

ist.³¹⁵ Ist eine verfassungskonforme Auslegung im Einzelfall wegen eines entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts nicht möglich oder führt diese im Einzelfall zu untragbaren – oder vom Gericht für untragbar gehaltenen – Ergebnissen, so bleibt den Gerichten die Möglichkeit einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG.³¹⁶ Eine solche Vorlage durch die Anwendung einer gesetzlich nicht vorgesehenen und mit gesetzlichen Wertungen unvereinbaren Güter- und Interessenabwägung zu umgehen, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der ausschließlich das Bundesverfassungsgericht ermächtigt hat, die Verfassungswidrigkeit einer Regelung festzustellen.³¹⁷ Hält auch das Bundesverfassungsgericht eine bestimmte Regelung für unvereinbar mit grundgesetzlichen Wertungen, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung zu sorgen – etwa durch die flexible Ausgestaltung der Schrankenregelungen, die eine angemessene Berücksichtigung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes im Einzelfall ermöglicht.

C. Das Schrankensystem des US-amerikanischen Copyright Law

Auch im US-amerikanischen Copyright Law werden die Ausschließlichkeitsrechte dem Rechteinhaber nicht schrankenlos gewährt. Ebenso wie das deutsche und kontinentaleuropäische Urheberrecht kennt das Copyright einen gesetzlichen Katalog von Schrankenbestimmungen, unterscheidet sich aber insoweit erheblich vom deutschen Urheberrecht als zusätzlich eine generalklauselartige Schranke existiert. Dieser Generalklausel, der richterrechtlich entwickelten und inzwischen in 17 U.S.C. § 107 geregelten *Fair Use*-Doktrin (dazu sogleich I.), kommt dabei – im Gegensatz zu den zumeist sehr detaillierten Schrankenbestimmungen der 17 U.S.C. §§ 108-122 (zu diesen sonstigen „*Limitations on exclusive rights*“ unten II.) – eine überragende Bedeutung bei der Rechtfertigung von Eingriffen in die Verwertungsrechte des Urhebers zu.

315 Vgl. *Findeisen*, Auslegung, S. 124 f.; *Förster*, Fair Use, S. 82; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517 f.).

316 Vgl. *Fromm/Nordemann/J.B. Nordemann*, § 97 Rn. 23.

317 Vgl. BGHZ 154, 260 (266 f.) – *Gies-Adler; Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (650).

I. Die Fair Use-Doktrin

Wie das gesamte US-amerikanische Urheberrecht findet auch die *Fair Use*-Doktrin ihr Vorbild und ihre Wurzeln im angelsächsischen Recht. In einigen englischen Gerichtsentscheidungen aus dem 18. und frühen 19. Jahrhundert findet sich bereits die Ablehnung von Urheberrechtsverletzungen mit der Begründung, die vorgenommene Nutzung sei im konkreten Fall als „fair“ anzusehen.³¹⁸ In diesen frühen Entscheidungen wurde die Nutzung stets dann als „fair“ beurteilt, wenn lediglich einzelne Teile eines Originalwerkes übernommen wurden und nur als Ausgangspunkt für ein neues, eigenständiges Werk dienten und somit dem wissenschaftlichen Fortschritt und letztendlich der Allgemeinheit zugute kamen.³¹⁹

1. Entwicklung der Fair Use-Doktrin als richterrechtliche Generalklausel

Einige dieser Überlegungen übernahm als erstes US-amerikanisches Gericht der Circuit Court of Massachusetts in seiner Entscheidung *Gray v. Russell* aus dem Jahre 1939,³²⁰ ohne jedoch von einer „fairen“ Nutzung zu sprechen.³²¹ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der englischen Rechtsprechung zum „*fair abridgement*“ fand jedoch erstmals durch *Justice Story* als Richter desselben Gerichts zwei Jahre später in der Entschei-

318 Vgl. etwa *Gyles v. Wilcox*, 26 Eng. Rep. 489, 490 (Ch. 1740) [„*fair abridgement*“]; *Campbell v. Scott*, 59 Eng. Rep. 784, 787 (Ch. 1802) [„*fair criticism*“]; *Wilkins v. Aikin*, 34 Eng. Rep. 163, 164 (Ch. 1810) [„*fair quotation*“]. Ausführlich zum englischen *Case Law* von 1740-1839 als Ursprung der Fair Use-Doktrin siehe *Patry, Fair Use* (1985), S. 6 ff.

319 Vgl. *Patry, Fair Use* (2009), § 1:19.

320 10 F. Cas. 1035 (C.C.D. Mass. 1839).

321 *Justice Story* setzte sich jedoch bereits in dieser Entscheidung mit der Frage auseinander, ob ein „*bona fide abridgement*“ vorliege. Ein solches komme nicht in Betracht, wenn das neue Werk das Originalwerk verdränge oder beeinträchtige („[...] *whether it will, in the present form, prejudice or supersede the original work [...]*“). Dabei sei nicht in erster Linie der Umfang der Werkübernahme entscheidend, sondern der (qualitative) Wert des ausgewählten Materials („*In many cases, the question may naturally turn upon the point, not so much of the quantity, as of the value of the selected materials. [...] The quintessence of a work may be piratically extracted, so as to leave a mere caput mortuum, by a selection of all the most important passages in a comparatively moderate space.*“); 10 F.Cas. 1035, 1038-1039 (C.C.D. Mass. 1839).

dung *Folsom v. Marsh*³²² statt, die daher zumeist als Grundstein der Entwicklung der *Fair Use*-Doktrin im US-amerikanischen Copyright gesehen und zitiert wird.³²³ Im Rahmen einer Entscheidung zur Frage, ob die Übernahme urheberrechtlich geschützter Briefe George Washingtons aus der umfassenden Washington-Biographie des Klägers in die vom Beklagten verfasste Kurzbiographie die Urheberrechte des Klägers verletze, beschäftigte *Justice Story* sich ausführlich mit der in den englischen Urteilen behandelten Frage, wann „*fair abridgement*“, „*fair criticism*“ oder eine „*fair quotation*“ angenommen werden könne.³²⁴ Besondere Bedeutung in der weiteren Entwicklung der *Fair Use*-Doktrin im US-amerikanischen Copyright erlangte dabei die Passage dieses Urteils, in der *Justice Story* Kriterien aufstellte, anhand derer das Vorliegen einer fairen Benutzung festzustellen sei:

„*In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.*“³²⁵

In den folgenden Jahrzehnten – bis zur Kodifizierung der *Fair Use*-Doktrin durch den *Copyright Act of 1976* – ergingen zahlreiche Entscheidungen, die sich unter Bezugnahme auf *Folsom v. Marsh* und die dort aufgestellten (Prüfungs-)Kriterien – angepasst auf die Umstände des Einzelfalls – mit der Frage der Einschränkung der Ausschließlichkeitsrechte des Urheberrechtshabers aufgrund des Vorliegens eines *Fair Use* auseinandersetzen.³²⁶

322 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841).

323 Die heutige Bezeichnung „*Fair Use*“ verwendet das Urteil *Folsom v. Marsh* allerdings nicht. Diese Formulierung findet sich erstmals in der Entscheidung *Lawrence v. Dana*, 15 F.Cas. 26, 58 (C.C.D. Mass. 1869) aus dem Jahre 1869; vgl. Förster, Fair Use, S. 18; Patry, Fair Use (1985), S. 34 f.

324 Im Ergebnis wurde in *Folsom v. Marsh* eine Urheberrechtsverletzung festgestellt und keine Rechtfertigung als „*fair*“ angenommen.

325 *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841) [Hervorhebung durch den Verfasser].

326 Eine detaillierte Übersicht über diese Urteile findet sich bei Patry, Fair Use (1985), S. 25 ff. sowie Yankwich, 22 U. Chi. L. Rev. 203 (1954).

2. Aufnahme der Fair Use-Doktrin in den Copyright Act of 1976

Im Rahmen eines langwierigen und umfangreichen Gesetzgebungsverfahrens,³²⁷ dessen Ergebnis die Verabschiedung des am 1. Januar 1978 in Kraft getretenen *Copyright Act of 1976* war, beschloss der Kongress, die bisher ausschließlich als Richterrecht existierende *Fair Use*-Doktrin in das geschriebene Recht zu integrieren. Dabei entschied sich der Gesetzgeber, lediglich die durch die Rechtsprechung in etlichen Entscheidungen anhand der seit *Folsom v. Marsh* etablierten Kriterien entwickelten Prüfungsmaßstäbe in das Gesetz aufzunehmen. Der Kongress wollte ausdrücklich nicht die richterrechtlich entwickelten Maßstäbe verändern, verengen oder auch nur endgültig festschreiben, sondern vielmehr eine kontinuierliche Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung und Anpassung an zukünftige technologische Entwicklungen gewährleisten und entschied sich daher für die gesetzliche Anerkennung des bisherigen Richterrechts durch die Schaffung einer generalklauselartigen Regelung.³²⁸ Es handelt sich daher bei der Regelung des 17 U.S.C. § 107 mit ihrem offenen Wortlaut³²⁹ nicht – wie vielfach irreführend oder zumindest unglücklich formuliert³³⁰ – um eine „Kodifikation“ der *Fair Use*-Doktrin durch den *Copyright Act of 1976*, sondern richtigerweise vielmehr um eine gesetzgeberische Bestätigung des existierenden Richterrechts mit einem durch die offene Fassung in die Zukunft gerichteten Regelungsauftrag der Gerichte.³³¹

327 Vgl. dazu Förster, Fair Use, S. 18 m.w.N.

328 Vgl. H.R. Rep. No. 94-1476, S. 66 (1976) [“Congress does not intend to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.”]. Kritisch Seltzer, Exemptions and Fair Use, S. 19.

329 Vgl. die Wortwahl „shall include“ vor der Nennung der *Fair Use*-Kriterien in 17 U.S.C. § 107.

330 So etwa *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 547 (1985).

331 Vgl. Förster, Fair Use, S. 18 f.; Gordon, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1603 (1982); *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 523; Patry, On Copyright, § 10:8; ders., Fair Use (2009), § 2:1; Patry/Perlmutter, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. 667, 674 (1993); Patry/Posner, 92 Cal. L. Rev. 1639, 1644 (2004); Rieder, Copyrightverletzungen, S. 197.

a) Die Regelung des 17 U.S.C. § 107

Die durch den *Copyright Act of 1976* etablierte Regelung der *Fair Use*-Doktrin in 17 U.S.C. § 107 wurde bis heute zwei Mal ergänzt³³² und hat in der derzeitigen Fassung folgenden Wortlaut:

17 U.S.C. § 107. Limitations on exclusive rights: Fair Use

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

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

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

Obwohl die Gerichte sich vielfach mit der Frage des *Fair Use* beschäftigt haben, ist es nicht gelungen, das Konzept des *Fair Use* umfassend zu definieren, was ihm den zweifelhaften und viel zitierten Ruf als „*the most*

332 Durch den *Visual Artists Rights Act of 1990* wurde im ersten Satz der Regelung „§ 106A“ eingefügt. Durch den *Act of October 24, 1992*, 102 Pub. L. No. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992) wurde schließlich der letzte Halbsatz zu unveröffentlichten Werken eingefügt; zur diesbezüglichen Diskussion siehe *Förster*, *Fair Use*, S. 59 ff.; *Hoebbel*, *Schutz von Sammelwerken*, S. 342 ff.

troublesome [issue] in the whole law of copyright“ eingebracht hat.³³³ Auch die bewusst vage Formulierung der gesetzlichen Regelung³³⁴ beseitigt diese Schwierigkeit nicht, so dass bisher weder Rechtsprechung, noch Literatur die *Fair Use*-Doktrin anders als durch die in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren umfassend definieren konnten.³³⁵ Es findet sich in der US-amerikanischen Rechtsprechung und Literatur jedoch eine Vielzahl von Versuchen, die Doktrin zumindest treffend zu umschreiben. Der Kongress und U.S. Supreme Court haben *Fair Use* dabei zumeist sehr weit als „*equitable rule of reason*“ bezeichnet, mit deren Hilfe die Richter einen fairen Ausgleich in jedem Einzelfall erreichen und so das Recht schrittweise weiterentwickeln sollen.³³⁶ In der Literatur findet sich beispielsweise die vielzitierte Formulierung, *Fair Use* sei „*a privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner by the copyright*“.³³⁷ Einigkeit besteht jedoch, dass auf Grundlage der Tatsachen eines jeden Falles eine Einzelfallbetrachtung stattfinden muss, die sich grundsätzlich – jedoch nicht zwingend – an den in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren orientiert.

aa) Die Präambel

Im ersten Satz der Regelung, der sogenannten *Preamble*, werden ausdrücklich sechs Nutzungszwecke aufgezählt. Es handelt sich dabei nach inzwischen herrschender Auffassung nicht etwa um eine abschließende Liste von Nutzungen, sondern lediglich um unverbindliche Beispielfälle,

333 So erstmals *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (2d Cir. 1939); zitiert unter anderem in *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (D.C.N.Y. 1968); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 475 (1984); aus der Literatur vgl. *Dannay*, 55 J. Copyright Soc’y U.S.A. 449, 451 (2008); *Gamble*, 9 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 365, 371 (2007); *Goldstein*, 31 Colum. J.L. & Arts 433 (2008); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1602 f. (1982); *Liu*, 31 Colum. J.L. & Arts 571 (2008).

334 Siehe dazu kritisch *Seltzer*, *Exemptions and Fair Use*, S. 19 ff.

335 Vgl. H.R. Rep. No. 94-1476, S. 65 (1976); *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. 1639, 1645 (2004).

336 Vgl. H.R. Rep. No. 94-1476, S. 65 (1976); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 (1984).

337 *Ball*, *Copyright*, S. 260.

in denen eine faire Benutzung typischerweise aufgrund eines besonderen sozialen, politischen oder kulturellen Nutzens in Betracht kommt.³³⁸ Aufgrund des nur beispielhaften Charakters der Aufzählung kommt somit eine Anerkennung als *Fair Use* auch für Nutzungszwecke in Betracht, die nicht ausdrücklich in der Präambel genannt sind. So wurde etwa vom U.S. Supreme Court in der Entscheidung *Sony v. Universal*³³⁹ auch die private Vervielfältigung als *Fair Use* anerkannt; eine Nutzungsform, die in der Aufzählung der Präambel nicht genannt ist. Gleichzeitig bedeutet die Tatsache, dass eine Nutzung einem der explizit aufgelisteten Zwecke dient, auch nicht, dass es sich automatisch um eine faire Benutzung handelt.³⁴⁰ Etwa in der Entscheidung *Harper & Row v. Nation Enterprises*³⁴¹ versagte der U.S. Supreme Court die Berufung auf den *Fair Use*-Einwand und stellte eine Urheberrechtsverletzung fest, obwohl es sich zweifelsohne um einen Fall des in der Präambel erwähnten „*news reporting*“ handelte.

Auch wenn die Aufzählung der Präambel nur beispielhaft ist und selbst für die dort genannten Fälle eine Ablehnung eines *Fair Use* möglich ist, wäre es dennoch falsch, der Präambel jegliche Bedeutung bei der *Fair Use*-Prüfung abzuspochen. Insbesondere im Rahmen des ersten *Fair Use*-Faktors („*Purpose and Character of the Use*“) kommt den in der Präambel genannten Nutzungszwecken durchaus eine Bedeutung zu: Dient die fragliche Nutzung einem der genannten Zwecke, so kann dies im Rahmen des ersten Faktors als Argument zugunsten des Nutzers gelten, da die aufgelisteten Zwecke in der Regel wünschenswert sind. Selbstverständlich sind jedoch auch die weiteren Faktoren noch zu beachten, so dass insgesamt eine faire Benutzung weiterhin abgelehnt werden kann.³⁴²

338 Vgl. statt vieler *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 577 (1994) mit dem auf die Definition von „*such as*“ in 17 U.S.C. § 101 abgeleiteten Hinweis, die in der Präambel genannten Nutzungshandlungen seien „*illustrative and not limitative*“; *Goldstein*, Copyright, § 10.2.1; *Patry*, On Copyright, § 10:12; *ders.*, Fair Use (2009), § 2:7; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 217, jeweils m.w.N. Kritisch zur Aufnahme der Nutzungszwecke *teaching*, *scholarship* und *research* in die Präambel *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 19, 21 ff.

339 464 U.S. 417 (1984). Siehe dazu unten 2. Kapitel, C.I.2.b)aa).

340 Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A](1)(a); *Patry*, Fair Use (2009), § 2:7.

341 471 U.S. 539 (1985). Siehe dazu unten 2. Kapitel, C.I.2.b)bb).

342 Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A](1)(a); *Patry*, Fair Use (2009), § 2:7.

bb) Die vier Fair Use-Faktoren

Entscheidende Bedeutung bei der *Fair Use*-Prüfung kommt den vier in 17 U.S.C. § 107 genannten *Fair Use*-Faktoren zu. Obwohl grundsätzlich die im Gesetz aufgelisteten vier Faktoren nicht abschließend sind,³⁴³ so dass auch weitere Faktoren bei der *Fair Use*-Prüfung berücksichtigt werden können,³⁴⁴ konzentriert sich die gerichtliche Prüfung in der Regel allein auf die vier explizit genannten Faktoren, die im Folgenden lediglich kurz skizziert werden sollen.³⁴⁵ Dabei wird von den Gerichten zumeist im Rahmen einer einzelfallbezogenen Prüfung zunächst jeder der vier Faktoren einzeln untersucht, bevor abschließend eine Gesamtabwägung und -beurteilung erfolgt.³⁴⁶ Eine Hierarchie unter den vier Faktoren gibt es dabei grundsätzlich nicht, so dass keinem der Faktoren durchgehend eine letztentscheidende Rolle zukommt.³⁴⁷ Allerdings hat der Supreme Court in der Entscheidung *Harper & Row v. Nation Enterprises* festgestellt, der vierte Faktor sei „*undoubtedly the single most important element of fair use*“,³⁴⁸ was vielfach – gerade von den Instanzgerichten – wiederholt wurde.³⁴⁹

343 Vgl. den Wortlaut „[...] the factors to be considered shall include [...]“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

344 Siehe etwa *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (D.C.N.Y. 1968) (Besonderes „*Public Interest*“ als zusätzlicher Faktor); *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1129 f. (1990) (Berücksichtigung der „*Privacy*“ als zusätzlicher Faktor) sowie *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 585 (1994) und zuletzt *Field v. Google*, 412 F.Supp.2d 1106, 1122 f. (D. Nev. 2006) zur Berücksichtigung des Handelns in „*Good/Bad Faith*“ als zusätzlichen Faktor; siehe dazu auch unten 5. Kapitel, B.II.1.f).

345 Zum Inhalt der einzelnen Faktoren siehe ausführlich unten 5. Kapitel, B. bei der Darstellung der Vereinbarkeit von *Googles* Buchsuche und der Anzeige von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche mit US-amerikanischem Recht. Ausführlich zu den einzelnen *Fair Use*-Faktoren *Patry, Fair Use* (2009), Chapter 3-6. Zusammenfassend *Förster, Fair Use*, S. 43 ff.

346 Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 578 (1994): „*Nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright.*“.

347 Vgl. *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. 1639, 1645 (2004) m.w.N.

348 *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985). Siehe dazu unten 2. Kapitel, C.I.2.b)bb).

349 Vgl. statt aller *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 574 (1994); *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 924 F.Supp. 1559, 1568 (S.D. Cal.

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

Der erste in 17 U.S.C. § 107 genannte Faktor der *Fair Use*-Analyse betrifft den Zweck und Charakter der Nutzung einschließlich der Frage, ob ihr Gebrauch kommerzieller Natur ist oder gemeinnützigen Erziehungsbeziehungsweise Unterrichtszwecken dient. Während ursprünglich im Rahmen der Prüfung des ersten *Fair Use*-Faktors zumeist entscheidend darauf abgestellt wurde, ob es sich um eine Nutzung zu kommerziellen oder zu gemeinnützigen Zwecken handelte, bildet inzwischen regelmäßig die Frage, ob es sich bei der untersuchten Handlung um einen sogenannten *transformative use* handelt, einen weiteren deutlichen Schwerpunkt der Prüfung.

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

Nach 17 U.S.C. § 107 (2) ist im Rahmen des zweiten gesetzlichen Faktors bei der *Fair Use*-Prüfung die Natur des urheberrechtlich geschützten Werkes zu beachten. Dabei wird zum einen nach dem Grad der Kreativität eines Werkes differenziert und geprüft, ob das benutzte Werk eher kreativer oder eher faktischer Natur ist. Zum anderen kommt der Frage entscheidende Bedeutung zu, ob das Werk zum Zeitpunkt der Nutzung bereits veröffentlicht oder noch unveröffentlicht war. Zum Teil wird zusätzlich berücksichtigt, ob es sich um ein bereits vergriffenes Werk handelt.

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

Als dritter Faktor der *Fair Use*-Analyse ist nach 17 U.S.C. § 107 (3) der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem zu berücksichtigen. Der Wortlaut der Norm verdeutlicht, dass also sowohl die Quantität („Amount“) als auch die Qualität („Substantiality“) der Nutzung bei der Bewertung zu beachten sind.

1996); *Castle Rock Entertainment v. Carol Pub. Group, Inc.*, 955 F.Supp. 260, 270 (S.D.N.Y. 1997); *Field v. Google*, 412 F.Supp.2d 1106, 1118 (D. Nev. 2006) und zuletzt *Bouchat v. Baltimore Ravens Ltd. Partnership*, 587 F.Supp.2d 686, 696 (D. Md. 2008).

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

Der vierte *Fair Use*-Faktor schließlich betrifft den Effekt der Benutzung eines Werkes auf den Markt für dieses Werk. Zu beachten sind dabei neben den vom Urheberrechtsinhaber tatsächlich bedienten Märkten auch bisher noch nicht bediente, potentielle Märkte. Diesem Faktor wird – wie gezeigt – oftmals entscheidende Bedeutung beigemessen, so dass die Rechtsprechung das Vorliegen einer fairen Benutzung bei einer tatsächlichen und wahrscheinlichen Marktschädigung in der Regel ablehnt.

b) Leitentscheidungen des U.S. Supreme Court zur Fair Use-Doktrin

Aufgrund der starken Einzelfallbezogenheit der *Fair Use*-Analyse und des vagen Wortlautes des 17 U.S.C. § 107 lassen sich die vier zuvor kurz skizzierten *Fair Use*-Faktoren ohne einen Blick auf das *Case Law* nicht verstehen beziehungsweise nur schwerlich „mit Leben füllen“. Seit der gesetzlichen Fixierung der *Fair Use*-Doktrin im Jahre 1976 hat der *U.S. Supreme Court* diese insbesondere in drei großen Entscheidungen interpretiert und weiterentwickelt und so aufgrund der Präjudizienwirkung seiner Entscheidungen die spätere Anwendung der Doktrin durch die Instanzgerichte ganz wesentlich geprägt. Diese grundlegenden Entscheidungen, auf die sich auch alle neueren Urteile zur Frage des *Fair Use* im Zusammenhang mit neuartigen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke – etwa zur Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche³⁵⁰ – beziehen, sollen daher im Folgenden in ihren wesentlichen Zügen kurz nachgezeichnet werden.

aa) *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*

In dem Verfahren *Sony v. Universal*³⁵¹ musste sich der U.S. Supreme Court mit der Frage der Zulässigkeit des sogenannten „*time-shifting*“, der Aufzeichnung und einmaligen zeitversetzten Wiedergabe urheberrechtlich

350 Siehe dazu unten 5. Kapitel, B.I.

351 *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

geschützter Fernsehsendungen mit Hilfe des *Betamax*-Heimvideorecorders³⁵² auseinandersetzen. *Universal* als Inhaber der Urheberrechte an vielen Fernsehsendungen hatte *Sony* als Hersteller und Verkäufer des *Betamax*-Videorecorders wegen (mittelbarer) Urheberrechtsverletzungen durch die Nutzung des Videorecorders verklagt. Der *District Court for the Central District of California* hatte in erster Instanz eine Urheberrechtsverletzung verneint und die Klage abgewiesen, da das Gericht die nicht-kommerzielle Nutzung des Heimvideorecorders als *Fair Use* einstufte.³⁵³ Der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* hob diese Entscheidung auf.³⁵⁴ Entgegen der Vorinstanz vertrat das Gericht die Auffassung, die private, nicht-kommerzielle Aufzeichnung urheberrechtlich geschützter Fernsehformate mit Hilfe des *Betamax*-Heimvideorecorders sei nicht als *Fair Use* anzusehen und stelle daher eine Urheberrechtsverletzung dar, für die *Sony* als Hersteller wegen mittelbarer Urheberrechtsverletzung haftbar sei. Der *U.S. Supreme Court* schließlicb widersprach dem *Court of Appeals* und lehnte – in einer knappen 5:4-Entscheidung – eine Haftung von *Sony* ab, da das Gericht die Nutzung des Heimvideorecorders ebenso wie das erstinstanzliche Gericht als *Fair Use* einstufte.

Der Supreme Court setzte sich zunächst mit den Voraussetzungen des „*contributory infringement*“, also der mittelbaren Urheberrechtsverletzung, auseinander. Nur eine solche kam in Bezug auf *Sony* in Betracht, da die (vermeintlichen) Urheberrechtsverletzungen von den Eigentümern der Videorecorder selbst begangen wurden. Eine Haftung für „*contributory infringement*“ setzt einen gewissen Tatbeitrag und ein Wissenselement voraus, wobei grundsätzlich jede Form der Teilnahme ausreicht³⁵⁵ und auch

352 Das *Betamax*-Heimvideosystem wurde von *Sony* in den 1970er Jahren entwickelt und erschien im Jahre 1975 in den USA und Japan, im Jahre 1978 schließlich in der Bundesrepublik Deutschland auf dem Markt, wo es sich jedoch letztlich nicht gegen das *Video Home System* (VHS) von *JVC* durchsetzen konnte.

353 Siehe *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F.Supp. 429 (C.D. Cal. 1979).

354 Siehe *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

355 Vgl. *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971): „[O]ne who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a ‘contributory’ infringer.“ [Hervorhebungen durch den Verfasser].

ein „Wissenmüssen“ („*constructive knowledge*“) genügen kann.³⁵⁶³⁵⁷ Der Supreme Court stellte daher fest, eine mittelbare Haftung von *Sony* müsse ausscheiden, wenn die Nutzer der *Betamax*-Videorecorder diese tatsächlich ganz überwiegend zu nicht urheberrechtsverletzenden Zwecken einsetzten oder aber wenn – in Anlehnung an die patentrechtliche *staple article of commerce*-Doktrin³⁵⁸ – das Produkt zumindest in substantiellem Umfang zu nicht urheberrechtsverletzenden Zwecken eingesetzt werden könne („*capable of substantial noninfringing uses*“).³⁵⁹ Entscheidend für die Frage der mittelbaren Haftung waren somit die urheberrechtliche Bewertung des „*time-shifting*“ durch die Nutzer und die Ermittlung des Potentials des Videorecorders für legale Nutzungen.

Diesbezüglich stellte der Supreme Court zunächst fest, viele Urheberrechtsinhaber seien bereit, die Aufzeichnung zum einmaligen späteren Abruf – das *time-shifting* – zuzulassen, da sie dies als Möglichkeit sähen, die Zuschauerzahlen für ihre Programme zu erhöhen. Die von den privaten Nutzern mit Hilfe des Heimvideorecorders erstellten Aufzeichnungen dieser Programme stellten daher bereits aufgrund des Einverständnisses der Urheberrechtsinhaber keine Urheberrechtsverletzung dar.³⁶⁰ Zudem bestehe an einem Teil der aufgezeichneten Programme schon kein Urheberrechtsschutz, so dass auch diesbezüglich eine Urheberrechtsverletzung durch das *time-shifting* ausscheiden müsse. Der Supreme Court kam daher zu dem Ergebnis, die *Betamax*-Heimvideorecorder hätten durchaus das Potential für eine erhebliche nicht-kommerzielle und nicht-verletzende Nutzung in Form der Aufzeichnung dieser Programme. Diese Nutzungen

356 Vgl. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001): „Contributory liability requires that the infringer ‘know or have reason to know’ of direct infringement“.

357 Ausführlich zu den Voraussetzungen des „*contributory infringement*“ *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 12.04 [A][3]; *Patry*, On Copyright, § 21:42-61, jeweils m.w.N. Aus der deutschen Literatur siehe *Spindler/Leistner*, GRUR Int. 2005, 773 (775 ff.).

358 Diese ist für das Patentrecht inzwischen in 35 U.S.C. § 271(c) gesetzlich geregelt. Zu Entwicklung und Inhalt der *staple article of commerce*-Doktrin siehe *Chisum*, On Patents, § 17.03, § 19.04; *Oddi*, 44 U. Pitt. L. Rev. 73, 75 ff. (1982), jeweils m.w.N.

359 *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 441 f. (1984). Zur Übertragung der *staple article of commerce*-Doktrin auf das Urheberrecht in *Sony v. Universal* siehe *DeSimone*, 53 UMKC L. Rev. 126, 132 ff. (1984); *McCambridge*, 18 J. Marshall L. Rev. 703 (1985) jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

360 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 443 ff. (1984).

würden durch einen Unterlassungsanspruch gegen den Hersteller oder Verkäufer des Aufzeichnungsgerätes zu Unrecht unterbunden.³⁶¹ Eine Haftung für „*contributory infringement*“ müsse also hier schon mangels einer rechtswidrigen Haupttat scheitern.

Auch hinsichtlich solcher urheberrechtlich geschützter Programme, bei denen keine Einwilligung zur Aufzeichnung vorlag, verneinte der Supreme Court jedoch im Ergebnis eine Urheberrechtsverletzung, da er dieses „*unauthorized time-shifting*“ als *Fair Use* einstufte. Bevor sich das Gericht in seiner Prüfung den einzelnen *Fair Use*-Faktoren widmete, hob es hervor, bei der *Fair Use*-Doktrin handle es sich um eine „*equitable rule of reason*“, die vom Gesetzgeber durch die Aufnahme in den Copyright Act in Gesetzesform gegossen worden sei. Da die im Gesetz genannten Faktoren jedoch nicht abschließend seien, sei auch der schon zuvor anerkannte weite Beurteilungsspielraum der Gerichte bei der *Fair Use*-Prüfung nicht eingeschränkt worden.³⁶² In der anschließenden Prüfung anhand der in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren kam das Gericht zu folgendem Ergebnis: Da die *Betamax*-Nutzer in der Regel die Aufzeichnungen zu privaten und nicht-kommerziellen Zwecken erstellten, wertete das Gericht den ersten *Fair Use*-Faktor („*Purpose and character of the use*“) als starkes Indiz zugunsten einer Zulässigkeit der Nutzungshandlung.³⁶³ Dem zweiten Faktor („*Nature of the copyrighted work*“) schenkte das Gericht in seiner Begründung überraschenderweise gar keine Beachtung, obwohl es sich bei den durch die Nutzer aufgenommenen Fernsehformaten in den meisten Fällen um kreative, originelle Werke gehandelt haben dürfte, was grundsätzlich eher gegen die Annahme eines *Fair Use* sprechen würde.³⁶⁴ Auch den dritten Faktor („*Amount and substantiality of the portion used*“) wertete das Gericht schließlich mit knapper Begründung zugunsten der Nutzer. Es sei im konkreten Fall unerheblich, dass die urheberrechtlich geschützten Werke in der Regel vollständig vervielfältigt würden, da das *time-shifting* es dem Nutzer lediglich ermögliche, eine Fernsehsendung zu einem späteren Zeitpunkt zu sehen, die er nach dem Willen des Urheberrechtsinhabers zu einem anderen Zeitpunkt ebenfalls

361 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 446 f. (1984).

362 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 448 f. (1984).

363 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 448 f. (1984).

364 Vgl. dazu die kritischen Äußerungen der von Justice *Blackmun* abgefassten und von den Richtern *Marshall*, *Powell* und *Rehnquist* unterstützten *dissenting opinion*, *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 496 f. (1984) (*Blackmun*, J., dissenting).

kostenfrei hätte sehen können.³⁶⁵ Auch der vierte *Fair Use*-Faktor („*Effect of the use upon the potential market*“) sprach nach Ansicht des Gerichts schließlich für die Annahme eines *Fair Use*, da die insoweit beweispflichtige Klägerin nicht dargelegt habe, dass das private *time-shifting* zu nachweisbaren wirtschaftlichen Einbußen bei den Urheberrechtsinhabern geführt habe oder solche bei dessen weiterer Verbreitung in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten seien.³⁶⁶

Da nach Auffassung des Supreme Court folglich weder das autorisierte noch das nicht-autorisierte *time-shifting* eine Urheberrechtsverletzung darstellte und der *Betamax*-Videorecorder somit eine Vielzahl nicht-urheberrechtsverletzender Nutzungen ermöglichte, kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass eine urheberrechtliche Sekundärhaftung („*contributory infringement*“) von *Sony* als Hersteller und Verkäufer dieses Gerätes ausscheidet.³⁶⁷

bb) *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*

Im folgenden Jahr beschäftigte sich der U.S. Supreme Court in der Entscheidung *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*³⁶⁸ erneut und besonders umfassend mit dem *Fair Use*-Einwand. Die Entscheidung zog großes Medieninteresse auf sich, da sie die Memoiren von *Gerald R. Ford*, dem 38. Präsidenten der USA, zum Gegenstand hatte.³⁶⁹ *Ford* hatte sich im Februar 1977, unmittelbar nach seinem Ausscheiden als Präsident, mit dem Verlag *Harper & Row* über die Veröffentlichung seiner (bis da-

365 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 449 f. (1984). Diese Feststellung kritisiert die Minderheitsmeinung ebenfalls scharf, da durch die vollständige Vervielfältigung der Originalwerke ein Substitut für dieses hergestellt werde und nicht etwa eine produktive Nutzung („*productive use*“) erfolge, durch die, wie es das Ziel der *Fair Use*-Doktrin sei, die eigene kreative Tätigkeit der Nutzer ermöglicht oder gefördert würde; siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 497 (1984) (*Blackmun, J.*, dissenting).

366 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 452 ff. (1984).

367 Siehe *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 456 (1984).

368 471 U.S. 539 (1985).

369 Ausführlich (und größtenteils kritisch) zur Entscheidung des Supreme Court *Daniels*, 19 J. Marshall L. Rev. 501 (1986); *Feingold*, 72 Cornell L. Rev. 218 (1986); *Hamel*, 19 Colum. J.L. & Soc. Probs. 253 (1985); *Perry*, 65 Neb. L. Rev. 631 (1986); *Shipley*, 1986 B.Y.U. L. Rev. 983; *Williams*, 24 Hous. L. Rev. 363 (1987); aus der deutschen Literatur *Freys*, ZUM 1985, 500.

hin noch nicht geschriebenen) Memoiren geeinigt und dem Verlag umfassende Rechte an diesem Werk eingeräumt. Im Rahmen des Verlagsvertrags war *Harper & Row* nicht nur zur Veröffentlichung der fertigen Memoiren berechtigt, sondern auch dazu, Dritten Lizenzen für sogenannte „*prepublication excerpts*“ zu erteilen. Gegen Zahlung von 25.000 US-Dollar (zu zahlen hälftig vor und nach der Veröffentlichung) gestattete *Harper & Row* dem *Time Magazine* exklusiv die Vorabveröffentlichung eines 7.500 Wörter umfassenden Textauszugs aus den nun unter dem Titel „*A Time to Heal*“ zur Veröffentlichung vorgesehenen Memoiren. Kurz vor der geplanten Veröffentlichung dieses Vorabauszugs im *Time Magazine* erhielt jedoch ein Herausgeber der politischen Zeitschrift *The Nation*, eines Konkurrenten des *Time Magazine*, aus ungeklärter Quelle das Manuskript der *Ford*-Memoiren. Wenig später wurde in *The Nation* ein 2.250 Wörter umfassender Artikel über die bald erscheinenden Memoiren veröffentlicht, der zu nicht unerheblichen Teilen (mindestens 300-400 Wörter) aus wörtlichen Zitaten aus der Präsidenten-Biographie bestand und gerade Teile der mit besonderer Spannung erwarteten Schilderungen *Fords* im Zusammenhang mit der Watergate-Affäre und der Begnadigung *Richard Nixons* enthielt. Nach dieser Veröffentlichung in *The Nation*, die dem *Time*-Artikel zuvorgekommen war, stoppte das *Time Magazine* die vorgesehene Vorabveröffentlichung, trat vom Vertrag mit *Harper & Row* zurück und weigerte sich, die noch ausstehenden Lizenzgebühren in Höhe von 12.500 US-Dollar zu zahlen. *Harper & Row* verklagte daraufhin die Herausgeber von *The Nation* auf Schadensersatz wegen einer Verletzung des „*right of first publication*“ und bekam diesen in erster Instanz vom *District Court for the Southern District of New York* in Höhe der „*actual damages*“ (12.500 US-Dollar) zugesprochen.³⁷⁰ In zweiter Instanz wurde dieses Urteil jedoch vom *Court of Appeals for the Second Circuit* aufgehoben, da das Gericht die Auffassung vertrat, der Abdruck der Auszüge aus der *Ford*-Biographie in *The Nation* sei als *Fair Use* anzusehen.³⁷¹ Dem trat schließlich der *Supreme Court* in einer 6:3-Entscheidung entgegen.

370 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 557 F.Supp. 1067 (S.D.N.Y. 1983).

371 *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983). Ausführlich und kritisch zur Entscheidung des Court of Appeals *Morrill*, 79 Nw. U. L. Rev. 587 (1984); *Re*, 58 St. John's L. Rev. 597 (1984).

Ebenso wie in *Sony v. Universal* zeichnete der Supreme Court zunächst kurz die Geschichte der *Fair Use*-Doktrin nach und stellte klar, dass diese zwar durch den Copyright Act von 1976 kodifiziert worden sei, sich an deren Auslegung und Anwendung durch die Gerichte dadurch jedoch nichts geändert habe.³⁷² Weiterhin sei daher zur Feststellung von *Fair Use* eine Einzelfallanalyse vorzunehmen, die anhand der vier im Gesetz genannten, nicht abschließenden Faktoren erfolgen könne. Diesen vier Faktoren wendet sich die von Justice O'Connor verfasste Begründung der Majorität sodann detailliert zu.

Hinsichtlich des ersten Faktors („*Purpose and character of the use*“) stellte das Gericht fest, das Berufungsgericht habe die strittige Nutzung durch *The Nation* zutreffend als „*news reporting*“ eingestuft. Dieses sei im Rahmen der beispielhaften Aufzählung der Präambel zwar ausdrücklich als generell einer Privilegierung zugänglicher Nutzungszweck genannt, was jedoch nicht per se die Zulässigkeit der Nutzung zur Folge haben müsse.³⁷³ Das Gericht wertete den ersten Faktor letztlich sogar zuungunsten von *The Nation*, da es sich um eine kommerzielle Nutzung handele und die Herausgeber sich durch die Veröffentlichung unmittelbar vor dem Erscheinen eines entsprechenden Artikels bei einem Konkurrenten gezielt zu dessen Lasten einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen wollten, ohne zudem für den Abdruck die erforderliche Lizenz vom Urheberrechtsinhaber zu erwerben. Auch die Tatsache, dass *The Nation* wissentlich ein auf nicht-autorisiertem Wege erhaltenes Manuskript zur Grundlage der eigenen Veröffentlichung gemacht hatte, sprach nach Ansicht des Gerichts gegen die Annahme eines *Fair Use*.³⁷⁴

Auch den zweiten Faktor („*Nature of the copyrighted work*“) wertete der Supreme Court im Ergebnis zuungunsten von *The Nation*. Zwar stellte das Gericht fest, dass ein Teil der aus dem Manuskript übernommenen Zitate als faktische Darstellungen zu qualifizieren seien, denen grundsätzlich ein geringerer Schutz gegen Übernahme zukomme als fiktiven Darstellungen. *The Nation* habe jedoch nicht nur diese Fakten, sondern auch solche beschreibende Darstellungen aus den Memoiren wiedergegeben, die Ausdruck der persönlichen Ansichten des Verfassers seien.³⁷⁵ Noch wesentli-

372 Siehe *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 ff., 560 (1985).

373 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 561 (1985).

374 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 f. (1985).

375 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 563 f. (1985).

cher gegen die Annahme eines *Fair Use* sprach jedoch nach Auffassung des Gerichts, dass es sich bei den Präsidenten-Memoiren um ein zum fraglichen Zeitpunkt noch unveröffentlichtes Werk handelte. Bei unveröffentlichten Werken sei der Anwendungsbereich der *Fair Use*-Doktrin bereits grundsätzlich enger. Im konkreten Fall habe zudem ein ganz besonderes Interesse an der Geheimhaltung des Werkes bis zu dessen Veröffentlichung bestanden, was sich in den speziellen vertraglichen Regelungen zur Verschwiegenheit widerspiegele. Insbesondere sei Teil des Vertrags mit dem *Time Magazine* zur Vorabveröffentlichung eine Verpflichtung zur Übersendung des geplanten Exzerpts an *Harper & Row* vor dessen Veröffentlichung zum Zwecke einer Inhalts- und Qualitätskontrolle gewesen. Eine Nutzung, die sowohl diese Inhaltskontrolle umgehe als auch das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers eindeutig verletze, könne nur schwerlich als „fair“ eingestuft werden.³⁷⁶

Auch den Umfang und die Wesentlichkeit der verwendeten Werkteile im Verhältnis zum Gesamtwerk (dritter Faktor: „*Amount and substantiality of the portion used*“) wertete der Supreme Court im Ergebnis als Indiz gegen die Annahme eines *Fair Use*. Absolut betrachtet handele es sich bei den zitierten Werkteilen zwar lediglich um einen unwesentlichen Teil des etwa 200.000 Wörter umfassenden Gesamtwerkes. Eine qualitative Betrachtung der zitierten Stellen ergebe jedoch, dass es sich in Wirklichkeit gerade um die für den Leser interessantesten und bewegendsten Teile des gesamten Manuskripts handele. Die in einem Umfang von 300-400 Wörtern wörtlich zitierten Passagen beträfen somit – wie schon der District Court in erster Instanz zutreffend festgestellt habe – „*essentially the heart of the book*“.³⁷⁷

Hinsichtlich des als vierten Faktor zu untersuchenden „*effect of the use upon the potential market for or the value of the copyrighted work*“ stellte das Gericht zunächst fest, es handele sich zweifelsohne um das wichtigste Element der *Fair Use*-Analyse („*undoubtedly the single most important element of fair use*“).³⁷⁸ Im konkreten Fall hielt der Supreme Court das Ergebnis für besonders eindeutig, da nicht lediglich die Möglichkeit einer potentiellen Beeinträchtigung bestehe, sondern sogar tatsächlich ein konkreter Schaden in Höhe von 12.500 US-Dollar für entgangene Lizenzein-

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

377 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 ff. (1985).

378 *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985).

nahmen eingetreten sei.³⁷⁹ Neben diesem tatsächlichen Schaden im konkreten Fall stellten die Richter jedoch auch auf die Konsequenzen ab, die die Anerkennung des Verhaltens der Beklagten als *Fair Use* für die zukünftige Lizenzierung sogenannter „*first serial rights*“ hätte. Das Gericht stellte fest, eine *Fair Use*-Doktrin, die den ungenehmigten Abdruck unveröffentlichter Werke für zulässig erkläre, stelle eine erhebliche Gefahr für den Markt der Lizenzierung von Vorabveröffentlichungen insgesamt dar, und wertete daher auch den vierten Faktor entschieden zuungunsten der Beklagten.³⁸⁰

Im Ergebnis sprachen nach Auffassung der Majorität somit alle vier im Gesetz genannten *Fair Use*-Faktoren gegen die Zulässigkeit der strittigen Übernahme der Textteile aus dem unveröffentlichten Manuskript durch *The Nation*.³⁸¹

cc) Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.

Im Jahr 1994 erließ der U.S. Supreme Court seine dritte große *Fair Use*-Entscheidung, *Campbell v. Acuff-Rose*.³⁸² Gegenstand des Verfahrens war eine Klage des Musikverlags *Acuff-Rose Music* wegen eines Songs der Rapgruppe „2 Live Crew“. Diese hatte für ihren Song „Pretty Woman“ – unter Hinweis auf die Originalurheber – das einprägsame Bass-Riff und die erste Textzeile der bekannten Rockballade „Oh, Pretty Woman“ von *Roy Orbison* und *William Dees* aus dem Jahr 1964 verwendet, jedoch den restlichen Originaltext durch einen eigenen, parodistischen und wortspie-

379 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 567 (1985).

380 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 569 (1985).

381 Die von Justice *Brennan* abgefasste und von den Richtern *White* und *Marshall* unterstützte ausführlich begründete *dissenting opinion* sah das Vorgehen von *The Nation* hingegen als vom *Fair Use*-Einwand gedeckt an, da es einen wichtigen Beitrag zur Deckung des Informationsbedürfnisses der Öffentlichkeit in einer politisch wichtigen Debatte leiste und so der Förderung wesentlicher Werte der amerikanischen Verfassung diene; vgl. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 579 ff. (1985) (*Brennan*, J., dissenting). Zum Inhalt der Minderheitsmeinung siehe auch *Freys*, ZUM 1985, 500 (503).

382 *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). Ausführlich zu dieser Entscheidung siehe etwa *Babiskin*, 8 Harv. J.L. & Tech. 193 (1994); *Jacobson*, 31 Hous. L. Rev. 955 (1994); *Lee*, 29 U.S.F. L. Rev. 279 (1994); *Leval*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 19 (1994); *Timkovich*, 5 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 61 (2003); aus der deutschen Literatur *Hasse*, Parodie vs. Parody, S. 205 ff.

lerischen Text ersetzt.³⁸³ Vor der Veröffentlichung des Liedes hatte die „2 Live Crew“ versucht, gegen Zahlung einer Lizenzgebühr eine Genehmigung für diese Übernahme zu erhalten, die *Acuff-Rose* als Inhaber der Urheberrechte am Originalwerk jedoch verweigerte. Fast ein Jahr nach der Veröffentlichung der Parodie und nachdem diese bereits etwa eine Viertelmillion Mal verkauft worden war, verklagte *Acuff-Rose Music* die „2 Live Crew“ schließlich wegen Urheberrechtsverletzung. Der *District Court for the Middle District of Tennessee* hatte die Klage zunächst abgewiesen, da er die Parodie als *Fair Use* einstufte.³⁸⁴ Der *Court of Appeals for the Sixth Circuit* hingegen sah die Nutzung des urheberrechtlich geschützten Originalwerkes aufgrund des Umfangs der Übernahme und deren kommerzieller Natur als nicht mehr vom *Fair Use*-Einwand gedeckt an.³⁸⁵ Diese Entscheidung hob schließlich der *Supreme Court* einstimmig auf, da das Gericht nach einer detaillierten Analyse der vier *Fair Use*-Faktoren zu dem Ergebnis kam, die parodistische Nutzung des Originalwerkes sei trotz ihres kommerziellen Charakters als *Fair Use* einzustufen.

Bei der Prüfung des ersten Faktors („*Purpose and character of the use*“) stellte das Gericht fest, die zentrale hier zu beantwortende Frage sei, ob die fragliche Nutzung lediglich das Originalwerk ersetze oder aber diesem Werk durch die Nutzung etwas Neues hinzugefügt werde, etwa durch die Nutzung in einem neuen Zusammenhang, so dass sich Charakter, Wirkung, Aussage oder Bedeutung des Werkes änderten. Unter Bezugnahme auf *Leval*³⁸⁶ führt der *Supreme Court* für diese Art der Nutzung den Begriff des „*transformative use*“ als zentrales Merkmal des ersten *Fair Use*-Faktors in die Rechtsprechung ein. Eine solche transformative Nutzung sei zwar nicht zwingend notwendig, um eine fragliche Nutzung als *Fair Use* zu kategorisieren, je transformativer eine Nutzung sei, desto größer sei jedoch letztlich die Wahrscheinlichkeit, dass es sich um einen *Fair Use* handle.³⁸⁷ Ein solcher *transformative use* komme insbesondere – wie im vorliegenden Fall – bei der Nutzung für eine Parodie in Betracht, da diese üb-

383 Der Originaltext und der Text der Parodie sind als Appendix A und B zum Urteil des *Supreme Court* abgedruckt in 510 U.S. 569, 594-596.

384 *Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 754 F.Supp. 1150 (M.D. Tenn. 1991). Ausführlich und kritisch zu diesem Urteil *O'Connor*, 2 *Fordham Ent. Media & Intell. Prop. L.F.* 239 (1992).

385 *Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 972 F.2d 1429 (6th Cir. 1992).

386 *Leval*, 103 *Harv. L. Rev.* 1105, 1111 (1990).

387 *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 f. (1994).

licherweise durch eine kritische Auseinandersetzung mit dem ursprünglichen Werk gekennzeichnet sei.³⁸⁸ Das Gericht hob zudem hervor, für die Annahme eines *Fair Use* müsse es unerheblich sein, ob es sich dabei um eine positive Kritik handle oder ob die Auseinandersetzung dem „guten Geschmack“ entspreche und somit als „qualitativ hochwertig“ anzusehen sei.³⁸⁹ Der Supreme Court stellte zudem klar, dass der kommerzielle Charakter der Nutzung – entgegen der Annahme des *Court of Appeals* – nicht zwangsläufig gegen die Annahme eines *Fair Use* spreche. Vielmehr zeige der Wortlaut des Gesetzes („including“), dass die Frage der Kommerzialität lediglich eines von mehreren Elementen des ersten Faktors sei, dem nicht eine solche Bedeutung beigemessen werden dürfe, dass beim Vorliegen einer kommerziellen Nutzung automatisch die Prüfung abgebrochen werde und die Annahme eines *Fair Use* ausscheiden müsse. Andernfalls könnte auch ein Großteil der in der Präambel beispielhaft genannten Nutzungszwecke nicht als *Fair Use* anerkannt werden, da die dort genannten Formen des kreativen Schaffens sehr häufig mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgten.³⁹⁰

Hinsichtlich des zweiten Faktors, der „*nature of the copyrighted work*“, stellte das Gericht zunächst fest, dass das Originalwerk – wie auch schon die beiden Vorinstanzen angenommen hatten – als sehr kreatives Werk einzustufen sei, das folglich zum „Kern“ des vom Urheberrecht bezweckten Schutzes gehöre und daher grundsätzlich einen starken Urheberrechtsschutz verdiene. Gerade im Fall der Parodien bestehe jedoch die Besonderheit, dass diese in der Regel auf bekannten und kreativen Werken beruhten, um ihren Effekt zu erreichen. Im konkreten Fall sei dem zweiten Faktor daher kein besonderes Gewicht beizumessen.³⁹¹

Auch bezüglich des Umfangs und der Bedeutung des übernommenen Teils (dritter Faktor) stellte der *Supreme Court* eine Besonderheit für den Fall der Verwendung eines fremden Werkes zum Zwecke der Parodie fest: Für eine gelungene und überzeugende Parodie sei es in der Regel gerade erforderlich, besonders markante, wiedererkennbare Teile des parodierten Werkes zu übernehmen. Entscheidend sei somit, dass die Parodie vom Originalwerk nicht mehr als zu diesem Zweck nötig übernehme. Lasse die Parodie zudem neben der Übernahme dieser Werkteile noch substantielle

388 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 ff. (1994).

389 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 582 f. (1994).

390 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 583 ff. (1994).

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

eigene kreative Leistungen erkennen, könne der dritte Faktor nicht zuungunsten des Parodierenden gewertet werden.³⁹²

Bei der Untersuchung des vierten Faktors („*Effect of the use upon the potential market for or the value of the copyrighted work*“) hielt der *Supreme Court* zunächst fest, es seien zum einen die Auswirkung zu beachten, die die konkrete streitgegenständliche Nutzung auf den Markt für das verwendete Werk selbst hätten, zum anderen aber auch, welche Auswirkungen die weite Verbreitung der fraglichen Praxis auf den potentiellen Markt für das Originalwerk haben könnte. Neben dem Markt für das verwendete Werk selbst, sei zudem der potentielle Markt für Bearbeitungen zu berücksichtigen.³⁹³ Das Gericht betonte jedoch, dass ein relevanter Marktschaden bei der ungenehmigten Verwendung von Werkteilen zum Zweck der Parodie aufgrund des transformativen Charakters dieser Nutzung in der Regel nicht anzunehmen sei, da Parodie und Original unterschiedlichen Zwecken dienen und die Parodie das Originalwerk somit nicht zu substituieren drohe. Es möge zwar durchaus Parodien geben, die etwa aufgrund ihrer „beißenen“ Kritik den Marktwert des parodierten Werkes schmälerten – dies stelle jedoch keinen Schaden dar, vor dem das Urheberrecht den Urheberrechtsinhaber schützen solle.³⁹⁴

Im Ergebnis wertete der *Supreme Court* die Nutzung des Originalwerkes durch „2 Live Crew“ zum Zwecke der Parodie nach gründlicher Analyse der vier im Gesetz genannten Faktoren trotz der Kommerzialität der Nutzung als *Fair Use*, da es sich um einen „*transformative use*“ handele, zu dessen Zweck insbesondere auch die Übernahme prägender Werkteile aus kreativen Werken zulässig sei.

c) Status quo der Anwendung und Auslegung der Fair Use-Doktrin

Durch die Kodifizierung der *Fair Use*-Doktrin in 17 U.S.C. § 107 im Jahre 1976 hat sich an der Auslegung und Anwendung der Doktrin durch die Gerichte grundsätzlich nichts geändert. Weiterhin ist daher zur Feststellung von *Fair Use* eine Einzelfallanalyse vorzunehmen. Diese erfolgt in der Regel anhand der vier im Gesetz genannten, nicht abschließenden Fak-

392 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 586 ff. (1994).

393 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 590 (1994).

394 Siehe *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 591 f. (1994).

toren, kann jedoch auch einzelne Faktoren außer Betracht lassen oder weitere Kriterien heranziehen.

Im Rahmen des ersten Faktors – „*Purpose and character of the use*“ – erfolgt eine Betrachtung des Zwecks der fraglichen Nutzungshandlung. Eine wesentliche Rolle kann dabei die Frage der Kommerzialität der Nutzung spielen. Handelt es sich um eine kommerzielle Nutzung, so spricht dies zunächst generell gegen die Annahme eines *Fair Use*. Diese Bewertung kann sich aber insbesondere ändern, wenn ein „*transformative use*“ (oder auch „*productive use*“)³⁹⁵ vorliegt. Einer solchen Nutzung, bei der das Originalwerk nicht lediglich substituiert, sondern dem Werk durch die Nutzung etwas Neues hinzugefügt wird, etwa durch die Verwendung in einem neuen Zusammenhang, so dass sich Charakter, Wirkung, Aussage oder Bedeutung des Werkes ändern, kommt daher besondere Bedeutung zu. Je transformativer und somit kreativer die Nutzung des Originalwerkes erfolgt, desto wahrscheinlicher ist es, dass eine faire Benutzung vorliegt.

Als zweites Element 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. Neben diesem qualitativen Merkmal kommt besondere Bedeutung der Frage zu, ob das verwendete Werk zum Zeitpunkt der Benutzung bereits veröffentlicht war oder nicht. Bei unveröffentlichten Werken ist die Hürde für die Annahme eines *Fair Use*

395 Die Terminologie ist insoweit uneinheitlich. Beide Ausdrücke werden z.T. synonym verwendet. Genau genommen ist der Begriff „*productive use*“ jedoch insofern enger, als davon nur solche Formen der Werknutzung erfasst werden, bei denen das ursprüngliche Werk verwendet wird, um ein *neues Werk* zu *erschaffen*. Der Ausdruck „*transformative use*“ ist hingegen weiter, da von der Rechtsprechung darunter – neben dem „*productive use*“ – auch solche Formen der Werknutzung subsumiert worden sind, bei denen das Originalwerk vollständig weiterverwendet und ihm lediglich durch die Art der Nutzung ein völlig *neuer Zweck* gegeben wird (siehe dazu ausführlich die *Fair Use*-Analyse der *Thumbnail*-Nutzung, unten 5. Kapitel, B.I.). Zur Kritik an dieser terminologischen Ungenauigkeit und der daraus teilweise resultierenden Verwirrung siehe *Heymann*, 31 Colum. J.L. & Arts 445, 450 ff. (2008); *Lee*, 83 S. Cal. L. Rev. 797, 836 f. (2010); *Tushnet*, 31 Colum. J.L. & Arts 497, 500 ff. (2008); *Zimmerman*, 46 J. Copyright Soc’y U.S.A. 251 ff. (1998).

grundsätzlich besonders hoch. Nachdem im Anschluss an *Harper & Row v. Nation Enterprises* mehrere Entscheidungen ergingen, die einen *Fair Use* unveröffentlichter Werke generell ausschlossen,³⁹⁶ wurde die Bedeutung des Veröffentlichungsstatus eines Werkes durch eine Gesetzesänderung im Jahre 1992³⁹⁷ als Reaktion auf die zahlreiche Kritik an dieser Entwicklung³⁹⁸ etwas abgeschwächt. Der US-Kongress stellte durch die Änderung des 17 U.S.C. § 107 klar, dass der Frage der Veröffentlichung des Originalwerkes eine Ausschlusswirkung im Sinne einer *per se rule* zugunsten der Urheberrechtsinhaber nicht zukommen dürfe und ergänzte die Regelung um den Satz:

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

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. Es ist somit sowohl eine quantitative als auch eine qualitative Betrachtung vorzunehmen. Werden nur minimale Teile des Originalwerkes übernommen, so liegt die Möglichkeit einer fairen Benutzung näher als bei einer Übernahme in einem quantitativ größeren Umfang. Der Umfang der Übernahme ist jedoch nicht mehr als ein Indiz für oder gegen die

396 Siehe etwa die beiden Entscheidungen des Court of Appeals for the Second Circuit *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2d Cir. 1987) und *New Era Publications International ApS v. Henry Holt & Co.*, 873 F.2d 576 (2d Cir. 1989).

397 Act of October 24, 1992, 102 Pub. L. No. 102-492, 106 Stat. 3145 (1992).

398 Siehe etwa die kritischen Äußerungen zu den vorgenannten Urteilen von *Leval*, 36 J. Copyright Soc’y U.S.A. 167 (1989); *ders.*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990); *Miner*, 37 J. Copyright Soc’y U.S.A. 1 (1990); *Newman*, 37 J. Copyright Soc’y U.S.A. 12 (1990). Vor einer solchen Überbetonung des Veröffentlichungsstatus als mögliche Konsequenz der Entscheidung *Harper & Row v. Nation Enterprises* warnte auch bereits Justice *Brennan* in seiner von den Richtern *White* und *Marshall* unterstützte *dissenting opinion* zu dieser Entscheidung, *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 595 (1985) (*Brennan, J., dissenting*): „At this point the Court introduces into analysis of this case a *categorical presumption against prepublication fair use*. [...] This categorical presumption is unwarranted on its own terms and unfaithful to congressional intent. [...] [T]he fair use inquiry could never be resolved on the basis of such a “*two dimensional*” *categorical approach*.” [Hervorhebungen durch den Verfasser].

Annahme eines *Fair Use*.³⁹⁹ So kann auch die Übernahme ganz wesentlicher, prägender Teile des Originalwerkes⁴⁰⁰ oder sogar in Einzelfällen dessen vollständige Übernahme⁴⁰¹ zulässig sein. Entscheidende Bedeutung als Korrektiv einer rein quantitativen Betrachtung kommt daher im Rahmen des dritten Faktors der qualitativen Beurteilung der Übernahme zu. So kann insbesondere auch schon im Fall der Übernahme kleinerer Werkteile eine Anerkennung als *Fair Use* scheitern, wenn es sich bei diesen Teilen tatsächlich gerade um die „Herzstücke“ des Originalwerkes handelt.⁴⁰² Neben dieser im Gesetzestext angelegten qualitativen Betrachtung der verwendeten Werkteile in Bezug auf das Originalwerk als Ganzes wird von den Gerichten zudem teilweise als weiteres Indiz für oder gegen

399 Vgl. *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70, 76 (2d Cir. 1997): „The third fair use factor concerns a quantitative continuum. Like all the fair use factors, it has no precise threshold below which the factor is accorded decisive significance. If the amount copied is very slight in relation to the work as a whole, the third factor might strongly favor the alleged infringer, but that will not always be the case.“

400 So insbesondere im Falle der Verwendung wesentlicher Werkteile des Originalwerkes im Rahmen einer Parodie; vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 588 (1994); siehe dazu oben 2. Kapitel, C.I.2.b)cc).

401 Als *Fair Use* anerkannt wurde beispielsweise die vollständige Übernahme eines Werkes bei der privaten Aufzeichnung von Fernsehformaten zum Zwecke des „time-shifting“ (vgl. *Sony v. Universal*, 410 U.S. 417, 449 f. (1984); siehe dazu oben 2. Kapitel, C.I.2.b)aa)), die vorübergehende vollständige Vervielfältigung eines Computerprogramms zum Zwecke des *Reverse Engineering* (vgl. *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1526 f. (9th Cir. 1992)), die Vervielfältigung eines dreidimensionalen Originalwerkes in Form eines zweidimensionalen Bildes zum Abdruck in einem Katalog bzw. Sammlerleitfaden (vgl. *Ty, Inc. v. Publications Intern. Ltd.*, 292 F.3d 512, 522 (7th Cir. 2002)) und die vollständige Übernahme des Originalwerkes bei der Verwendung zur verkleinerten Anzeige als sog. *Thumbnail* im Rahmen der Bildersuche (vgl. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 821 (9th Cir. 2003); *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146, 1167 f. (9th Cir. 2007); ausführlich zur Frage der Einstufung von *Thumbnails* als *Fair Use* siehe unten 5. Kapitel, B.I.). Zu weiteren Urteilen, in denen die vollständige Übernahme eines Werkes als *Fair Use* anerkannt wurde, siehe *Patry, Fair Use* (2009), § 5:3.

402 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 f. (1985): „[T]he Nation took what was essentially the heart of the book.“ [Hervorhebung durch den Verfasser] (siehe dazu bereits oben 2. Kapitel, C.I.2.b)bb)). Vgl. auch *Sag*, 11 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 381, 391 (2005) [„The third factor does not rely on mechanical quantification of the amount of the original work used; it asks courts to assess how much of the value of the original work is present in the later use.“].

eine faire Benutzung evaluiert, welche Rolle die übernommenen Werkteile im übernehmenden Werk spielen. Kommt diesen hier eine „Schlüsselrolle“ zu, so wird auch dies für die Übernahme eines substantiellen Teils und somit eher gegen die Einstufung der Nutzung als *Fair Use* sprechen.⁴⁰³

Als viertes Element der *Fair Use*-Prüfung ist schließlich der „*effect of the use upon the potential market for or the value of the copyrighted work*“ zu berücksichtigen. Dieser Faktor wurde vom *Supreme Court* als „*undoubtedly the single most important element of fair use*“ bezeichnet.⁴⁰⁴ Ob dem vierten Faktor jedoch tatsächlich eine solch entscheidende Bedeutung bei der *Fair Use*-Prüfung zukommt, ist mehrfach bezweifelt worden.⁴⁰⁵ Richtig ist jedenfalls, dass der Untersuchung der negativen Auswirkungen einer Benutzung des Originalwerkes auf dessen (Markt-)Wert innerhalb der *Fair Use*-Analyse eine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn tatsächlich eine negative Auswirkung der Werknutzung auf den Wert des Originalwerkes beziffert werden kann, wenn also tatsächlich ein Schaden schon eingetreten ist,⁴⁰⁶ oder wenn zu erkennen ist, dass im Falle der weiten Verbreitung der fraglichen Nutzungsform alle derartigen Nutzungen zusammen deutlich spürbare

403 Siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985): „The Nation article is structured around the *quoted excerpts* which *serve as its dramatic focal points*. In view of the expressive value of the excerpts and their *key role in the infringing work*, we cannot agree with the Second Circuit that the ‘magazine took a meager, indeed an infinitesimal amount of Ford’s original language’.” [Hervorhebungen durch den Verfasser]; vgl. auch *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 98 f. (2d Cir. 1987): „The copied passages, if not the ‘heart of the book’, are at least an important ingredient of the book as it now stands. To a large extent, they make the book worth reading.”

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

405 So hat etwa eine Untersuchung von *David Nimmer* ergeben, dass bei 60 neueren *Fair Use*-Entscheidungen in weniger als 50 Prozent das Ergebnis der Untersuchung des vierten Faktors mit dem Gesamtergebnis der *Fair Use*-Prüfung des Gerichts übereinstimmte, siehe *Nimmer*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 263, 280 (2003). Siehe auch *Patry, Fair Use* (2009), § 6:2-5; *Förster, Fair Use*, S. 65 ff., jeweils m.w.N.

406 So etwa im Fall *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985), in dem *Harper & Row* aufgrund der Werknutzung durch *The Nation* tatsächlich Lizenzentnahmen in Höhe von 12.500 US-Dollar entgangen waren; siehe dazu oben 2. Kapitel, C.I.2.b)bb).

Folgen für die Auswertung einer bestimmten Werkart hätten.⁴⁰⁷ Nicht ausgeschlossen ist auch, dass im Einzelfall eine Werknutzung einen *positiven* Effekt auf den Marktwert des verwendeten Originalwerkes hat. Lässt sich ein solcher tatsächlich feststellen, kann dies im Rahmen der *Fair Use*-Analyse gegebenenfalls als Indiz zugunsten des Nutzenden gewertet werden.⁴⁰⁸ In vielen anderen Fällen wird die Stellung des vierten *Fair Use*-Faktors jedoch weniger prominent sein. Da im Rahmen der Untersuchung die Auswirkungen auf bereits tatsächlich bediente Märkte, ebenso wie die Folgen für die Auswertung des Werkes auf bisher noch nicht bedienten, potentiellen Märkten berücksichtigt werden sollen, stellt der vierte *Fair Use*-Faktor vielfach das problematischste Element der *Fair Use*-Prüfung dar. Hier droht die Untersuchung aufgrund der vielen Unwägbarkeiten, insbesondere des nur selten tatsächlich vorliegenden oder zumindest kaum zu beziffernden Schadens auf aktuellen Märkten und der hypothetischen Betrachtung hinsichtlich potentieller Märkte, zu reiner Spekulation zu werden und mangels ausreichender Anhaltspunkte je nach Interessenlage zu einer zu weiten oder zu engen Einschätzung der Marktauswirkungen zu führen.⁴⁰⁹ Gerade der vierte Faktor hat daher für sich genommen nur wenig Aussagekraft; in Verbindung und im Zusammenspiel mit den Ergebnissen der Untersuchung der anderen drei Faktoren kommt ihm jedoch oftmals eine zentrale Bedeutung zu.⁴¹⁰

Neben den in 17 U.S.C. § 107 ausdrücklich genannten Faktoren haben die Gerichte gelegentlich auch weitere Faktoren im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung herangezogen. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit der historischen Entwicklung der *Fair Use*-Doktrin als Abwägung aller im Einzelfall relevanten Interessen und Aspekte und entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der im Copyright Act die Prüfungspunkte lediglich beispielhaft und nicht abschließend aufgezählt hat und durch die gesetzliche Verankerung der Doktrin an deren Zuschnitt und ihrer Anwen-

407 Vgl. *Sony v. Universal*, 410 U.S. 417, 451 (1984) (im konkreten Fall lehnte der *Supreme Court* einen solchen kumulativen Effekt allerdings ab); *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 568 f. (1985) (angenommen, dass die weite Ausbreitung der fraglichen Art der Nutzung erhebliche negative Folgen für die zukünftige Lizenzierung sogenannter „*first serial rights*“ hätte; siehe dazu oben 2. Kapitel, C.I.2.b)bb)); *Patry*, *Fair Use* (2009), § 6:10 m.w.N.

408 Vgl. *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1124 (Fn. 85) (1990); *ders.*, 44 UCLA L. Rev. 1449, 1459 (1997); *Patry*, *Fair Use* (2009), § 6:11.

409 Vgl. kritisch *Patry*, *Fair Use* (2009), § 6:1 ff.

410 Vgl. *Leval*, 44 UCLA L. Rev. 1449, 1460 (1997).

dung durch die Gerichte nichts ändern wollte.⁴¹¹ Solche zusätzlichen Wertungen kann ein Gericht daher nach freiem Ermessen heranziehen und ihnen bei der Entscheidung über die Frage des Vorliegens einer fairen Benutzung das im konkreten Fall als angemessen empfundene Gewicht beimessen.⁴¹² Eine Überlegung, die in der Vergangenheit besonders häufig zusätzlich von den Gerichten angestrengt wurde und sich auch in neueren Entscheidungen gelegentlich findet, ist die Frage nach dem „good faith“ des Nutzers, also eine moralische Beurteilung seines Handelns.⁴¹³

Die vom Gericht ermittelten Resultate zu den einzelnen *Fair Use*-Faktoren und möglicherweise zusätzlich berücksichtigte Aspekte sind schließlich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung anhand der Umstände des Einzelfalls abzuwägen und zu gewichten. Das Ergebnis der *Fair Use*-Analyse lässt sich folglich keinesfalls allein dadurch ermitteln, dass eine Mehrzahl von Faktoren für oder gegen die Annahme einer fairen Benutzung spricht.⁴¹⁴ Wie gezeigt ist es zudem einzelfallabhängig, welchen Faktoren das Gericht zur Erreichung eines gerechten Ausgleichs der beteiligten Interessen, insbesondere unter Berücksichtigung der Ziele des Urheberrechts, besondere Bedeutung oder ein nur geringes Gewicht beimisst. Erst das Ergebnis dieser Gesamtabwägung ist die Antwort auf die Frage, ob die konkrete Nutzung als *Fair Use* zu qualifizieren ist.

411 Vgl. H.R. Rep. No. 836, 102d Cong., 2d Sess. 9 f. (1992). Siehe auch die gesetzliche Definition der in 17 U.S.C. § 107 verwendeten Begriffe „including“ und „such as“ in 17 U.S.C. § 101: „The terms ‚including‘ and ‚such as‘ are illustrative and not limitative.“

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

413 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage der Beachtung des „good faith“ als zusätzlichem *Fair Use*-Faktor findet sich im Urteil *Field v. Google Inc.*, 412 F.Supp.2d 1106, 1122 f. (D.Nev. 2006); siehe dazu auch unten 5. Kapitel, B.II.1.f). Vgl. auch *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); kritisch zu „good faith“-Überlegungen im Rahmen der *Fair Use*-Analyse *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1126 f. (1990).

414 Vgl. *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1110 (1990) [„The factors do not represent a score card that promises victory to the winner of the majority.“].

3. Rechtsfolge des Fair Use-Einwandes: „Alles oder Nichts“

Nach dem Wortlaut des 17 U.S.C. § 107 ist „[...] *fair use of a copyrighted work [...] not an infringement of copyright.*“ Daraus ergibt sich eine sehr einschneidende Rechtsfolge: Jede Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes, die als von der *Fair Use*-Doktrin gedeckt und somit als „fair“ anerkannt wird, ist zustimmungsfrei möglich und zudem nicht an die Zahlung einer monetären Entschädigung gebunden. Diese starre Rechtsfolge erscheint aus kontinentaleuropäischer Sicht überraschend und möglicherweise ungerecht, da die Möglichkeit eines „fine-tuning“ im Rahmen des Ausgleichs der beteiligten Interessen durch die Zahlung einer Vergütung nicht besteht. Nach dem US-amerikanischen Verständnis des *Copyright* als Anreizmechanismus zur Förderung von Wissenschaft und Fortschritt wird das „Alles oder Nichts“ jedoch als logische und gerechte Folge eines *Fair Use* angesehen.⁴¹⁵ Dem Urheber oder Verwerter soll schließlich nur insoweit ein Monopol in Form urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsbefugnisse eingeräumt werden, als dieses als Anreiz und zur Marktsteuerung erforderlich ist. Sind die durch das Monopol verursachten Nachteile geringer als die gesamtwirtschaftlichen Vorteile, so sind sie als „notwendiges Übel“ zur Korrektur eines Marktversagens in Kauf zu nehmen.⁴¹⁶ Hat eine bestimmte Nutzung jedoch die *Fair Use*-Prüfung „überstanden“ und ist sie somit als „fair“ zu klassifizieren, so geht man davon aus, dass diese Nutzung einen sozialen, kulturellen oder politischen Nutzen hat, der alle möglicherweise aus der Nutzung resultierenden Beeinträchtigungen des verwendeten Werkes überwiegt. Das urheberrechtliche Monopol muss somit zugunsten der im konkreten Fall überwiegenden gesamtwohlfahrtlichen Vorteile weichen.

Auch wenn die Berücksichtigung einer Vergütung als Aspekt der „Fairness“ einer Nutzung der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin derzeit fremd ist, ist jedoch in der US-amerikanischen Literatur gerade mit Blick auf die kontinentaleuropäische Handhabung des gerechten Ausgleichs der beteiligten Interessen mehrfach erwogen worden, die Rechtsfolgen des *Fair Use* durch die Einführung von Vergütungsregelungen abzumildern. Eine solche Relativierung des „Alles oder Nichts“ könnte zum einen durch die Gerichte selbst bei der Anwendung der *Fair Use*-Schranke erfolgen,

415 Vgl. *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 299 f. (2009).

416 Zu *incentive*-Überlegungen im US-amerikanischen Copyright Law, siehe bereits oben I. Kapitel, B.

etwa durch Berücksichtigung einer Zahlungsmöglichkeit und -willigkeit des Werknutzers oder durch unmittelbare richterliche Festlegung einer angemessenen Vergütung.⁴¹⁷ Zum anderen ist eine Abmilderung durch eine gesetzgeberische Änderung der *Fair Use*-Bestimmung und ihre Ergänzung um eine ausdrückliche Vergütungsregelung denkbar.⁴¹⁸

II. Sonstige Schrankenregelungen im U.S.C.: Die „*Limitations on exclusive rights*“ der 17 U.S.C. §§ 108-122

Neben der Generalklausel des *Fair Use* enthält der *Copyright Act of 1976* einen Katalog mit speziellen Schrankenbestimmungen, den sogenannten *Statutory Exceptions* (17 U.S.C. §§ 108-122). Dieser Schrankenkatalog ergänzt die Generalklausel des *Fair Use* und enthält sehr spezielle, zum Teil aufgrund des weiten Ausuferns schwer lesbare Sonderregelungen, die – so die häufige Kritik⁴¹⁹ – vor allem die Durchsetzungskraft bestimmter Verwerterlobbys vermuten lassen; so etwa die Regelungen zur Reproduktion von Werken durch Bibliotheken und Archive,⁴²⁰ Ausnahmen für bestimmte Formen der öffentlichen Wiedergabe und Darstellung⁴²¹ oder sekundären Übertragung.⁴²²

Diese Regelungen seien an dieser Stelle nur der Vollständigkeit halber genannt, da sie für die vorliegende Untersuchung keinen wesentlichen Erkenntnisgewinn ermöglichen. Lediglich dort, wo die *Statutory Exceptions*

417 In diese Richtung gehen die Überlegungen von *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1622 f. (1982); *Timberg*, 75 Nw. U. L. Rev. 193, 233 ff. (1980); *Yu*, 40 U.C. Davis L. Rev. 1039, 1095 ff. (2007).

418 So etwa *Timberg*, 75 Nw. U. L. Rev. 193, 241 ff. (1980); *Wasoff*, 34 Colum. J.L. & Arts 731, 745 f. (2011).

419 Vgl. etwa *Brown/Denicola*, Copyright, S. 448 ff.; *Clarida*, Copyright, S. 528; *Cohen/Loren/Okediji/O'Rourke*, Copyright, S. 372; *Dinwoodie/Hennessey/Perlmutter/Austin*, International IP Law, S. 600; *Merges/Menell/Lemley*, Intellectual Property, S. 516 f.; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (512).

420 Vgl. die äußerst detaillierte Regelung des 17 U.S.C. § 108. Zur Frage der möglichen Rechtfertigung eines Eingriffs in das *reproduction right* im Rahmen der *Google* Buchsuche nach 17 U.S.C. § 108 siehe unten 5. Kapitel, A.I.2.

421 Siehe die kaum überschaubare Regelung des 17 U.S.C. § 110 (*Exemption of certain performances and displays*), bestehend aus elf jeweils weiter untergliederten Absätzen.

422 Siehe 17 U.S.C. § 111 (*Secondary transmissions*) der aus unglaublichen 4.088 [*sic!*] Wörtern besteht.

in Bezug auf bestimmte Aspekte dieser Arbeit relevant werden – etwa dort wo sich aus ihrer Unanwendbarkeit im Einzelfall gewisse, für die *Fair Use*-Analyse wertvolle *e contrario*-Schlüsse ziehen lassen –, soll näher auf einzelne Regelungen eingegangen werden.⁴²³

423 Siehe unten bei der Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit der *Google* Buchsuche und der Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche nach US-amerikanischem Recht 5. Kapitel, A.

