgrund dieser Bindungswirkung die Ausgestaltung der *Google* Buchsuche

1206 Aufgrund der mit der *Google* Buchsuche verbundenen erheblichen finanziellen Interessen sowohl auf Seiten von *Google* als auch auf der Seite der Gegner und aufgrund der Bedeutung des Dienstes für die Allgemeinheit, erscheint es äußerst wahrscheinlich, dass – je nach Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts – die unterliegende Partei in Berufung gegangen wäre.

voraussichtlich gewissermaßen im *status quo* des Urteilszeitpunkts „eingefroren“. Für die vom Gericht als *Fair Use* anerkannten Nutzungsformen hätte *Google* jedoch weder für die Vergangenheit noch in Zukunft eine Vergütung an die Rechteinhaber zahlen müssen.¹²⁰⁷

Diese durch ein *Fair Use*-Urteil gezogenen relativ engen Grenzen der Werknutzung sprengt der von den Parteien geschlossene Vergleich. Das ASA erlaubt *Google* in erheblichem Maße solche Nutzungen, die über die *Fair Use*-Entscheidung hinausgehen. Der Vergleich ermöglicht *Google* insbesondere die umfassende Nutzung verwaister und vergriffener Werke. So überschreiten etwa die im ASA enthaltenen Regelungen zu Buchvorschauen den zunächst streitgegenständlichen *Snippet*-Umfang deutlich. Im Rahmen der „Standardvorschau“ für urheberrechtlich noch geschützte verwaiste und vergriffene Werke werden bis zu 20 % eines Buches angezeigt, wobei auch längere Abschnitte zusammenhängend dargestellt werden. Zusätzlich werden *Google* durch das ASA zahlreiche Optionen zur kommerziellen Nutzung fremder Werke eingeräumt. Im Rahmen kostenpflichtiger Abonnements kann Einzelnutzern oder institutionellen Nutzern der Zugang zum Volltext vieler verwaister und vergriffener Werke gewährt werden. Diese Werke darf *Google* nach dem ASA zudem durch weitere zukünftige Einnahmemodelle noch umfassender kommerziell verwerten. Von diesen durch das ASA eingeräumten umfassenden Nutzungsmöglichkeiten profitiert jedoch nicht ausschließlich *Google*. Der Buchsuche-Vergleich bringt auch einen erheblichen Nutzen für die Allgemeinheit, da Nutzern in einem deutlich größeren Umfang der Zugang zu sonst oftmals kaum zugänglichen vergriffenen Werken und *Orphan Works* ermöglicht wird als dies im Falle einer *Fair Use*-Entscheidung denkbar gewesen wäre.¹²⁰⁸

Neben dieser inhaltlichen Ausgestaltung der *Google* Buchsuche enthält der Buchsuche-Vergleich jedoch weitere Bestimmungen, die den wesentlichsten Unterschied zu einer *Fair Use*-Entscheidung erzeugen: Durch das ASA wird der *Google* Buchsuche ein institutioneller Rahmen gegeben, der das Verhältnis von *Google* zu den vom Vergleich erfassten Rechteinhabern umfassend regeln und zukünftige Probleme vermeiden und gegebenenfalls lösen soll. Zur Verwaltung von Rechten und Einnahmen wird von

1207 Zum „Alles oder Nichts“ als Rechtsfolge des *Fair Use* siehe oben 2. Kapitel, C.I.3.

1208 Vgl. *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 70 f. (2010); *Travis*, 11 Yale J.L. & Tech. 209, 215 (2009).

den Parteien eine eigene Institution, die *Book Rights Registry*, mit weitreichenden Befugnissen geschaffen. Durch den Vergleich werden zudem konkrete Mechanismen und Formalia für den Umgang von *Google* und Rechteinhabern mit urheberrechtlich geschützten Werken festgelegt, zum Beispiel konkrete Regelungen zum vollständigen *Opt Out* oder zur Änderung der Präferenzen eines Rechteinhabers etwa im Hinblick auf den Verfügbarkeitsstatus eines Werkes. Durch diese Institutionalisierung sollen letztlich alle diejenigen Transaktionen, die zwar auch im Falle einer *Fair Use*-Entscheidung grundsätzlich denkbar gewesen wären, jedoch nur durch kostspielige Verhandlungen im Einzelfall hätten ermöglicht werden können, durch die Etablierung konkreter Rahmenbedingungen kostengünstiger ausgestaltet werden.¹²⁰⁹

Einen weiteren ganz entscheidenden Unterschied gegenüber einer *Fair Use*-Entscheidung und den für *Google* möglicherweise tatsächlich maßgeblichen Beweggrund für die Beendigung des Rechtsstreits im Wege eines Vergleichs stellt schließlich die Reichweite seiner rechtlichen Bindungswirkung dar. Nur für die Parteien des Rechtsstreits sind die Regelungen des Vergleichs bindend. Berechtigt und verpflichtet sind folglich einerseits *Google* und andererseits die Kläger. Durch die Besonderheiten der *Class Action*-Klage werden jedoch auf Klägerseite neben den namentlich auftretenden Klägern sämtliche *Class Members*, die nicht von ihrer *Opt Out*-Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, von der Bindungswirkung des Vergleichs erfasst.¹²¹⁰ Das Rechtsverhältnis zwischen *Google* und sämtlichen Mitgliedern der Vergleichsgruppe ist somit verbindlich geklärt. Daraus folgt, dass *Google* zwar einerseits gegenüber allen Mitgliedern der *Class* zur Einhaltung der im ASA festgelegten Vorgaben und Standards verpflichtet ist, insbesondere also den dort genannten Zahlungsverpflichtungen für die Nutzung nachkommen muss. Andererseits gibt das ASA *Google* im Verhältnis zu allen vom Vergleich erfassten Rechteinhabern die (Rechts-) Sicherheit, sämtliche im Vergleich vorgesehenen Formen der Werknutzung – insbesondere die intensive kommerzielle Nutzung verwaister und vergriffener Werke – fortsetzen oder künftig aufnehmen zu können, ohne diesbezüglich der Gefahr weiterer (kostspieliger) Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt zu sein. Eine Verhandlung mit Rechteinhabern über die Erteilung entsprechender Lizenzen ist für *Google* folglich nicht

1209 Vgl. *Sag*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 69 f. (2010).

1210 Vgl. oben Fn. 1029 und zugehörigen Text.

mehr erforderlich. Für die Rechteinhaber wird dadurch die Verwertung ihrer Werke einerseits erleichtert, da ihnen ohne jeglichen eigenen Aufwand neue Einnahmemöglichkeiten entstehen. Zugleich wird die Verhandlungsposition für den Abschluss individueller, möglicherweise vorteilhafterer oder restriktiverer Lizenzen für solche Rechteinhaber durch den Vergleich stark verschlechtert, die lieber eigenverantwortlich ihre Werke verwerten würden, jedoch entweder unwissentlich durch den Vergleich gebunden sind oder aber von einem *Opt Out* Gebrauch gemacht haben. Keine Bindungswirkung entfaltet der Vergleich hingegen für unbeteiligte Dritte – und somit auch insbesondere nicht für mögliche Konkurrenten von *Google*, die am Aufbau vergleichbarer Datenbanken, Suchmaschinen oder Abonnementdienste interessiert sein könnten. Dritte können zwar ebenfalls in gewissem Umfang von den durch das ASA geschaffenen Bedingungen und neuen Institutionen profitieren, sie erhalten jedoch nicht dieselbe rechtliche Sicherheit wie *Google*, da Rechteinhaber weiterhin Klagen gegen sie anstrengen könnten. Im Falle eines *Fair Use*-Urteils wäre hingegen vom Gericht allgemein die Rechtmäßigkeit der Werknutzung im Rahmen der *Google* Buchsuche geklärt worden, so dass auch für Wettbewerber klar gewesen wäre, in welchen Grenzen ein Einstieg in das Geschäft mit der Buchsuche ohne rechtliches Risiko möglich wäre.¹²¹¹ Die Begründung derartiger allgemeingültiger *Fair Use*-Prinzipien und somit letztlich die Fortentwicklung des Urheberrechts in Bezug auf die Ermöglichung neuartiger Nutzungsformen wird folglich durch den Buchsuche-Vergleich gerade nicht erreicht, beziehungsweise – aus *Googles* Sicht – vermieden.¹²¹²

C. Zusammenfassung für das US-amerikanische Copyright

Die Untersuchung der urheberrechtlichen Zulässigkeit der Verwendung von *Thumbnails* durch Bildersuchmaschinen nach US-amerikanischem Recht hat gezeigt, dass sich diese Art der Werknutzung – anders als nach deutschem Urheberrecht – durch die flexible *Fair Use*-Doktrin legitimieren lässt. Auch wenn keine höchstrichterlichen Entscheidungen zu dieser

1211 Vgl. *Grimmelmann*, 12 No. 10 J. Internet L. 1, 12 (2009): „*Google would have opened the book search business to anyone if it prevailed on the fair use issue.*“.

1212 Vgl. *Picker*, 5 J. Competition L. & Econ. 383, 385 (2009); *Samuelson*, 52 No. 7 Comm. ACM 28, 30 (2009).