

*Peter Jaszi*  
Fair Use heute

aus:

## **Mit gutem Recht erinnern**

Gedanken zur Änderung der rechtlichen  
Rahmenbedingungen des kulturellen Erbes in  
der digitalen Welt

Herausgegeben von Paul Klimpel

S. 163 – 169

Hamburg University Press  
Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg  
Carl von Ossietzky

## Impressum

### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/> abrufbar.

### Online-Ausgabe

Die Online-Ausgabe dieses Werkes ist eine Open-Access-Publikation und ist auf den Verlagswebseiten frei verfügbar. Die Deutsche Nationalbibliothek hat die Online-Ausgabe archiviert. Diese ist dauerhaft auf dem Archivserver der Deutschen Nationalbibliothek (<https://portal.dnb.de/>) verfügbar.

DOI 10.15460/HUP.178

### Printausgabe

ISBN 978-3-943423-46-4

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Das Werk steht unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0, <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>). Ausgenommen von der oben genannten Lizenz sind Teile, Abbildungen und sonstiges Drittmaterial, wenn anders gekennzeichnet.

Herausgeber: Paul Klimpel

Covergestaltung: Hamburg University Press

Coverabbildung: Jürgen Keiper, <http://www.jkeiper.de> (Fragment, TIB Hannover)

Druck und Bindung: Hansadruck, Kiel

2018 Hamburg University Press, Verlag der Staats- und Universitätsbibliothek Hamburg Carl von Ossietzky, Hamburg (Deutschland)  
<http://hup.sub.uni-hamburg.de>

# Inhaltsverzeichnis

- V Besonderer Dank
- VII Geleitwort
- IX „Hamburger Note zur Digitalisierung des kulturellen Erbes“

## 1 Einleitung

*Paul Klimpel*

- 3 Warum dieses Buch

## 9 Bereichsausnahmen

*Gabriele Beger*

- 11 Archivierung: ein Plädoyer für eine Bereichsausnahme

*Andrea Hänger*

- 25 Urheberrecht im Archiv: das Beispiel des Bundesarchivs

*Julia Reda*

- 37 Kulturelles Erbe befreien: zur Notwendigkeit einer europäischen Lösung

## 51 Neue Regeln für die Sichtbarkeit

*Thomas Dreier und Veronika Fischer*

- 53 Museen: digitaler Erhalt und digitale Sichtbarkeit

*Dietmar Preißler*

- 69 Bilder-Los: digitale Welt, Urheberrecht und Museen

## 79 Schutzfristen

*Oliver Hinte*

81 Nach 25 Jahren ist Schluss

*Martin Kretschmer*

89 Niemand hat etwas davon, wenn Werke nicht genutzt werden können

## 95 Kollektive Rechtewahrnehmung und Verwertungsgesellschaften

*Elisabeth Niggemann*

97 Neues Leben für vergriffene Werke

*John Hendrik Weitzmann*

113 Primat der Verfügbarkeit „verwaister Werke“

## 123 Recht als Hindernis – Hindernisse für das Recht

*Eric W. Steinhauer*

125 Recht als Risiko für das kulturelle Gedächtnis

*Katharina de la Durantaye*

137 Das kulturelle Gedächtnis als Kollateralschaden der „Copyright Wars“

143 Fair Use

*Sylvia Jacob*

145 Konkretisierung der US-amerikanischen *Fair-Use*-  
Doktrin durch die verkehrsbeteiligten Kreise

*Hunter O'Hanian*

147 Best Practice-Leitfaden für die angemessene  
Verwendung (*Fair Use*)

*Peter Jaszi*

163 *Fair Use* heute

171 Autorinnen und Autoren



Peter Jaszi

## *Fair Use* heute

Wenn man sich fragt, wie der Leitfaden angewendet werden soll, mögen einige Hintergrundinformationen über die *Fair-Use*-Doktrin im Zusammenhang mit dem US-Urheberrechtsgesetz und seinen Zielen hilfreich sein. Ziel des Urheberrechts ist es, die Weiterentwicklung von Wissen und Kultur zu fördern.<sup>1</sup>

Sein bekanntestes Merkmal ist der Schutz von Eigentumsrechten. Gleichzeitig kann aber das Vervielfältigen, Zitieren, Rekontextualisieren und Wiederverwenden vorhandener Kulturgüter für die Schaffung und Verbreitung von Wissen und Kultur von entscheidender Bedeutung sein. Deshalb liegt dem Urheberrecht ein gesellschaftlicher Interessenausgleich zugrunde. Dieser Ausgleich manifestiert sich wie folgt:

Unsere Gesellschaft gibt den Schöpfern einige Ausschließlichkeitsrechte für urheberrechtlich geschützte Werke, um sie zur Schaffung von Kulturgütern zu animieren. Die Entschädigung, die die Schöpfer<sup>2</sup> für die Verwertung ihres Urheberrechts erhalten, ist ein wichtiger Anreiz. Sie ist jedoch kein Selbstzweck.

Die Gesellschaft beschränkt das Urheberrecht außerdem in vielerlei Hinsicht, sodass der Hauptbegünstigte des Urheberrechts – die Öffentlichkeit – von den Werken profitieren kann.

Ganz einfach ausgedrückt gilt das Urheberrecht nur für eine begrenzte Zeit. Danach werden die Werke gemeinfrei, sodass Alle sie nutzen können. Andere Schranken erlauben die Nutzung urheberrechtlich geschützter

---

<sup>1</sup> Dieser Aufsatz wurde als Annex A zusammen mit dem *Fair-Use*-Leitfaden veröffentlicht.

<sup>2</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form genutzt. Gemeint sind jedoch stets alle Geschlechter gleichermaßen.

Werke ohne Erlaubnis oder Tantiemen an den Urheberrechtinhaber. Ohne diese Nutzungen würden künstlerische und wissenschaftliche Aktivitäten leiden und der Öffentlichkeit wichtige neue Werke – die, die auf vergangenen aufbauen – vorenthalten bleiben.

Wie Sektion 107 des US Urheberrechtsgesetzes von 1976 besagt: „Die angemessene Verwendung (*Fair Use*) eines urheberrechtlich geschützten Werkes [...] ist keine Urheberrechtsverletzung.“<sup>3</sup>

Die *Fair-Use*-Doktrin ist die wichtigste Einschränkung von Urheberrechtsmonopolrechten. Sie ist seit mehr als 170 Jahren Teil des US-Urheberrechts. Wo sie gilt, ist *Fair Use* ein Recht und kein bloßes Privileg. Weil das US-Urheberrechtsgesetz *Fair Use* nur vage umschreibt, kann sich die *Fair-Use*-Doktrin an neue Umstände anpassen; dass sie prozessual als Rechtfertigung herangezogen werden kann, sollte sich nicht auf diese Eigenschaft auswirken.

So ist beispielsweise die Meinungsfreiheit ein Recht, das als Verteidigung in Verleumdungsfällen erhalten kann. Anstatt einer festen Formel zu folgen, beurteilen Rechtsanwälte und Richter, ob eine bestimmte Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials „angemessen“ (*fair*) ist. Dabei folgen sie einer „gerechten Vernunftregel“ („equitable rule of reason“).

Das beinhaltet die Berücksichtigung aller Fakten und Umstände, um zu entscheiden, ob ein unlizenzierter Gebrauch urheberrechtlich geschützten Materials soziale oder kulturelle Vorteile mit sich bringt, die die finanziellen Nachteile für den Urheberrechtinhaber überwiegen.

Gerichtsentscheidungen über *Fair Use* geben Anwälten wichtige Anhaltspunkte für die Auslegung der Doktrin an die Hand. Im Jahre 1976 schrieb der Kongress die ehrwürdige, auf Richterrecht beruhende Regel in Sektion 107 nieder und kodifizierte damit die bekannten „vier Faktoren“.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Sektion 107. Einschränkung von Ausschließlichkeitsrechten: Angemessene Verwendung (*Fair Use*)s. Hierzu O’Hanian in diesem Band.

<sup>4</sup> Beachten Sie, dass die Aufzählung nicht erschöpfend ist, obwohl die Faktoren oft als die vier Grundpfeiler der *Fair-Use*-Analyse angesehen werden, das heißt: Gerichte können von Zeit zu Zeit andere Gesichtspunkte wie zum Beispiel das „öffentliche Interesse“ berücksichtigen, um die betreffende Verwendung abzunicken. Dies kann für Nutzer des Bildungswesens und Vertretern von Gedächtnisinstitutionen relevant sein, da ihren Aufgaben großer gesellschaftlicher Nutzen zukommt.

Er nahm auch eine Eingangsformel auf, in der er Beispiele von Verwendungen aufzählte, die als *Fair Use* angesehen werden können. Besonders beachtenswert ist, dass einige von diesen (wie „Kritik, Kommentare, Lehre, Wissenschaft, [und] Forschung“) Kernaktivitäten vieler der in der Kunstszene tätigen Fachleute sind.

Es folgte ein Jahrzehnt von hauptsächlich vorsichtigen und sogar konservativen Gerichtsentscheidungen, die den eigentlichen Nutzen der Doktrin für diejenigen, die Kulturgüter produzieren und kommentieren, regelrecht untergrub.

Anfang der Neunzigerjahre nahm die Rechtsprechung jedoch eine dramatische Wendung: Bis 2002, als der Oberste Gerichtshof der USA die starke Verknüpfung zwischen *Fair Use* und der im „First Amendment“ enthaltenen Meinungsfreiheit in „*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186“ bekräftigte, hatte sich die Rechtsdogmatik bereits dramatisch verändert. In der Zwischenzeit hatten die Gerichte darauf hingewiesen, dass eine gemeinhin essenzielle Überlegung bei der Bewertung der *Fair-Use*-Faktoren sei, ob die Verwendung als „umgestaltend“ (*transformative*) angesehen werden könne, ob sie etwas „Neues, mit einem weiteren Zweck bzw. unterschiedlichem Charakter“ hinzufüge, wie das Oberste US-Gericht in der Entscheidung „*Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994)“ statuierte.

Seitdem haben die Entscheidungen die Ansicht bestärkt, dass eine Verwendung nicht – wie es sonst regelmäßig der Fall ist – einer wortwörtlichen Veränderung oder Überarbeitung des Originals bedarf, um als „umgestaltend“ angesehen zu werden, sondern es wesentlich ist, dass das Material in einen neuen Kontext gesetzt wird, in dem es eine neue Funktion erfüllt. Somit könnte die Reproduktion eines Bildes genauso wie die Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials in neuer Kunst dazu zählen, um die Argumente eines wissenschaftlichen Artikels zu untermauern.

Wo eine Verwendung umgestaltend wirkt, wird der erste gesetzlich vorgeschriebene Faktor (nach Zweck und Eigenart zu schauen) stark für *Fair Use* sprechen, selbst wenn die neue Verwendung „kommerzieller“ Natur ist.

Der zweite Faktor (der sich auf die Art des Werkes bezieht) tendiert auch dazu, umgestaltende Verwendungen zu bevorzugen. Dieser Faktor ist dazu da, gewisse einfallsreiche Werke mit einem besonderen Schutz gegen

unlautere Verwertung zu versehen. Jedoch verfehlt dieses Anliegen seine Wirkung, wenn sie für andere Zwecke verwendet werden.

Was den dritten Faktor betrifft, werden Gerichte die Angemessenheit der genutzten Menge des urheberrechtlich geschützten Materials an dem umgestaltenden Zweck dieser Nutzung messen.

Wo bildliche Darstellungen betroffen sind, wird oft die Verwendung eines ganzen Bildes darunter fallen, wie in „Nunez v. Caribbean Int'l News Corp., 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)“ entschieden wurde.

Ganz besonders wichtig: Eine umgestaltende Verwendung wird unter dem vierten Faktor, der sich auf den kommerziellen Schaden des Urheberrechtinhabers bezieht, wohl eher zugunsten von *Fair Use* ausgelegt werden, weil eine immer größer werdende Menge von Gerichten entschieden hat, das Urheberrechtinhaber nicht dazu befugt sind, die Sekundärmärkte für ihre umgestalteten Werke zu kontrollieren, wie beispielsweise in „Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd., 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)“ entschieden wurde. Dieser Fall betraf eine Grafik, die eine historische Erzählung wiedergab.

Die unlicenzierte Verwendung von Vorschaubildern (sogenannten „thumbnails“) in Internetsuchmaschinen wurde auf dieser Basis als *Fair Use* eingestuft. Ein Beispiel hierfür ist der Fall „Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)“.

Andererseits schützt der Umgestaltungstest auch die Rechteinhaber gegen das Eindringen in kommerziell signifikante oder potenzielle Märkte, die ihnen zur Verwertung zustehen.

Wenn eine Verwendung nur eine autorisierte Nutzung im Kernmarkt des Urheberrechtinhabers substituiert – zum Beispiel das Bild einer ausgewählten Statue, die aufgrund ihrer ansprechenden Ästhetik auf einer Briefmarke verwendet wird, wie in „Gaylord v. United States, 595 F.3d 1364 (Fed. Cir. 2010)“ – ist es weniger wahrscheinlich, dass dies als *Fair Use* eingestuft wird.

Wo eine Verwendung nicht als umgestaltend eingestuft wird, ist es wahrscheinlich, dass der kommerzielle Schadenstest des vierten Faktors eine gewichtigere Rolle in der Auswertung spielt.

So wird beispielsweise das Versäumnis eines Lehrbuchautoren, die Lizenzen für die Zusammenfassung des beruflichen Werdeganges verschie-

dener Künstler, die er von einer proprietären Website übernommen hat, zu erwerben, gegen eine Einordnung als *Fair Use* sprechen.

Andererseits kann die Vervielfältigung eines verwaisten Werkes, das nicht aktiv verwertet wird, aus demselben Grund als *Fair Use* gelten.

Wie zu erwarten ist, wurden diese Entwicklungen im Fallrecht von manchen infrage gestellt, die den Umgestaltungstest als zu subjektiv kritisierten, zu weitgehend im Ergebnis (was die Interessen der Urheberrechtinhaber angeht) und gewissermaßen ein Widerspruch dazu, das gemäß Sektion 106 Abs. 2 des US- Urheberrechtsgesetzes das ausschließliche Recht, abgeleitete Werke anzufertigen, dem Rechteinhaber zukommt.

Nur die Zeit wird zeigen, wie gerechtfertigt diese Einwände sind. Was den letzten angeht sollte hervorgehoben werden, dass all die Ausschließlichkeitsrechte, die Sektion 106 gewährt, eingeschränkt sind. Es ist deshalb nicht klar, warum das Abgeleitete-Werk-Recht weniger unter die *Fair-Use*-Doktrin fallen können soll als das Recht zur Vervielfältigung, Verbreitung oder Aufführung.

Sicherlich bleibt es streitig, inwieweit *Fair Use* auf sogenannte Aneignungskunst („Appropriation Art“) Anwendung findet, deren Fallrecht lange in dem Problembericht thematisiert wurde, der diesem Leitfaden zugrunde liegt. Die besondere Anwendung des Umgestaltungstests in „*Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir. 2013)“, bei dem es um neue Kunstwerke ging, die der Beklagte durch das Übermalen von Fotografien anfertigte, die aus dem Buch des Klägers stammten, scheidet immer noch die Geister.

Der vorliegende Leitfaden schlägt in diesem Praxisbereich der bildenden Kunst genau wie in den anderen Bereichen eine ausgeglichene Herangehensweise für die Anwendung von *Fair Use* vor.

Im Allgemeinen hat es nie eine stärkere gerichtliche Übereinstimmung über das Wesen der *Fair-Use*-Doktrin gegeben als heute. Während sie *Fair-Use*-Entscheidungen treffen, wie sie der Kunstszene tagtäglich begegnen, konzentrieren sie sich faktisch auf zwei Schlüsselfragen:

- Hat die Verwendung das urheberrechtlich geschützte Material „umgestaltet“, indem es für einen Zweck gebraucht wurde, der signifikant anders ist als der Ursprüngliche, oder stellt es für den Verbraucher nur ein Substitut für das Original dar?

- Waren die Menge und die Art des Materials, das verwendet wurde, angemessen, wenn man das Wesen des urheberrechtlich geschützten Werkes und dessen Verwendung berücksichtigt?

Diese beiden Fragen kompensieren praktisch die vier Faktoren. Die erste Frage enthält die ersten zwei Faktoren – den Zweck der Verwendung und die Art des verwendeten Werkes.

So würde beispielsweise die Tatsache, dass es sich um ein unveröffentlichtes Werk handelt, gegen die *Fair-Use*-Doktrin sprechen, wenn ein privater Brief eines verstorbenen Künstlers für entgeltlose Effekthascherei genutzt würde. Aber es wäre ohne Auswirkung, wenn er für einen wissenschaftlichen und somit umgestaltenden Zweck genutzt würde.

Die dritte Frage formuliert den dritten Faktor um, der auf die Quantität und Qualität des verwendeten Materials schaut.

Beide Schlüsselfragen berühren den vierten Faktor, der auf den kommerziellen Schaden gerichtet ist, den die Verwendung auf dem relevanten Markt des Urheberrechtinhabers auslösen würde.

Das liegt daran, dass Gerichte klargestellt haben, dass es der Substitutionsschaden ist, der bei der Anwendung des vierten Faktors zählt. Das heißt, dass ein solcher Schaden entstehen könnte, wenn Künstler Bs Parodien von Künstler As Werken die Käufe von Künstler As Werken in den Hintergrund drängen, nicht jedoch, wenn im Ergebnis Künstler As Werke an Beliebtheit oder Verkäuflichkeit einbüßen würden.

Mit anderen Worten: Wenn die Antwort auf diese Fragen eindeutig positiv ausfällt, ist es wahrscheinlich, dass die Gerichte *Fair Use* bejahen werden, selbst wenn ein Werk als Ganzes genutzt wird. Wo dies der Fall ist, sollte ein Rechteinhaber auch einsehen, dass es sich nicht lohnt, gegen die Verwendung vorzugehen.

Gerichtsentscheidungen zeigen auch, dass es hilfreich für das *Fair-Use*-Argument ist, wenn der Nutzer die neue Funktion, Zweck oder Kontext der Verwendung erklären kann.

Das Fallrecht legt ferner nahe: Je schlüssiger die Begründung des Verwendens, wie und warum es angemessen war, das urheberrechtlich geschützte Werk zu verwenden, desto leichter ist es für die Richter zu verstehen, ob und warum die Verwendung als „umgestaltend“ anzusehen ist.

Die Flexibilität der *Fair-Use*-Doktrin kann dazu führen, dass Nutzer sich klarere Regeln oder Trennlinien wünschen. Aber gerade die Flexibilität der *Fair-Use*-Doktrin ist ihre Stärke.

Gerichte haben betont, dass die *Fair-Use*-Bewertung fakten- und situationsspezifisch ist. In den meisten Fällen ist sie jedoch auch recht vorhersehbar. Sie kann allerdings noch vorhersehbarer gemacht werden: Selbst ohne Fallrecht, das sich mit einer spezifischen Verwendung befasst, können Richter und Anwälte Erwartungen und Praxis berücksichtigen – beispielsweise, ob der Verwender vernünftig und gutgläubig in einem bestimmten Feld im Lichte der Standards der üblichen Praxis gehandelt hat.

Ein Weg, um ein besseres Verständnis dafür zu schaffen, was unter *Fair-Use* erlaubt ist, ist daher, die fundierten Ansichten und Best Practice-Lösungen einer Fachgemeinschaft zu dokumentieren.

Zu guter Letzt sollte erwähnt werden, dass Rechtsexperten uneinig darüber sind, inwieweit die Gutgläubigkeit des Verwenders seine *Fair-Use*-Rechtfertigung untermauern kann – obwohl sie natürlich nicht schaden kann. Nichtsdestotrotz glaubten die Mitglieder der Kunstszene, die sich trafen, um den Konsens zu entwickeln, an ihre Relevanz. Somit spiegelt der Leitfaden einige weitläufig und stark verbreitete Gemeinschaftswerte, wie insbesondere die Bedeutung der Benennung der ursprünglichen Quelle sowie der Schutz nicht-urheberrechtlich verankerter Interessen wie Privatsphäre und kultureller Sensibilitäten (insbesondere die von Ureinwohnern), die nicht an die Sprache des US-Urheberrechtsakts gebunden sind.