

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).

Frage vorliegen, kann die Frage der Rechtmäßigkeit der *Thumbnail*-Nutzung in den USA als geklärt gelten. Den wesentlichen Aspekt aller *Thumbnail*-Entscheidungen stellte die Frage des *transformative use* dar. Anders als in vorherigen Urteilen wurde im Ergebnis trotz der Anfertigung einer identischen (verkleinerten) Kopie des Originalwerkes allein aufgrund eines unterschiedlichen Verwendungszwecks – ästhetische und unterhaltende Zwecke des Originalwerkes einerseits und eine rein funktionale Verwendung der *Thumbnails* als „Wegweiser“ zu Online-Inhalten andererseits – eine transformative Nutzung bejaht. Diese war letztlich in allen Urteilen entscheidend für die Bejahung des *Fair Use*, da aufgrund des hohen Grades der Transformativität den weiteren *Fair Use*-Faktoren geringere Bedeutung beigemessen wurde und insbesondere negative Auswirkungen auf den Markt für das Originalwerk verneint wurden. Dabei hat der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* sowohl die Nutzung solcher Bilder behandelt, die vom Urheber selbst, beziehungsweise mit dessen Zustimmung, im Internet veröffentlicht wurden, als auch die – nach deutschem Recht nicht zu legitimierende¹²¹³ – Konstellation der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte, in der die Werke ohne Zustimmung des Urhebers von Dritten im Internet zur Verfügung gestellt wurden. Insgesamt zeigt die Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit der *Thumbnail*-Nutzung deutlich die Flexibilitätsvorteile der *Fair Use*-Doktrin aufgrund der von der Rechtsprechung vorzunehmenden Einzelfallbetrachtung und Gewichtung der verschiedenen Faktoren. Diese ermöglichen eine interessengerechte Lösung urheberrechtlicher Konfliktfälle, die auf neuartigen Geschäftsmodellen beruhen.

Nicht gerichtlich geklärt ist in den USA hingegen die urheberrechtliche Zulässigkeit der Verwendung fremder Werke im Rahmen der *Google* Buchsuche. Zwar war der *District Court for the Southern District of New York* in dieser Sache mit Klagen gegen *Google* befasst, doch kam es bisher nicht zu einer Gerichtsentscheidung, da sich die Parteien auf einen gerichtlichen Vergleich einigten (dessen Schicksal derzeit jedoch ungewiss ist). Dieser Vergleich war letztlich wohl ganz wesentlich auch eine Reaktion der Beteiligten auf den unsicheren Ausgang eines gerichtlichen Verfahrens. Wie die *Fair Use*-Analyse gezeigt hat, lassen sich sowohl für als auch gegen ein *Fair Use*-Urteil zugunsten von *Google* zahlreiche gewichtige Argumente und gerichtliche Präjudizien anführen, auch wenn im Er-

1213 Siehe näher oben 4. Kapitel, B.I.11.

gebnis einige Indizien eine Entscheidung zugunsten von *Google* naheliegender erscheinen lassen. Wesentlich könnte insofern sein, dass durch die *Google* Buchsuche jedenfalls der Hauptmarkt für die verwendeten Originalwerke nicht negativ, sondern durch die Steigerung der Bekanntheit und die Ermöglichung neuer und zusätzlicher Vermarktungsmöglichkeiten allenfalls positiv beeinflusst wird. Eine gegenteilige Entscheidung des Gerichts wäre jedoch auch keinesfalls ausgeschlossen gewesen. Die letztlich auch aufgrund der Unsicherheit erzielte Einigung regelt aber nicht nur den Streitgegenstand des Gerichtsverfahrens, sondern geht – wie gezeigt – inhaltlich weit über eine mögliche gerichtliche Entscheidung hinaus. Aus diesem Grund ist der Vergleich von vielen Seiten scharf kritisiert worden. Es droht insbesondere eine Benachteiligung ausländischer Urheber und Rechteinhaber und die Entstehung eines Monopols für die Verwertung verwaister und vergriffener Werke.

Ergebnis zu Teil 2 der Untersuchung – Vor- und Nachteile eines enumerativen Schranken kataloges und einer Generalklausel im digitalen Kontext

Die Untersuchung hat gezeigt, dass auf neuen Geschäftsmodellen basierende neuartige Formen der Werknutzung das deutsche Urheberrecht aufgrund seines wenig flexiblen Schranken kataloges vor erhebliche – oftmals unlösbare – (methodische) Probleme stellen. Selbst innovativen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke, die – wie Buch- und Bildersuchdienste – einen erheblichen Wert für die Allgemeinheit haben und die die eigene Werkverwertung durch den Urheber oder Lizenznehmer nicht beeinträchtigen oder diese sogar fördern, werden durch die fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen des starren und „trägen“, oftmals technologiespezifischen Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes immer wieder Grenzen gesetzt.¹²¹⁴ Das wenig flexible deutsche Urheberrecht droht so, den technischen Fortschritt einzuschränken.

Anders stellt sich die (Rechts-)Lage in den USA dar. Die Schrankengeneralklausel des *Fair Use* im US-amerikanischen Copyright Law ermöglicht – wie die Untersuchung der *Thumbnail*-Nutzung gezeigt hat¹²¹⁵ – einen flexiblen Umgang (auch) mit neuartigen Nutzungsformen. Anders als im deutschen Recht muss nicht versucht werden, eine innovative Form der Werknutzung unter den Wortlaut einer engen und detaillierten Schrankenregelung zu subsumieren, bei deren Schaffung der Gesetzgeber einen völlig anderen Stand der Technologie vor Augen hatte und zukünftige Entwicklungen zumeist noch nicht absehen konnte. Anhand eines offenen Kriterien kataloges ermöglicht die *Fair Use*-Doktrin den Gerichten eine flexible Handhabung neuer Sachverhalte unter Heranziehung gefestigter Rechtsprechung und Abwägung der beteiligten Interessen im Einzelfall und somit – unabhängig vom Stand der technischen Entwicklung im Zeitpunkt der Gesetzgebung – letztlich zumeist die Erzielung interessen- und einzelfallgerechter Ergebnisse.

1214 Siehe oben 4. Kapitel, B.III. und 4. Kapitel, C.IV.

1215 Siehe oben 5. Kapitel, B.I.4.