

Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten

Dan Wielsch

Die Aktivitäten von Online-Intermediären entfalten die Funktionalität des Mediums Internet in Spannung mit bestehenden Schutzrechten. Der Beitrag untersucht Erzeugung und Legitimation von urheberrechtlichen Regeln für die neuen Nutzungsformen. Anhand der Sammelklage im Fall „Google Book Search“ und der Entscheidung des BGH zu „Vorschaubildern“ wird gezeigt, welche Bedeutung dabei dem Instrument des „Opt-out“ zukommt. Als neue Entwicklung zeichnet sich eine medienspezifische Prozeduralisierung von Schutzrechten ab.

I. Einführung und These

Urheberrechtlich kommt Online-Intermediären unter Bedingungen digitaler Reproduzierbarkeit eine Schlüsselstellung zu. Zum einen ermöglichen sie häufig erst jene dezentralen Handlungen, die urheberrechtlich relevant sind: Indem sie Plattformen für die Kooperation von Autoren (Wikipedia) bereitstellen oder den Nutzer durch Suchdienste auf den zu reproduzierenden Inhalt lenken (Google Search). Zum anderen nutzen sie den im Rahmen ihrer Funktion bestehenden faktischen Zugang zu Werken aus, um eigene Projekte zu verfolgen (Google Book Search – GBS). Es handelt sich um globale Projekte der Erschließung, der Archivierung und der Erzeugung von Wissen in digitaler Form. Bereitgestellt werden diese globalen Wissensfunktionen von privaten Akteuren. Es sind nicht die Nationalstaaten, sondern die transnationale Dienstleistungen anbietenden Intermediäre des Internets, die sich dieser Aufgabe annehmen.

Im Folgenden wird die *These* begründet, dass solche Wissensfunktionen rechtlich durch Zugangsregeln der privaten Informationsintermediäre entstehen¹. Sie entscheiden über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in digitaler Form. Inhaltlich orientieren sich die Zugangsregeln an der jeweiligen Wissensfunktion der Nutzung und ihren medienspezifischen Besonderheiten. Rechtsqualität erlangen Zugangsregeln, wenn sie von nationalen Gerichten anerkannt werden. Nur dann können die Projekte die notwendige Rechtssicherheit und Reichweite gewinnen.

¹ Ausführlicher zu diesem Begriff für Nutzungsfreiheiten und deren Rechtfertigung vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 60ff.

II. Intermediärfunktionen als Herausforderung des Urheberrechts

Die operative Logik der Wissensfunktion von Online-Intermediären sprengt den Regelungsrahmen der staatlichen Urheberrechtsordnungen in zweifacher Hinsicht: Zum einen wird das Werk den neuartigen Nutzungsformen der Netzwerkkommunikation unterworfen, zum anderen greifen diese Nutzungsformen über den Geltungsbereich des nationalen Urheberrechts hinaus.

Weniger problematisch sind Fälle, in denen das Werk im Rahmen der netzwerkförmigen Kommunikation erst geschaffen wird. Der Schritt heraus aus den Grenzen eines Urheberrechts, das territorial begrenzt und inhaltlich auf den Einzelurheber als Leitbild verengt ist, gelingt mit Hilfe des Grundsatzes der Privatautonomie, dessen Geltung in den unterschiedlichen Rechtsordnungen verankert ist. Wird das Werk unter einer open access-Lizenz veröffentlicht, räumt der Rechtsinhaber den Nutzern jene Freiheiten ein, die für eine kooperative Nutzung im Netzwerk benötigt werden. So sorgt etwa Wikipedia als Intermediär für eine dezentrale Lizenzeinräumung unter den Nutzern. Die Erweiterung der Nutzerbefugnisse über die in der staatlichen Rechtsordnung vorgesehenen hinaus geschieht hier mit Zustimmung des Rechtsinhabers. Die individuelle Zustimmung legitimiert die Zugangsregeln des Projekts.

Intermediäre erzeugen aber auch Bedingungen für die Nutzung von Werken, die bei deren Veröffentlichung nicht bekannt waren. Der naheliegende Weg, die Rechtsinhaber in diesen Fällen um eine Erlaubnis für die neuartige Nutzung zu ersuchen, stößt jedoch in Fällen einer

--- GRUR 2011, S. 666 ---

großen Anzahl verstreuter Rechtsinhaber auf faktische Schwierigkeiten. So können die Transaktionskosten, die der Intermediär für die Ermittlung von einzelnen Betroffenen aufwenden muss, so hoch sein, dass die Wirtschaftlichkeit des Nutzungsvorhabens in Frage steht. Sofern das Projekt gerade auf die Erzeugung von Netzwerkeffekten (Kooperationsrenten) angewiesen ist, würde sich die erforderliche kritische Masse von Teilnehmern bei einem individuellen Opt-in nur schwer erreichen lassen.

Das Erfordernis der individuellen Billigung lässt sich auch nicht unter Rückgriff auf den Gedanken einer Kollektivierung der Rechtsposition durch die Bindung an einen gemeinsamen Zweck ersetzen: Eine solche Bindung käme von vornherein nur dort in Betracht, wo die Funktion des Intermediärs in der Ermöglichung einer gewissen Form des Zusammenwirkens der Rechtsinhaber besteht wie bei Wikipedia, nicht aber in Fällen, in denen erst der Intermediär einen

Zusammenhang zwischen verschiedenen Werken herstellt. Selbst bei Wikipedia fehlt es aber an der (konkludenten) Vereinbarung eines gemeinsamen Zwecks zwischen den anonym und unabhängig voneinander agierenden Autoren. Die einzelnen Urheber erzeugen nichts als eine Vielzahl von Bearbeitungen (§ 3 UrhG) oder Werkverbindungen (§ 9 UrhG)². Die vor der 2009 erfolgte Relizenzierung aller Wikipedia-Beiträge unter einer Creative Commons-Lizenz durchgeführte Online-Abstimmung unter den Nutzern stellt somit lediglich die Erhebung eines Meinungsbildes unter den betroffenen Urhebern dar, nicht aber eine rechtlich verbindliche Beschlussfassung. Rechtserheblich war vielmehr die Neuveröffentlichung der Beiträge durch die Wikimedia Foundation als Plattformbetreiber, die sich dabei auf die von der FSF zuvor geänderte Version der GFDL stützte³.

Mit der Zustimmung der einzelnen Rechtsinhaber fehlt folglich das zentrale Element der Legitimation für das Handeln der Intermediäre. Die für die neuartige Nutzung der Werke entworfenen Zugangsregeln scheinen nicht gerechtfertigt werden zu können. Dieses Ergebnis setzt indessen voraus, dass die neuartige Nutzung tatsächlich durch ein urheberrechtliches Verbotsschutz und damit durch eine „property rule“ geschützt ist. Das entspräche der „Eigentumslogik“ im Urheberrecht⁴, nach der neue Nutzungsformen eines Werkes automatisch der Selektionsautorität des Rechtsinhabers unterworfen werden. Das ist bei der Intermediärfunktionen aber nicht zwangsläufig der Fall: Unter bestimmten Umständen erkennt das staatliche Recht private Zugangsregeln an, indem es dem Urheber ein Verbotsschutz bezüglich der neuartigen Nutzungen versagt.

III. Intermediäre Wissensfunktion: globale digitale Bibliothek

1. Google Book Search: Projekt und Prozess

Mit dem Projekt GBS verfolgt Google das Ziel, eine umfassende digitale Bibliothek von bisher nur analog vorhandenen Büchern zu erstellen und über das Internet zugänglich zu machen. Geplant ist das Einscannen (Retrodigitalisierung) von circa 15 Mio. Werken. Zudem soll ein umfassender Katalog aller Bücher der Welt in allen Sprachen erstellt werden. Im Rahmen des so genannten „Partnerprogramms“ arbeitet Google mit Verlagen zusammen und lässt sich von diesen Lizenzen über die online-Nutzung lieferbarer Bücher einräumen. Im Rahmen des hier interessierenden so genannten „Bibliotheksprogramms“ hat Google durch Kooperation mit

² Vgl. *Klängeblat*, in: *Große Ruse-Khan* et al. (Hrsg.), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des PrivatR*, 2010, S. 43 (51f. und 58), sowie *Wielsch*, *JIPITEC* 1 (2010), 96 (103f).

³ Ausf. zum Lizenzwechsel bei Wikipedia s. *Wielsch*, *JIPITEC* 1 (2010), 96ff.

⁴ Vgl. *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation*, 2001, S. 51 (70f.).

großen amerikanischen und ausländischen Bibliotheken zahlreiche gemeinfreie Werke eingescannt, daneben aber auch solche, die zwar noch urheberrechtlich geschützt sind, deren Rechtsinhaber für die Zustimmung zu einer Nutzung aber nicht identifizierbar oder lokalisierbar sind (sog. „orphan works“) – eines der Folgeprobleme der langen Dauer des Urheberrechts.

Die gerichtliche Auseinandersetzung um GBS konzentriert sich auf eine von der Authors' Guild, der Association of American Publishers und einigen individuellen Klägern vor dem *U.S. District Court for the Southern District of New York* erhobenen Sammelklage („class action“), die allein die urheberrechtliche Zulässigkeit der Retrodigitalisierung und das Anzeigen kurzer Textauschnitte (sog. „snippets“) zum Gegenstand hatte⁵. Der Anwendungsbereich eines ersten Vergleichsvorschlags („settlement agreement“) ging jedoch in persönlicher wie sachlicher Hinsicht weit über den ursprünglichen Streitgegenstand hinaus⁶. Das überarbeitete „Amended Settlement Agreement“ (ASA) hätte Google unter anderem die digitale Vervielfältigung und Wiedergabe („display uses“) von analog vergriffenen Publikationen erlaubt⁷, es sei denn die betroffenen Rechtsinhaber widersprechen innerhalb einer bestimmten Frist („right to remove“)⁸. Als Gegenleistung für die im ASA eingeräumten Nutzungsbefugnisse hätte Google einmalig mindestens 60 US-Dollar pro digitalisiertem Werk gezahlt; zusätzlich sollten die Gesamteinnahmen aus dem GBS-Projekt in Höhe von 63% an die Rechtsinhaber verteilt werden⁹.

Würde es sich beim Inhalt des Vergleichs um eine gesetzliche Vorschrift handeln, erhielte Google so eine „statutory license“, nach deutschem Recht eine „gesetzliche“ Lizenz¹⁰. Da eine gesetzliche Regelung von orphan works jedoch trotz einiger Gesetzesinitiativen in den USA

⁵ Die Chronik der Auseinandersetzung braucht hier nicht erneut nachgezeichnet zu werden. Zur Prozessgeschichte etwa *Katzberger*, GRUR Int 2010, 563, und *Peukert*, UFITA 2010/II, 477ff.

⁶ Überblick bei *Bechtold*, GRUR 2010, 282 (284). Gegen die nur vorläufige gerichtliche Genehmigung des Settlement Agreement erhoben u.a. auch die deutsche und französische Regierung in amicus curiae-Schriftsätzen Einwände. Vgl. etwa Memorandum of Law in Opposition to the Settlement Proposal on Behalf of the Federal Republic of Germany, abrufbar über <http://docs.justia.com>.

⁷ Vgl. 3.3 (a) ASA i.V. mit 3.2 (a), (d) (ii): Die Beschränkung auf vergriffene Bücher folgt daraus, dass diese auch als Wiedergabebücher (Display Books) die einzige Art von Büchern ist, für die Google die Wiedergabenutzung gestattet ist; lieferbare Bücher (In-Print) sind dagegen Nicht-Wiedergabebücher (No Display Books), für die Google nur das Recht zu Nicht-Wiedergabenutzungen zusteht. Vgl. *Katzberger*, GRUR Int 2010, 563 (567).

⁸ Vgl. 3.5 (a) ASA. Neben der Verhinderung der Anfertigung einer digitalen Kopie des Buches bzw. deren Entfernung können die Rechtsinhaber auch selektiv einzelne Wiedergabenutzungen ausschließen („right to exclude“), vgl. 3.5 (b) ASA.

⁹ Vgl. 2.1 (b) und (a) ASA.

¹⁰ Zum Begriff der gesetzlichen Lizenz vgl. etwa *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl. (2008), Vorb. §§ 44aff. Rdnrn. 11 und 14.

bisher nicht existiert¹¹, handelt es sich vielmehr um eine nicht-exklusive quasi-vertragliche Lizenz, die kombiniert wird mit einem Recht zum Opt-out¹². Angesichts des Umstands,

--- GRUR 2011, S. 667 ---

dass neue Nutzungsarten im US-amerikanischen wie auch im deutschen Recht grundsätzlich dem Urheber zugewiesen werden¹³, würde die Regelung des ASA zur Änderung des Rechtsschutzes von einer „property rule“ in eine „liability rule“ führen¹⁴. Durch das Recht zum Opt-out wird diese Änderung freilich ihrerseits flexibilisiert, indem der Autor die Regel für die Digitalnutzung seines Werkes von der „liability rule“ in eine „property rule“ zurückstellen kann. Das zuständige *Gericht* hat das ASA in der vorliegenden Fassung jedoch nicht genehmigt¹⁵.

Im Vordergrund steht der Einwand, dass der Vergleich jenseits des ursprünglichen Streitgegenstands ein umfängliches Verwertungsregime für verwaiste Bücher schaffe, das wegen seines Eingriffs in Urheberrechte einer Regelung durch den Gesetzgeber vorbehalten sei, insbesondere weil es vom Erfordernis der Zustimmung zur Werknutzung entbinde¹⁶. Richtig ist, dass durch den GBS-Vergleich Nutzungsbefugnisse privatrechtlich weiter konstruiert werden, als das die Schranken des US-amerikanischen Urheberrechts vorsehen¹⁷. Es handelt sich um den bemerkenswerten Fall, dass nicht Rechtsinhaber den Kreis geschützter Nutzungsmöglichkeiten über den gesetzlichen Umfang des Schutzrechts hinaus vertraglich ausdehnen, sondern umgekehrt der Kreis freier Nutzungsmöglichkeiten zu Lasten der Rechtsinhaber weiter gezogen wird. Das wirft die Frage nach der Legitimität von privater Rechtssetzung mit Drittwirkung auf.

2. Rechtfertigung von privatautONOMEN Zugangsregeln im ASA

a) Legitimation im Privatrecht

Die Zustimmung der Betroffenen ist ein zentrales Element der Legitimitätsbildung unter Privaten. Die Diskussion um eine Materialisierung und Prozeduralisierung des Privatrechts hat

¹¹ Vgl. etwa Shawn Bently Orphan Works Act of 2008, S. 2913, 110th Cong., 2d Sess. (2008).

¹² Ausdr. statuiert 2.4 ASA, dass sämtliche Google im Prozessvergleich eingeräumten Befugnisse nicht exklusiver Art sind und die Rechtsinhaber nicht gehindert sind, die gleichen Nutzungen auch Dritten (etwa Wettbewerbern von Google) zu gestatten.

¹³ Zum deutschen UrheberR vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (o. Fußn. 10), § 11 Rdnr. 4 und § 15 Rdnr. 10. Im US-Recht ist die Rspr. uneinheitlich, durchaus repräsentativ aber etwa *Rey v. Lafferty*, 990 F.2d 1379, 1388 (1st Cir.).

¹⁴ Zur Unterscheidung zwischen property rules, liability rules und rules of inalienability grundl. *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L.Rev. 1089 (1972).

¹⁵ Vgl. *The Authors Guild et al v. Google Inc*, No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011). Eine erste Status-Konferenz zwischen den Parteien erbrachte keinen anderen Vergleichsvorschlag (Std. 21. 6. 2011).

¹⁶ Vgl. *The Authors Guild et al v. Google Inc*, No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), S. 22f. und 30ff. Detaillierte Kritik bei *Samuelson*, *Wisconsin Law Review*, 477, 549-558 (2011).

¹⁷ Vgl. *Samuelson*, *Wisconsin Law Review*, 477 (551f.) („Approval of the settlement would give Google a positive benefit that would vastly exceed the relief to which it would have been entitled had it won its fair use defense“).

jedoch gezeigt, dass bereits das Vertragsschlussmodell des Bürgerlichen Rechts in vielen Fällen keine ausreichende Legitimation der hervorgebrachten Ordnung verbürgen kann¹⁸. In Zonen „verdünnter Freiheit“ (*L. Raiser*) – etwa gegenüber den Verwendern von vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen – wird allein der Wille des Betroffenen als zu schwach angesehen, um die getroffene Regelung zu legitimieren. Zusätzlich müssen in diesen Fällen Kriterien des „Gemeinwohls“ erfüllt sein, um jene zustimmungsschwachen Regeln vollständig zu rechtfertigen¹⁹. Fungiert der Gedanke des Gemeinwohls hier nur als Ergänzung einer vorhandenen, aber für nicht hinreichend erachteten individuellen Zustimmung, so erlangt er eigenständige Bedeutung in Fällen, in denen das Privatrecht auch ohne Zustimmung aller Betroffenen eine Regelung in Kraft setzt. Für die Legitimation privater Regelsetzung reicht demnach selbst in Kernbereichen der Rechtsgeschäfte ein monistischer Legitimationsansatz nicht aus. Vielmehr ist ein kombinatorisches Legitimationsmodell erforderlich, in dem die Elemente der Zustimmung und des Gemeinwohls zusammenwirken²⁰.

Auch die Rechtfertigung von urheberrechtlichen Zugangsregeln, die nicht schon durch die Zustimmung der Rechtsinhaber autorisiert sind, ergibt sich erst aus einem Zusammenwirken mehrerer Legitimationsfaktoren. Dabei ist zu bedenken, dass es weniger auf den Ursprung einer Regel (privat oder staatlich) ankommt als vielmehr darauf, ob der zu ihrer Erzeugung eingesetzte Mechanismus ein legitimes Resultat verbürgen kann²¹. Zu berücksichtigen ist insbesondere, ob betroffene Dritte und deren Interessen im Regelsetzungsprozess repräsentiert werden und ob ihnen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich dem privaten Regelungsregime zu entziehen. Daneben wird man von den Zugangsregeln verlangen müssen, dass sie neben den Interessen der Parteien auch das Gemeinwohl zu fördern geeignet sind; ein wichtiger Teilaspekt ist hierbei die Übereinstimmung der Regeln mit den zwingenden Vorschriften der Rechtsordnung im Übrigen. Diese Elemente bilden ein bewegliches System der Legitimation von privaten Rechtsregeln, die je nach Fall verschieden zu gewichten sind.

b) Verfahrensförmige Legitimation: class action

Für eine Repräsentation der Urheber verwaister Werke beim Zustandekommen des ASA sorgt der Umstand, dass der Vergleich im Rahmen eines Sammelklageverfahrens (class action) geschlossen wurde. Danach kann ein Urteil oder ein Vergleich im Zivilprozess auch

¹⁸ Einen Überblick über die Materialisierungsdiskussion im PrivatR gibt *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 22ff.; zur Prozeduralisierung eingehend *Callies*, Prozedurales Recht, 1999.

¹⁹ Vgl. *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 205.

²⁰ Vgl. *Bachmann* (o. Fußn. 19), S. 193f.

²¹ Vgl. *Bachmann* (o. Fußn. 19), S. 408.

Rechtsinhaber binden, die nicht durch ausdrückliche Zustimmung ihren Beitritt zum Prozess erklärt haben. Lässt das von den named plaintiffs angerufene Gericht die Sammelklage zu, haben die repräsentierten Rechtsinhaber nur die Möglichkeit, innerhalb einer bestimmten Frist ihren Austritt aus der Gruppe zu erklären (opt-out). Ratio des Rechtsinstituts der class action ist neben der prozessökonomischen Entscheidung von gleichgelagerten Streitigkeiten auch die Erleichterung der Rechtsverfolgung für den einzelnen Geschädigten in Fällen, in denen er auf Grund eines geringen Einzelschadens oder wegen des hohen Prozessrisikos von einer individuellen Durchsetzung seiner Ansprüche absehen würde²² – eine Situation, wie sie für die Rechtsinhaber von orphan works zutreffen dürfte, deren Werke nicht mehr vertrieben werden. Entgegen seinem vorläufigen Beschluss hält das Gericht letztlich eine angemessene Vertretung der abwesenden Gruppenmitglieder durch die Kläger jedenfalls mit Blick auf bestimmte Teilgruppen nicht für gewährleistet und verweist insbesondere auf wissenschaftliche Autoren, deren auf Maximierung des Zugangs gerichteten Interessen von denen eines wirtschaftlich orientierten Autorenverbands divergierten²³. Dieser Umstand wird jedoch erheblich relativiert, wenn man bedenkt, dass der Vergleich mangels Einräumung

--- GRUR 2011, S. 668 ---

ausschließlicher Nutzungsrechte an Google jedem Autoren unbenommen lässt, sein Werk parallel unter einer „open content“-Lizenz zugänglich zu machen.

Jedenfalls könnte das ASA verglichen mit anderen privaten Regelungsregimen (etwa privatautonomem Insolvenzregimen²⁴) wegen dieser von Seiten des amerikanischen Prozessrechts eingebauten Voraussetzungen eine relativ hohe verfahrensförmige Legitimation für sich in Anspruch nehmen.

c) Materielle Legitimation

Das Zustandekommen des privaten Regelungsregimes wird nicht nur verfahrensförmig durch eine staatliche Instanz begleitet. Damit die Parteien das Gericht nicht als bloße Zertifizierungsstelle privatautonomer Regelungen beliebigen Inhalts instrumentalisieren, darf ein Vergleich nur genehmigt werden, wenn dieser *für alle* Beteiligten „fair, reasonable, and adequate“ ist²⁵. Die amerikanischen Gerichte haben hierfür unterschiedliche Kriterien herausgearbeitet.

²² Vgl. *Heß*JZ 2000, 373 (374).

²³ Vgl. *The Authors Guild et al v. Google Inc.*, No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), S. 28f.

²⁴ Dazu näher *infra* (2).

²⁵ Vgl. *Fed. R. Civ. P. 23 (c) (2)*. Zum Verfahren vgl. auch *Heß*JZ 2000, 373 (375f.).

Übereinstimmend wird verlangt, dass der Vergleich inhaltlich im Rahmen des ursprünglichen Streitgegenstands liegt²⁶. Das ASA beschränkt sich jedoch nicht ex post auf die Kompensation geschehenen Unrechts durch das Einscannen der Bücher und das Anzeigen von Snippets. Es sieht vielmehr ein prospektives Regelungsarrangement vor, das Google auch die Erlaubnis für zukünftige, bei Klageerhebung noch gar nicht vorgenommene Nutzungshandlungen geben würde; entworfen wird ein umfassendes Zugangs- und Vermarktungsmodell mit eigenem Kompensationsmechanismus. Unter der vom erkennenden Gericht als Prüfungsmaßstab gewählten „identical factual predicate“-Doktrin, wie sie vom *Second Circuit* als zuständigem Appellationsgericht angewendet wird, lassen sich solche zukunftsgerichteten Vergleichsvorschläge kaum rechtfertigen. Angemessen wäre stattdessen die Anwendung der dreigliedrigen Prüfung gewesen, die der *Supreme Court* im Fall „Firefighters“ entwickelt hat, und auf deren Grundlage Vergleiche bestätigt wurden, deren Rechtsfolgen über das hinausgingen, was das Gericht nach streitiger Verhandlung den Parteien hätte zusprechen können²⁷. Danach ist Voraussetzung für die Genehmigung eines Vergleichs, dass dieser: (1) „spring[s] from and serve[s] to resolve a dispute within the court's subject-matter jurisdiction“; (2) „com[es] within the general scope of the case made by the pleadings“; und (3) „further[s] the objectives of the law upon which the complaint was based“²⁸.

Der *Supreme Court* löst mit Hilfe dieser Kriterien die Genehmigungsfähigkeit eines Prozessvergleichs von der Bindung an das Gesetz²⁹. Zur Begründung der Geltung von gesetzesübersteigenden Vereinbarungen verweist er ausdrücklich auf die legitimatorische Kraft der Zustimmung der Prozessparteien³⁰. Mit Blick auf die weitreichenden Drittwirkungen des ASA und seiner gesellschaftsweiten Strukturbildung im Bereich digitaler Werknutzung ist eine „heightened Rule 23 scrutiny“ gefordert worden³¹. Richtig an dieser Auffassung ist, dass in Fällen gesetzeskonkurrierender privater Regelungsregime dem dritten Kriterium mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden muss als üblich³². Offensichtlich handelt es sich dabei um eine Art „rule of

²⁶ Zu Überschneidungen der Tests vgl. Statement of Interest of the USA Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, S. 11.

²⁷ Nachw. bei Brief of Google, Inc. In Support of Motion For Final Approval of Amended Settlement Agreement, S. 9f.

²⁸ *Firefighters v. City of Cleveland*, 478 US 501 (1986).

²⁹ Vgl. *Firefighters v. City of Cleveland*, 478 US 501, 525 (1986) („Therefore, a federal court is not necessarily barred from entering a consent decree merely because the decree provides broader relief than the court could have awarded after a trial.“).

³⁰ *Firefighters v. City of Cleveland*, 478 US 501, 525 (1986) („in addition to the law which forms the basis of the claim, the parties' consent animates the legal force of a consent decree“).

³¹ So *Samuelson*, *Wisconsin Law Review*, 477, 555 (2011).

³² Die beiden ersten Kriterien werfen dagegen weniger Fragen auf: Zum einen hat Google jedenfalls die Digitalisierung und Veröffentlichung bisher nicht erfasster Bücher intendiert und auch bereits entsprechende Vorbereitungen getroffen (insbesondere Zugangsvereinbarungen mit den Bibliotheken geschlossen). Zum anderen haben die Kläger von Anfang an gegen Google eine Verfügung auf Unterlassung der Zugänglichmachung widerrechtlich kopierter Werke beantragt, was zum Verbot jeglicher im ASA vorgesehenen Nutzungsaktivitäten führen würde. Vgl. Brief of Google Inc. In Support of Motion for Final Approval of Amended Settlement Agreement, S. 15ff.

reason”, die einen erheblichen Beurteilungsspielraum gewährt und den Richter in eine Abwägung der Gründe für und gegen eine Erweiterung der gesetzlichen Nutzungsbefugnisse von Google führt. Unter dem restriktiven Prüfungsmaßstab des erkennenden Gerichts lassen sich solche Überlegungen zur Rechtfertigung des Überschreitens des Streitgegenstands freilich gar nicht erst abbilden; entsprechend wird nur kurz und unstrukturiert auf die Förderung von Gemeinwohlbelangen durch den Vergleich hingewiesen³³.

Den Ausgangspunkt für die Abwägung bilden die gesetzlich vorgesehenen Nutzungsfreiheiten, die aber eben von den Parteien überschritten werden können, *sofern die Abweichung die Ziele des Urheberrechts zu fördern geeignet ist*. Mit Blick auf die Bindung des Urheberrechts an die Copyright Clause in art. I, § 8, cl. 8 der US-Verfassung wird der Vergleichsinhalt jedenfalls verfassungsrechtlich konsistent sein müssen. Angesichts dieses in Fed. R. Civ. P. 23 angelegten Spielraums für private Regelsetzung dürfte das Argument zu kurz greifen, die im Vergleich geregelten Fragen seien der Regelung durch den Gesetzgeber vorbehalten. Insoweit gilt es zweierlei zu bedenken: Zum einen kommt der Ruf nach dem Gesetzgeber vorliegend einer Entscheidung gegen die von der Verfassung aufgebene Förderung von Innovation gleich, ist doch die Untätigkeit des (amerikanischen) Gesetzgebers bei der orphan work-Thematik gerade Teil des Problems. Vergriffene Bücher digitalisieren sich nicht von selbst. Öffentliche Initiativen etwa auf deutscher und europäischer Ebene entwickeln sich bisher eher langsam, sind oft thematisch begrenzt und nicht ansatzweise auf eine umfassende Lösung angelegt³⁴. Mindestens fraglich ist auch, ob bei der Erschließung von neuen gesellschaftlichen Handlungsmöglichkeiten in entwicklungs-offenen Medien die Qualität der Rechtsproduktion durch den Gesetzgeber wirklich größer ist als die richterliche Rechtfertigung, zumal das konkrete Verfahren erhebliche Vorkehrungen für die Fairness der Regelung und die Beteiligung der betroffenen Rechtsinhaber sowie von Repräsentanten des Allgemeinwohls als *amici curiae* vorsieht; der Gedanke prozeduraler Legitimation setzt sich jedenfalls bis in den Inhalt des Vergleichs fort³⁵. Zum anderen ist der Verweis auf die Legislative von dem Vorurteil

--- GRUR, 2011 S. 669 ---

getragen, die Förderung des Gemeinwohls sei legitimationsstiftend allein für hoheitliches Handeln, nicht aber für privates.

³³ Vgl. The Authors Guild et al v. Google Inc, No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), S. 3 sowie 28 (Fußn. 15), wo zwar auf das dritte Kriterium von „Firefighters“ Bezug genommen, eine nähere Auseinandersetzung aber unter Hinweis auf urheberrechtliche Bedenken einfach abgeschnitten wird, obwohl diese allererst den Anlass für die Prüfung liefern. Kennzeichnend ist, dass der alternative Prüfungsmaßstab auch an anderer Stelle nur in der Fußnote erwähnt wird (vgl. S. 17 Fußn. 7).

³⁴ Vgl. den kurzen Überblick bei Rauer, K&R 2010, 9 (10).

³⁵ Vgl. infra (2).

Die Kriterien der Anerkennungsfähigkeit für einen Vergleich nach Rule 23 zeigen vielmehr, dass es für die materielle Rechtfertigung einer privatautonomen Erweiterung der Nutzungsbefugnisse entscheidend darauf ankommt, ob sie eine Förderung des Gemeinwohls mit sich zu bringen geeignet ist (1). Kompatibilität mit dem gesetzlichen Urheberrecht ist jedoch nur zu erreichen, wenn daneben der Entscheidungsbefugnis des Rechtsinhabers Rechnung getragen wird (2).

aa) Legitimationselement 1: Gemeinwohlförderung durch qualifizierte Nutzung. Das ASA hätte die Nutzungsbefugnisse von Google über das Gesetz hinaus auch mit Wirkung für Dritte erweitert, die nicht Partei des Vergleichs sind. Damit diese Erweiterung vertraglichen Ursprungs zulässig ist, müsste sie die „Politik des Gesetzes“³⁶ fortdenken³⁷. Daher ist in einem ersten Schritt das gesetzliche Leitbild für die Privilegierung von Nutzungen zu ermitteln. Vor diesem Hintergrund ist – zweitens – zu untersuchen, ob die fragliche qualifizierte Nutzung neben privaten Interessen *jedenfalls auch* das Gemeinwohl fördert³⁸.

(1) Schritt 1: Ermittlung des gesetzlichen Leitbildes. Das gesetzliche Leitbild für die Privilegierung einer bestimmten Nutzung ergibt sich aus den vorhandenen Schrankenregelungen, insbesondere aus der Vorschrift zum „fair use“ in 17 U.S.C. § 107. Bei dessen Auslegung ist freilich darauf zu achten, dass die vier Faktoren (insbesondere das des „potential market harm“) nicht, wie im Fallrecht leider häufig praktiziert, mechanisch angewendet werden, weil dann die sozialen Vorteile einer digitalen Bibliothek nicht angemessen in die Abwägung einbezogen werden können. Mit Blick auf die Retrodigitalisierung und Snippet-Anzeige war deshalb der Vorschlag gemacht worden, die fair use-Klausel zur Privilegierung einer solchen Nutzung flexibel und im Lichte der Mehrdimensionalität des Urheberrechts zu handhaben³⁹. Genau darum geht es: um die rechtliche Berücksichtigungsfähigkeit der mit dem Projekt verbundenen Gewinne nicht nur in ökonomischer, sondern auch in kultureller, künstlerischer, wissenschaftlicher, partizipatorischer und demokratischer Hinsicht⁴⁰.

Zunächst ist also die Mehrdimensionalität des gesetzlichen Urheberrechts herauszuarbeiten: Aus Sicht des Wirtschaftssystems ermöglichen Ausschließlichkeitsrechte die Appropriierung von

³⁶ Ausdruck bei *Steindorff*, in: Festschr. f. Larenz, 1973. Zu Recht hebt *Canaris*, in: Festschr. f. Steindorff, 1990, S. 219 hervor, dass es *Steindorff* damit um die Berücksichtigung vor allem jener Zwecke des Gesetzes bei der Auslegung geht, die einen spezifischen Bezug zum Gemeinwohl, zum „ordre public“ oder zum privatrechtlichen Institutionenschutz haben.

³⁷ Das erinnert an das „same spirit“-Erfordernis, das sich in den Änderungsklauseln öffentlicher Lizenzen findet.

³⁸ Dass Google als Wirtschaftsunternehmen stets zum eigenen Nutzen handelt, versteht sich von selbst. Eine urheberrechtliche Privilegierung des Handelns wird dadurch jedoch nicht ausgeschlossen. Es ist Aufgabe des Rechts, mögliche Beeinträchtigungen der öffentlichen Funktion der privilegierten Nutzung durch strategisches Handeln seitens Googles zu verhindern. Dazu dient etwa die Auferlegung und Durchsetzung von treuhänderischen Pflichten. Gefährdungen des Wettbewerbs durch die Ausnutzung von im Vergleich eingeräumten Befugnissen hat das Kartellrecht zu begegnen.

³⁹ Vgl. *Menell*, 44 Hous. L. Rev. 1013, 1068-1070 (2007).

⁴⁰ Zu den gesellschaftlichen Gewinnen mit Blick auf die soziale Gerechtigkeit des UrheberR *Mtima/Jamar*, 55 N.Y. Law School L. Rev. 77 (2010).

Gebrauchsvorteilen, so dass diese zum Gegenstand von Wettbewerb werden können; im Wirtschaftssystem wird ein „Entdeckungsverfahren“ (v. Hayek) für neue Handlungsmöglichkeiten in Gang gesetzt⁴¹. Durch die exklusive Zuweisung von positiven Nutzungsexternalitäten haben Immaterialgüterrechte jedoch auch und gerade Bedeutung für die Wissensteilung in anderen Systemen: Dritte dürfen das Werk nicht medial reproduzieren und können ohne Zustimmung des Rechtsinhabers dessen Sinn nicht aktualisieren, insbesondere nicht in den kommunikativen Zusammenhängen, denen sich die Entstehung des geschützten Werkes selbst verdankt (etwa der Kunst oder der Wissenschaft). Diese gleichzeitige Relevanz von Schutzrechten für mehrere soziale Systeme, die als „Multifunktionalität“ des Rechts beschrieben werden kann⁴², muss bei der Anwendung des Urheberrechts beachtet werden. Die heute vielfach diagnostizierten Krisenerscheinungen des Urheberrechts werden nicht durch die Existenz von Exklusivrechten verursacht, sondern durch eine mono-funktionale Rechtsverfassung der Wissensreproduktion.

(2) Schritt 2: öffentliche Dimension des Vergleichsvertrags. Vor dem Hintergrund einer solchermaßen rekonstruierten Multifunktionalität des gesetzlichen Urheberrechts kann dann – in einem zweiten Schritt – auch der Vergleichsvertrag in seiner *öffentlichen Dimension* besser wahrgenommen werden. Dabei wird deutlich, dass die Ressource einer umfassenden digitalen Bibliothek für die Wissensteilung in verschiedenen Systemen gleichzeitig relevant ist. Durch die geplante Nutzung würde ein wichtiges „Infrastrukturgut“ bereitgestellt (in Teilen – „snippets“ – sogar als echtes öffentliches Gut), das eine hohe Kapazität zur Erzeugung von neuem Wissen in unterschiedlichen gesellschaftlichen Sektoren besitzt⁴³. Der geforderte Gemeinwohlbezug des Vergleichsvertrags als privater Regelsetzung – und damit ihre gesamtgesellschaftliche Legitimität – erschließt sich also insbesondere einer multifunktionalen Betrachtung der involvierten Rechtsinstitute.

Demgegenüber vermögen die Urheber vorwiegend nur eigene kommerzielle Interessen anzuführen⁴⁴. Deren Gewicht ist zudem dadurch reduziert, dass im Zeitpunkt der analogen Veröffentlichung eine Vergütung für das Werk bereits erfolgt ist. Wichtiger aber noch ist der Umstand, dass das Werk im Zeitpunkt seiner Verwaisung durch Google gesellschaftlich produktiv genutzt würde, während der Rechtsinhaber das Schutzrecht zum Nachteil der Allgemeinheit faktisch nicht mehr wahrnimmt.

⁴¹ Zur marktfunktionalen Begründung von Schutzrechten vgl. *Ulrich*, GRUR Int 1996, 555 (566), und *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, 2. Aufl. (2004), § 28 Rdnr. 9, mit der Feststellung, „dass Immaterialgüterrechte geschaffen werden, *damit* sie zum Gegenstand von Marktprozessen werden können“. (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴² Vgl. *Wielsch*, Freiheit und Funktion, 2001, S. 211f.

⁴³ Zum Infrastrukturbegriff bei Informationsgütern und Ansätzen zu ihrer Regelung vgl. *Wielsch* (o. Fußn. 1), S. 114ff.

⁴⁴ Vgl. *Menell*, 44 Hous. L. Rev. 1013, 1064 (2007).

Der große Umfang der Drittwirkung im konkreten Fall könnte zudem damit gerechtfertigt werden, dass – ähnlich wie bei der Relizenzierung durch Wikipedia – bei der Retrodigitalisierung durch Google zu berücksichtigen ist, dass das Projekt nur dann gesellschaftlich wertvolle Netzwerkvorteile erzielen kann, wenn möglichst alle betroffenen Werke einbezogen werden⁴⁵. So wie eine digitale Enzyklopädie in ihrem Wert von der Vollständigkeit der Artikel und der Integrität ihrer Verweisungen lebt, so

--- GRUR 2011, S. 670 ---

ergibt sich der kollektive Nutzen einer digitalen Bibliothek in Form einer Datenbank aus ihrem Bestand und ihrer Erschließbarkeit. In beiden Fällen wird auf Grund der Einbeziehung der Werke in ein neues Nutzungsprojekt eine Nach-Lizenzierung verstreuter Rechtspositionen erforderlich⁴⁶.

Freilich ist es auch Aufgabe des Rechts, mögliche Beeinträchtigungen der öffentlichen Funktion der privilegierten Nutzung durch strategisches Handeln seitens Googles zu verhindern. So ist eine fortdauernde inhaltliche Bindung von Google an das Gemeinwohl zu fordern. Dazu hätte die Auferlegung und Durchsetzung von treuhänderischen Pflichten dienen können. Google rückt durch die kollektive Bündelung der Nutzungsrechte zur Retrodigitalisierung in die Position eines projektgebundenen Treuhänders für die einzelnen Rechtsinhaber ein, ähnlich der Treuhandstellung konventioneller Verwertungsgesellschaften⁴⁷. Zur Wahrnehmung dieser Treubindungen sieht der Vergleich insbesondere die Einrichtung eines „Book Rights Registry“ in Form einer Non-Profit Verwertungsgesellschaft vor, deren Aufgabe in der Ausfindigmachung von betroffenen Rechtsinhabern und der Verteilung von Verwertungserlösen an die Autoren besteht; die Belange von Urhebern verwaister Werke sollen dabei von einem unabhängigen „Unclaimed Works Fiduciary“ gewahrt werden; der Kontakt zu ermittelten Rechtsinhabern ist über den Registry allgemein zugänglich, d.h. auch für Dritte, die an einer Lizenzvereinbarung für die digitale Nutzung interessiert sind⁴⁸.

⁴⁵ Vgl. auch *Peifer*, GRUR-Prax 2010, 1 („Vernetzung und Zugangsmöglichkeiten sind erforderlich, um Netzwerkeffekte zu erzielen, die allen Beteiligten nutzen“).

⁴⁶ Bei Wikipedia ging es um die Erweiterung des Referenzraumes um Inhalte außerhalb von Wikipedia (Bilder, externe Texte usw.).

⁴⁷ Zur Rechtsnatur von Verwertungsgesellschaften vgl. *Gerlach*, in: *Wandtke/Bullinger*, WahrnG, 3. Aufl. (2009), Vorb. §§ 1ff. Rdnrn. 23ff.

⁴⁸ Vgl. 6.1 und 6.2 (b) (iii) ASA.

Die Google im Vergleich eingeräumten Rechte dürfen aber auch nicht den Wettbewerb gefährden⁴⁹. Auf den ersten Blick scheinen sich eher Vorteile zu ergeben: Die Befugnis des Registry, reklamierte Schutzrechte an Dritte zu lizenzieren⁵⁰, gibt möglichen Wettbewerbern auf dem neu eröffneten Markt für die Online-Nutzung von analog vergriffenen, retrodigitalisierten Büchern die Möglichkeit des Markteintritts, wobei die Transaktionskosten für Lizenznahmen durch die Zentralisierung der Informationen über die Rechtsinhaber beim Registry reduziert werden. Selbst wenn es zunächst zu einem de facto-Monopol von Google auf dem neuen Markt kommt – was unter Art. 2 Sherman Act nicht unzulässig wäre –, so wäre diese Marktstellung von Wettbewerbern doch angreifbar. Zu Recht hat das Gericht aber beanstandet, dass der Vergleich zu einer weiteren Stärkung der Position von Google auf dem Markt für Online-Suche führt, weil der Zugang zum indexierbaren Buchbestand nicht allein der Zustimmung des Registry, sondern auch der von Google bedarf⁵¹. Diese Abhängigkeit potenzieller Wettbewerber von den Entscheidungen Googles hätte das Gericht freilich durch entsprechende Auflagen zur Abänderung des Vergleichs verhindern können. Vorbeugend hätte das Gericht auch eine zeitliche Begrenzung der qualifizierten Nutzungsrechte von Google vorsehen können (z.B. auf fünf oder zehn Jahre)⁵². Nach dieser Zeit wären die Verhältnisse auf dem neuen Markt zu evaluieren gewesen, und Google hätte mit dem Book Rights Registry über die Neuerteilung von Nutzungsrechten verhandeln müssen.

bb) Legitimationselement 2: Recht zum Opt-out. Lässt sich demnach die konstitutionelle Konsistenz der privaten Zugangsregel begründen, so gewinnt sie hinreichende Legitimität erst dadurch, dass die von ihr vorgesehene neuartige Nutzung nicht gegen den erklärten Willen des einzelnen Betroffenen vorgenommen werden darf. Der Einzelne erhält ein Vetorecht gegen die extra-legale Erweiterung der Nutzungsbefugnisse Dritter⁵³. Während das Recht zum Opt-out im Rahmen der Sammelklage die Funktion hat, überhaupt die Erstreckung der Bindung an einen Vergleich auf Nicht-Prozessparteien zu legitimieren, geht es bei den im GBS-Vergleich vorgesehenen Rechten zum Opt-out um ein Instrument zur Legitimation des konkreten Inhalts

⁴⁹ Die kartellrechtliche Zulässigkeit des Vergleichsvorschlags wird sehr unterschiedlich beurteilt: keine Bedenken, ja für wettbewerbsfördernd halten ihn etwa *Elhauge*, 2 *Journal of Legal Analysis*, 1 (2010), und *Lemley*, *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement* (abrufbar unter <http://ssrn.com/paper=1431555>); krit. dagegen etwa *Grimmelmann*, *The CPI Antitrust Journal*, January 2010 (2), und *Picker*, *University of Chicago, Law & Economics Olin Working Paper No. 499* (abrufbar unter <http://ssrn.com/paper=1507172>).

⁵⁰ Vgl. 6.2 (b) (i) ASA. Bei unreklamierten Werken liegt diese Befugnis beim Unclaimed Works Fiduciary.

⁵¹ Vgl. *The Authors Guild et al v. Google Inc*, No. 05 Civ. 8136 (S.D.N.Y. Mar. 22, 2011), 37 m. Hinw. auf 1.123, 3.9 und 7.2 (d) (viii) ASA.

⁵² Für eine entsprechende Ergänzung des Vergleichs s. das Statement of Interest of the USA Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, 24.

⁵³ Beachtenswert ist, dass das erste Grundprinzip für gerechte gesellschaftliche Institutionen von *Rawls* gewahrt ist: Die Rechte des Einzelnen werden nicht dem Gemeinwohl aufgeopfert, ohne dass der Einzelne dies verhindern könnte. Vgl. *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 81ff.

des Vergleichs⁵⁴. Mit Hilfe des Opt-outs kann der einzelne Urheber den rechtlichen Schutz des Werkes auf ein Verbot zurückstellen. Anstatt also die Rechte der Urheber allgemeinverbindlich zu verkürzen, wie dies bei gesetzlichen Lizenzen der Fall ist, kommt es vielmehr zu einer „prozeduralen Restrukturierung“ des Schutzrechts: Der Urheber kann sein Verbot auch gegen die qualifizierten Nutzungen durch Google durchsetzen, aber nur unter der Bedingung, dass er vorher vom Verfahren des Opt-out Gebrauch gemacht hat⁵⁵. Der quasi-vertragliche Nutzungsumfang ist nur dann maßgeblich, wenn der Urheber die gesetzliche Rechtslage nicht wieder herstellt.

Der eigentliche Eingriff in die Rechtsposition des Urhebers erfolgt also durch eine Änderung der Argumentationslast für die Durchsetzung von Schutzrechten: Das Gesetz vermutet, dass der Urheber eine Nutzung seines Werkes nicht zulassen will, so dass diese verboten ist, solange der Urheber ihr nicht ausdrücklich zustimmt (Opt-in). Der Vergleich kehrt diese Regel um und vermutet, dass der Urheber eine Nutzung durch das Bibliotheks-Projekt zulassen will, so dass diese erlaubt ist, solange er nicht ausdrücklich widerspricht (Opt-out)⁵⁶. Im Ergebnis wird dem Urheber so eine *Kooperationslast* bei der prozeduralen Restrukturierung seines Schutzrechts

--- GRUR 2011, S. 671 ---

aufgelegt, die im Rahmen der rechtlichen Zulassung der qualifizierten Nutzung durch den Intermediär erfolgt⁵⁷.

Insofern drängen sich Ähnlichkeiten auf zwischen privatautonomem Zugangsregeln im Urheberrecht und der privatautonomem Konstruktion von Insolvenzregimen, die sanierungsfreundlicher sind als das gesetzlich vorgesehene Verfahren⁵⁸. Auch in diesen Konstruktionen, die der Erzielung einer höheren Effizienz dienen, wird die Grenze der Rechtsgeschäftslehre erreicht. Zwar könnten sich theoretisch alle Gläubiger durch Verträge

⁵⁴ Streng genommen, sind von diesem verfahrensrechtlich – in Fed. R.Civ. P. 23 (c) (2) (B) – vorgesehenen Opt-out, mit dem ein Gruppenmitglied sich der Geltung des Vergleichs überhaupt entziehen kann, die im Vergleich selbst vorgesehenen, differenzierteren Möglichkeiten des „urheberrechtlichen“ Opt-out zu unterscheiden. Vgl. aber die Einschätzung im Brief of Google, Inc. In Support of Motion For Final Approval of Amended Settlement Agreement, 19 („The opt-out feature of the settlement results from the class action mechanism“).

⁵⁵ Vgl. *Sn*, 56 Journal of the Copyright Society of the USA 947, 965 (2009).

⁵⁶ Allgemeine Überlegungen zum Instrument des Opt-out bei *Dreier*, Computer Law and Security Review 26 (2010), 144ff. (insb. mit einer Diskussion der Unterschiede zwischen gesetzlichen und privatautonomem Opt-out-Regimen); speziell zu Optionsmodellen im UrheberR vgl. *Bechtold*, GRUR 2010, 282 (285ff.).

⁵⁷ Der Begriff der „Prozeduralisierung“ meint vorliegend nicht nur, dass der konkrete Zuschnitt des urheberrechtlichen Rechtsschutzes von Verfahrenshandlungen abhängig gemacht wird. Vielmehr soll damit gerade auch eine inhaltsrechtlich orientierte Verfahrensqualität bezeichnet sein, die dafür sorgt, dass die autonome Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-Interesse geschieht. Es geht darum, Rechte so zu verfassen, dass alle betroffenen Interessen auf den Vollzug von „objektiven Möglichkeiten“ in „gesellschaftlichen Lernverhaltensweisen“ (*Wietbölder*) festgelegt werden. Vgl. auch u. V.

⁵⁸ Formal Teil des ProzessR enthält das Insolvenzrecht in der Sache die Verfassung von Nebengläubigern zu einer Gemeinschaft mit privaten Regelsetzungsbefugnissen, vgl. *Bachmann* (o. Fußn. 19), S. 219.

untereinander dazu verpflichtet, im Falle der Schuldnerinsolvenz ein alternatives Reorganisationsverfahren zu betreiben, doch dürfte das dazu erforderliche lückenlose Vertragsnetz ex ante kaum zu flechten sein⁵⁹ – ähnlich wie im GBS-Fall. Ex post, also in der Krise, scheitert der Abschluss an hohen Transaktionskosten und vor allem am Risiko strategischen Verhaltens. Um dennoch die Verpflichtung der Beteiligten zur Kooperation in einem außergerichtlichen Mediationsverfahrens rechtlich verbindlich zu machen, wird angenommen, dass die Beteiligten durch ein Netz von schuldrechtlichen Sonderverbindungen miteinander verknüpft sind. Der Verhandlungsraum bei der Unternehmensreorganisation werde durch eine „gesellschaftsähnliche Verbindung“ überwölbt, die bestehende schuldrechtliche Verbindungen intensiviere und dort, wo eine solche Verbindung noch nicht bestand, eine Sonderverbindung erstmalig begründe⁶⁰. Der Hinweis auf die Ähnlichkeit eines solchen hypothetischen Kooperationsvertrags mit der Figur des Gesellschaftsvertrags bei *Rawls*⁶¹ trifft insofern zu, als dass hiernach die Legitimität einer gesellschaftlichen Institution nicht auf einem realen Konsens beruht, sondern auf der Zustimmungsfähigkeit zu einem Vertrag, d.h. der Vernünftigkeit seiner Ergebnisse. Es ist das gleiche Legitimationsschema, aus dem zur Förderung des Gemeinwohls ein Kooperationsbeitrag vom Urheber eingefordert werden darf, indem durch das Opt-out seine Rechtsposition prozeduralisiert und die Grundregel des Opt-in umgekehrt wird.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die im ASA privatautonom formulierten Zugangsregeln durchaus hätten gerechtfertigt werden können: entstanden unter Repräsentation der betroffenen Autorenkreise, erlauben sie dem Intermediär eine qualifizierte, gemeinwohlfördernde Nutzung vergriffener Werke, wobei der einzelne Urheber sein Veto gegen die Restrukturierung seines Schutzrechts einlegen kann. Bedenken gegen das ASA gründen nicht in einer angeblichen Unvereinbarkeit mit dem Urheberrecht, sondern ergeben sich aus dem Wettbewerbsrecht. Auch diese hätte das Gericht aber durch eine Genehmigung nur unter Auflagen zur Geltung bringen können. Durch die Wahl eines restriktiven Prüfungsmaßstabs für den Inhalt von drittwirksamen Prozessvergleichen wird die ablehnende Entscheidung hingegen vorgezeichnet. Der abschließende richterliche Hinweis an die Parteien, besser zu einem Opt-in-Regime überzugehen, ist wenig konstruktiv, da hierdurch insbesondere die Netzwerk- und Effizienzvorteile wegfielen.

⁵⁹ Zu den Gründen vgl. *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung, 1999, S. 244ff.

⁶⁰ Vgl. *Eidenmüller* (o. Fußn. 59), S. 583f.

⁶¹ Vgl. *Eidenmüller* (o. Fußn. 59), S. 610.

IV. Intermediäre Wissensfunktion: globale Bildersuche

Auch im sich entwickelnden Richterrecht zur Beurteilung der Aktivitäten von Suchmaschinen kommt es zur prozeduralen Rekonfiguration von Schutzrechten. Hier sind es die staatlichen Gerichte, die auf die Figur des Opt-out zurückgreifen, um die gesellschaftlichen Vorteile von intermediären Netzwerkfunktionalitäten gegenüber dem einzelnen Urheber zur Geltung zu bringen. Dogmatisch vollzieht sich das Opt-out dabei mit Hilfe der Figuren der „Einwilligung“ (Deutschland) oder „implied license“ (USA), die das Urheberrecht über die engen Schranken der bestehenden Urheberrechtsgesetze hinaus flexibilisieren.

Dies lässt sich zeigen an der Relativierung des individuellen Zustimmungserfordernisses, die der *BGH* in der Entscheidung „Vorschaubilder“ vorgenommen hat⁶². Das *Gericht* hatte über die urheberrechtliche Zulässigkeit der textgesteuerten Bildersuchfunktion von Google zu entscheiden, die ins Internet eingestellte Bilder auffindet und in der Trefferliste verkleinert sowie mit reduzierter Auflösung wiedergibt. Im Ergebnis hält der *BGH* die Vorhaltung abrufbarer Thumbnails zwar für einen Eingriff in das Recht des Urhebers auf Zugänglichmachung seines Kunstwerkes (§ 19a UrhG), weil Google die Bilder auf den eigenen Servern vorhalte und unter eigener Kontrolle den Zugriff Dritter auf die Bilder eröffne. Dieser Eingriff soll jedoch nicht rechtswidrig sein, wenn der Berechtigte Texte oder Bilder selbst zuvor im Internet frei zugänglich gemacht hat. Denn dadurch habe er seine Einwilligung damit zum Ausdruck gebracht, dass Abbildungen der Werke „in dem bei der Bildersuche üblichen Umfang genutzt werden dürfen“⁶³. In Abgrenzung zu der konkludenten Einräumung eines Nutzungsrechts hebt der *BGH* hervor, dass mit einer „(schlichten) Einwilligung“ kein Rechtsfolgewillen zum Ausdruck gebracht werde. Entsprechend werde durch sie kein Rechtsverhältnis begründet⁶⁴. Vielmehr handele es sich um eine „an die Allgemeinheit gerichtete Erklärung“, die vom Suchmaschinenbetreiber objektiv als Einverständnis mit der Nutzung zur Bildersuche verstanden werden durfte. Diese Erklärung sei mit Wirkung für die Zukunft widerrufbar (vgl. § 183 S. 1 BGB), wofür es jedoch eines gegenläufigen Verhaltens (im Vergleich zum ungesicherten Einstellen) bedürfe, mithin der Vornahme von entsprechenden Sicherungen gegen das Auffinden der eingestellten Bildersuchmaschinen⁶⁵.

Die Begründung des Urteils lässt sich prinzipiell als die Einführung einer Opt-out-Regel verstehen: Suchmaschinen dürfen Dritten die ins Internet eingestellten Texte oder Bilder

⁶² *BGH*, GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder. Vgl. auch *BGH*, GRUR 2011, 56 – Session-ID.

⁶³ *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 36 – Vorschaubilder.

⁶⁴ *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 35 – Vorschaubilder.

⁶⁵ *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 37 – Vorschaubilder.

zugänglich machen, solange die Rechtsinhaber nicht widersprechen. Erst der Widerspruch führt zur Entstehung eines Verbotsrechts hinsichtlich der Nutzung bei der Bildersuche. Durch diese Prozeduralisierung des Rechts auf Zugänglichmachung vermag der *BGH* das traditionelle Schema des geistigen Eigentums formal aufrechtzuerhalten, verschafft dem Recht jedoch zugleich in der Sache die notwendige Flexibilität für die positive

--- GRUR 2011, S. 672 ---

Ausgestaltung von medienspezifischen Nutzungsfreiheiten.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der *BGH* äußerst strenge Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Widerspruchs formuliert. Denn selbst der ausdrückliche Widerspruch gegenüber dem Betreiber einer bestimmten Suchmaschine reiche nicht aus, weil die Erklärung ursprünglich ja an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet gewesen sei⁶⁶. Erforderlich ist vielmehr ein echter „actus contrarius“ in Gestalt der Einrichtung von technischen Sicherungsmaßnahmen. Der *BGH* entwickelt hier eine eigene Dogmatik für Erklärungen gegenüber der Öffentlichkeit. Ähnlich wie bei OSS-Lizenzen ein „Angebot“ gegenüber jedermann erfolgt, findet hier – durch den tatsächlichen Akt des Einstellens ohne Sicherungsmaßnahmen – eine Art „Widmung“ an die Öffentlichkeit statt⁶⁷. Entsprechend ist die Auslegung des Erklärungsgehalts der Einwilligung bis aufs Äußerste objektiviert. Letztlich erfolgt die Anwendung der Figur nicht mehr gemäß der Rechtsgeschäftslehre, sondern stellt objektiv auf die Funktionsfähigkeit des Mediums ab⁶⁸. Referenz der Auslegung ist das werkbezogene Verhalten des Berechtigten im Kommunikationsmedium. Es geht um die Berücksichtigung der *kommunikativen Funktion* des Werkes nach seiner Veröffentlichung im jeweiligen Medium. Bei dieser medialen Funktion kann das „allgemeine Interesse an der Tätigkeit von Bildersuchmaschinen“ berücksichtigt werden⁶⁹. Ganz ähnlich wird im US-amerikanischen leading case zur Bildersuche argumentiert, dass die Thumbnails eine ganz andere Funktion besäßen als die digitalen Bilder in ihrer originalen Größe: Während diese dem ästhetischen Ausdruck dienen, erleichterten jene das Auffinden von Informationen im Internet. Diese Andersartigkeit der Nutzung des Werkes im Rahmen Suchfunktion sei hinreichend „transformative“, um die

⁶⁶ *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 37 – Vorschaubilder.

⁶⁷ Der Unterschied liegt freilich darin, dass bei OSS-Lizenzen nach h.M. im deutschen Recht der Urheber ein Angebot über die Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts gegenüber jedermann abgibt, während vorliegend nach Ansicht des *BGH* kein Recht eingeräumt wird. Nach der in den USA vorherrschenden Interpretation von OSS-Lizenzen ist freilich auch bei diesen von einem (unter vielfältigen Bedingungen stehenden) einseitigen Rechtsakt des Urhebers auszugehen.

⁶⁸ Zur Rolle der nicht-kontraktualistisch interpretierten „implied license“ bei der Zulassung der Aktivitäten von Suchmaschinen vgl. *Fischman Afori*, 25 Santa Clara Computer & High Tech Journal 275, 309 (2009).

⁶⁹ *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 39 – Vorschaubilder.

Darstellung durch den Suchmaschinenbetreiber als „fair use“ zu qualifizieren⁷⁰. In beiden Jurisdiktionen sind die Gerichte im Übrigen offenbar bereit, die Informationsfunktion des Werkes selbst dann der Öffentlichkeit zu erhalten, wenn die Bilder von dazu nicht berechtigten Personen eingestellt wurden; eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers soll nur dann in Betracht kommen, wenn er vom Rechtsinhaber durch eine „Takedown Notice“ von der Rechtsverletzung in Kenntnis gesetzt wurde⁷¹.

In der Sache führt der *BGH* mit Hilfe der stark objektiv ausgelegten Figur der Einwilligung de facto eine neue Schranke des § 19a UrhG zu Gunsten von Suchmaschinenbetreibern ein; ähnlich wie zuvor schon bei Entwicklung der Schranke des § 44a UrhG⁷². Die hohen Anforderungen an das Opt-out lassen sich damit erklären, dass der *BGH* die Such- und Indexierungsfunktionalität eines Werkes als öffentliches Gut ausgestaltet: Wie schon in der Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Hyperlinking entzieht der *BGH* faktisch eine für die Funktionsfähigkeit des Mediums wichtige Nutzungshandlung dem Verbotsrecht des Urhebers. Das Recht des Zugänglichmachens i.S. des § 19a UrhG würde dann die „mit dem Betrieb von Bildersuchmaschinen üblicherweise verbundenen Nutzungshandlungen“ *nicht* mehr umfassen⁷³. In dieser Festlegung von Nutzerfreiheiten drückt sich positiv die rechtliche Konstruktion des Mediums als Gemeinschaftsgut aus. Dass die Nutzung durch die Suchmaschinenbetreiber im Rahmen der ungeschriebenen Schranke für die Urheber kompensationslos erfolgt, lässt sich einerseits mit der geringen Eingriffsintensität der Suchnutzung erklären, vor allem aber mit deren funktionalen Andersartigkeit im Vergleich zu einer auf den Werkgenuss durch Endnutzer zielenden Verwertung – im Unterschied zur qualifizierten Nutzung von Werken beim GBS-Projekt, die die herkömmliche analoge Verwertungsform zu substituieren geeignet ist und deshalb den Urhebern nur gegen Kompensationszahlungen zugemutet werden kann⁷⁴.

Festzuhalten bleibt, dass die Figur des Opt-out Feinjustierungen bei der Prozeduralisierung des Schutzrechts erlaubt, die bis hin zur faktischen Einführung einer neuen Schranke – und damit der

⁷⁰ Vgl. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d, 811, 819 („Arriba's use of the images serves a different function than Kelly's use – improving access to information on the internet versus artistic expression“).

⁷¹ Vgl. das obiter dictum in *BGH*, GRUR 2010, 628 Rdnr. 39 – Vorschaubilder, und zum anderen *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1172.

⁷² Vgl. *Spindler*, GRUR 2010, 785 (791).

⁷³ I.E. zieht es der *BGH* vor, eine neue (ungeschriebene) Schranke über den Umweg der weiten Auslegung einer Willensäußerung zu schaffen, anstatt die vorhandene Schranken in § 51 UrhG extensiv auszulegen. Im rechtsgeschäftlichen Rahmen nimmt der *BGH* eine Interessen- und Güterabwägung vor, die er bei den Schranken gerade ablehnt, die andererseits aber dem Rechtssystem die nötige Flexibilität gegenüber neuen technologischen Phänomenen verleiht. Vgl. auch *Spindler*, GRUR 2010, 785 (791).

⁷⁴ Klarstellend sei hinzugefügt, dass die geringe Eingriffsintensität der Nutzung durch Google und die Bindung der gerichtlichen Entscheidung nur inter partes von der Prüfung weiterer Kriterien für die Anerkennung privater Zugangsregeln (insb. der Repräsentation) entbinden.

Ausgestaltung als öffentliches Gut – reichen können: je nach Bedeutung der Werknutzung für das Medium und nach Zumutbarkeit der Nutzungsintensität für den Rechtsinhaber.

V. Folgerungen

Intermediäre urheberrechtlicher Werke im Internet nutzen das Werk unter Bedingungen, die bei dessen Veröffentlichung nicht bekannt waren. Eine Analyse der Beispielfälle zeigt, dass rechtliche Zugangsregeln zur Anwendung kommen, welche die neue Nutzung auch ohne das Erfordernis der tatsächlichen Zustimmung sämtlicher betroffener Rechtsinhaber erlauben⁷⁵. Als wichtiger Bestandteil des urheberrechtlichen Nutzungsregimes für die Aktivitäten von Intermediären erweist sich das Instrument des „Opt-out“, mit dessen Hilfe der Rechtsinhaber den Schutz des Werkes individuell von einer „liability rule“ – die dem Intermediär die Nutzung gegen oder ohne Kompensationszahlung erlaubt – auf ein Verbotsrecht zurückstellen kann⁷⁶. Darin drückt sich eine Prozeduralisierung von Schutzrechten aus: Der Entwicklungsoffenheit des neuen Mediums kann das Recht dadurch Rechnung tragen, dass es Urheberrechte als „imperfekte“ Rechtspositionen begreift, deren Schutzzumfang in Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Mediums der Nutzung

--- GRUR 2011, S. 673 ---

konkretisiert wird⁷⁷. Jedenfalls für die Nutzung zur Bildersuche folgen die deutsche und US-amerikanische Rechtsprechung keiner „Eigentumslogik“ im Urheberrecht, sondern entscheiden zu Gunsten der gemeinwohlfördernden Nutzungsfreiheit des Intermediärs.

Auch im Fall von „Google Book Search“ hätte Einiges dafür gesprochen, dass das *Gericht* den Vergleichsvorschlag genehmigt und damit das Projekt der Retrodigitalisierung vorsichtig zulässt. Dieses Zulassen qualifizierter Nutzungshandlungen der Intermediäre kann an Bedingungen gebunden werden. Gerade in dem über die gesetzlichen Schranken hinausgehenden Regelungsbereich des Vergleichs hätte das Recht auf innovative Weise „Freiheit unter Auflagen“ gewähren können⁷⁸, um die Einlösung der Vorteile aus dem Projekt für das Gemeinwohl

⁷⁵ Auch *BGH*, GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder, benutzt nur formal die Figur der Einwilligung; materiell wird diese so stark objektiv ausgelegt, dass man nur von einer Fiktion des Willens sprechen kann.

⁷⁶ Diese ist auch vorgesehen bei der Erbringung von Zugangsdiensten im Internet, wie die Regelungen für die Haftung von ISP als Hosts in Section 512 (c) des US Copyright Act und Art. 14 E-Commerce-RL zeigen.

⁷⁷ Zur Rekonfiguration von Immaterialgüterrechten im Kontext ihrer Ausübung im Internet vgl. schon *Burk*, 21 *Cardozo L. Rev.* 121 (1999).

⁷⁸ Das von *Wietböler* formulierte Konzept der Freiheit unter Auflagen verschiebt das Kantische Privatrechtsmodell von „Freiheitsausübung unter allgemeinen und formalen Verbotsregeln“ hin zu „Begründungsaufgaben“, die die Inanspruchnahme von Freiheiten weniger beschränken und die alten Verbote zu Gunsten neuer „objektiver Möglichkeiten“ aufbrechen. Die neuen

sicherzustellen. Denn das ist die Aufgabe des Rechts bei der Prüfung der von privaten Akteuren entworfenen Zugangsregeln für neuartige Nutzungen von Werken in den Medien der Zivilgesellschaft: die Gewährleistung der „autonomen Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse“⁷⁹. Diese Chance hat das New Yorker *Gericht* der Gesellschaft vorenthalten. Ob in den USA die Nutzung von orphan works gesetzlich geregelt werden wird, ist völlig offen. Noch fraglicher ist, ob sie für die Urheber günstiger als das ASA ausfallen würde. Der Spielraum für den Gesetzgeber dürfte jedenfalls auch von Verfassungs wegen groß sein, wie die Nichtannahme von Verfassungsbeschwerden gegen den neu geschaffenen § 137I UrhG zeigt, in der das *BVerfG* die weite Übertragungsfiktion mühelos damit rechtfertigt, dass sie zum Nutzen der Allgemeinheit die „in zahlreichen Archiven ruhenden Schätze“ zugänglich mache⁸⁰.

Der Blick auf die Geschichte des Internet lehrt, dass es eben nicht primär der Staat ist, der die Handlungsregeln für das neue Medium entwickelt. Dies geschieht vielmehr in Prozessen privater Regulierung⁸¹. Private Zugangsregeln erlangen Rechtsgeltung, wenn sie vor Gerichten anhand der – sich freilich ihrerseits entwickelnden – Maßstäbe staatlichen Rechts gerechtfertigt werden können. So etwa geschehen in den Fällen des Hyperlinking und der Bildersuche im Internet. Rechtsgeltung lässt sich aber nicht nur durch Anerkennung seitens staatlicher Instanzen erlangen. Die Änderung des Lizenzregimes bei Wikipedia zeigt, dass (neue) Zugangsregeln auch in Verfahren einer „rough and ready representation“⁸² von der Gruppe der betroffenen Rechtsinhaber selbst legitimiert werden können. Im Falle des GBS-Projekts schließlich hätte die Bestätigung des Vergleichs durch ein Gericht in einem Verfahren unter Beteiligung von Repräsentanten der betroffenen Rechtsinhaber zu einer neuartigen, hybriden Legitimationsstruktur geführt⁸³.

Die eigentliche Problematik des Vergleichs kommt in der Entscheidung gar nicht zur Sprache: Er formuliert zu komplizierte Regeln für den Zugang zur Kultur⁸⁴. Weil einfache gesetzliche Regelungen fehlen, die das Urheberrecht in seinen Grundstrukturen an die veränderten Produktions- und Rezeptionsbedingungen von Kultur in der digitalen Zivilgesellschaft anpassen,

Zulässigkeiten werden folglich wohl kalkuliert und ihrerseits einer Zulässigkeitsprüfung unterzogen und unter Zulässigkeitsbedingungen gesetzt. Vgl. *Becker*, Von Namen und Nummern, 2005, S. 35f.

⁷⁹ Vgl. *Wietbölder*, KritV 1988, 1 (22f.).

⁸⁰ Vgl. *BVerfG*, GRUR 2010, 332 (335) – Filmurheberrecht.

⁸¹ Zur Entwicklung des Internets vgl. *Post*, In Search of Jefferson's Moose – Notes on the State of Cyberspace, 2009.

⁸² So das Legitimations-Konzept von *Merges*, 36 Hofstra Law Review 1179, 1190 (2008), für die Ausübung von Schutzrechten der Gruppe von stark dezentralisierten Werkschöpfern durch „the most active contributors to interest group websites, or heads of informal user groups“.

⁸³ Wiederum zeigen sich Ähnlichkeiten mit privatautonomen Insolvenzregimen, bei denen sich rechtliche Regelbildung ebenfalls hybrid über das Zusammenwirken von Markt und gesetzliche Kooperationspflichten vollzieht.

⁸⁴ Vgl. die Kritik bei *Lessig* auf The New Republic v. 26. 01. 2010 (www.tnr.com).

entstehen komplexe private Parallelwelten. Solange indessen die fällige Generalrevision nicht erfolgt, dürfte mit Blick auf Versuche der privatautonomen Restrukturierung eines prädigitalen Urheberrechts gelten: Die Gegenwart einer komplexen Lösung sollte weder von einer Vergangenheit ohne Lösung noch von der Zukunft einer vorgeblich besseren Lösung verhindert werden.