

„FAIR USE“ IM IP-RECHT

Clemens Thiele

Rechtsanwalt/Gründer von Eurolawyer® Rechtsanwalt Salzburg
Honorarprofessor der Universität Salzburg (Privatrecht)
Imbergstraße 19 Top 3, 5020 Salzburg, AT
Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; www.eurolawyer.at

Schlagnote: *IP-Recht; fair use; US-Copyright Act; Doktrin der fairen Nutzung; Markenrecht; Designrecht; Patentrecht; monistische Theorie des Urheberrechts; Copyright-Ansatz; Urheberpersönlichkeitsrecht; Nutzerrechte; Generalklausel; Immaterialgüterrechte; Sozialbindung des Geistigen Eigentums*

Abstract: *: Die im US-Copyright Act verankerte „doctrine of fair use“ erlaubt eine angemessene Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials zu bestimmten, im Allgemeininteresse liegenden Zwecken. Die Ausdehnung dieses Rechtsgedankens auf andere Schutzrechte des Geistigen Eigentums, namentlich das Marken-, Patent- oder Designrecht ist durchaus selbst in den USA umstritten. Der vorliegende Beitrag, der auf die Keynote Speech der IRIS 2023 zurückgeht, erörtert in rechtsvergleichender Weise die Funktion dieser „immaterialgüterrechtlichen Generalklausel“. Es wird versucht anhand konkreter Fälle zu analysieren, ob und inwieweit die Doktrin der fairen Nutzung auf das IP-Recht der EU und das ihrer Mitgliedstaaten zu übertragen Sinn macht bzw. ob nicht bereits funktionsgleiche Rechtsdogmen bestehen.*

1. Einleitung

Das vom Veranstalter der IRIS 2023 vorgegebene Thema bedarf zunächst einer möglichst exakten Begriffsbestimmung um darauf aufbauend in rechtsvergleichender Manier den Zweck und die Bedeutung der „fair use doctrine“ des US-amerikanischen Urheberrechts offen zu legen, die praktische Anwendung für benachbarte Schutzrechte zu erörtern, und schließlich die Übertragung auf die kontinental-europäische Rechtsdogmatik zu prüfen. Ausgewählte Konvergenzfälle aus der forensischen Praxis führen abschließend zu Resümee und Ausblick.

1.1. Begriff des IP-Recht

Art. 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)¹ ist mit „Eigentumsrecht“ überschrieben. Art. 17 Abs. 2 GRC hält fest, dass auch „Geistiges Eigentum“ geschützt wird: „*Intellectual property shall be protected*“. Seine Nutzung kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

„Der Begriff des ‚geistigen Eigentums‘ (*intellectual property*) fasst die in den verschiedenen Rechtsordnungen anerkannten Immaterialgüterrechte zusammen; er bildet aber keine Grundlage für einen von diesen konkreten Rechten unabhängigen Schutz geistigen Schaffens.“²

¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 391.

² OGH 20. 9. 2011, 4 Ob 12/11k (HOBAS-Rohre), ecolex 2012/30, 65 (HORAK) = ÖBl 2012/46, 183 = RdW 2012/226, 218 = Rz. 2012/EÜ 75 = wbl 2011/251, 680, mHw auf KUCSKO, Geistiges Eigentum (2003), 97 und BENTLY/SHERMAN, Intellectual Property Law³ (2009), 1; vgl. auch THIELE, Verträge des Gewerblichen Rechtsschutzes (2016 – unveränderter Nachdruck 2021), 1 ff.

Unter dem Oberbegriff des „Geistigen Eigentums“ finden sich die beiden Unterbegriffe „Urheberrecht“ und „Gewerblicher Rechtsschutz“. Als Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes³ gelten

- (1) Patent- und Gebrauchsmusterrecht, d.h. der Rechtsschutz des Erfinders im Gebiet der Technik,
- (2) Geschmacksmuster, d.h. der Rechtsschutz des Designers;
- (3) Kennzeichenrecht, d.h. der Rechtsschutz für Kennzeichen bestehend insbes. aus
 - Markenrecht für Waren und Dienstleistungen
 - Firmennamensrecht für Unternehmen
 - Domainrecht für Domains
- (4) das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb.

Im Vergleich wirkt der Begriff des geistigen Eigentums plastischer und eindrücklicher als der Begriff des Immaterialgüterrechts. Es hat sich daher der Begriff des geistigen Eigentums („*intellectual property*“) auch in der Gesetzessprache durchgesetzt. Das gilt gleichermaßen in der internationalen Nomenklatur.⁴

1.2. Begriff und Sitz des „Fair Use“ im US-Recht⁵

Die Fair-Use-Doktrin des US-Urheberrechts, die 1841 aus dem Gewohnheitsrecht hervorging,⁶ wurde 1976 vom Kongress in einem Gesetz kodifiziert. Title 17 Abschnitt 107 des U.S. Copyright Act sieht Folgendes vor:⁷

§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.

³ Nach dem in Grün gehaltenen Einband der seit 1891 erscheinenden juristischen Fachzeitschrift „GRUR“, der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, wird dieser Rechtsbereich im Anwaltsjargon gerne als „grüner Bereich“ bezeichnet.

⁴ Vgl. etwa das TRIPS-Abkommen („Agreement on Trade-related aspects of *Intellectual Property*“).

⁵ Der grau unterlegte Textteil (ohne Fußnoten) wurde mit ChatGPT erstellt nach Eingabe der Anfangssequenz (prompt) „Fair use in Copyright Law“ durch den Verfasser.

⁶ Näher dazu LAUREN GORAB, A Fair Use to Remember: Restoring Application of the Fair Use Doctrine to Strengthen Copyright Law and Disarm Abusive Copyright Litigation, 87 Fordham Law Review 703, 709 (2018).

⁷ Hervorhebungen vom Verfasser.

Die Doktrin der fairen Nutzung⁸ ist eine Einschränkung der ausschließlichen Rechte von Urheberrechtshabern. Das Urheberrechtsgesetz von 1976, 17 U.S.C. § 107, sieht vor, dass „die angemessene Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks, einschließlich der Nutzung durch Vervielfältigung in Form von Kopien oder Tonträgern oder durch andere in diesem Abschnitt genannte Mittel, zu Zwecken wie Kritik, Kommentaren, Nachrichtenberichterstattung, Unterricht (einschließlich mehrerer Kopien für den Gebrauch im Klassenzimmer), Wissenschaft oder Forschung, keine Verletzung des Urheberrechts darstellt“. Um festzustellen, ob eine bestimmte Nutzung von urheberrechtlich geschütztem Material eine angemessene Nutzung darstellt, werden vier Faktoren berücksichtigt:

- Zweck und Art. der Nutzung, einschließlich der Frage, ob eine solche Nutzung kommerzieller Natur ist oder nicht gewinnorientierten Bildungszwecken dient;
- die Art. des urheberrechtlich geschützten Werks;
- der Umfang und die Wesentlichkeit des verwendeten Teils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzes; und
- die Auswirkungen der Nutzung auf den potenziellen Markt für das urheberrechtlich geschützte Werk oder dessen Wert.

Der erste Faktor, der Zweck und Charakter der Nutzung, untersucht, wie das Material genutzt wird. Die vier Arten der fairen Nutzung sind Kritik, Kommentar, Nachrichtenberichterstattung und Unterricht.

Der zweite Faktor, die Art. des urheberrechtlich geschützten Werks, bezieht sich darauf, wie kreativ das Werk ist.

Der dritte Faktor, der Umfang und die Wesentlichkeit des verwendeten Teils, untersucht, wie viel von dem urheberrechtlich geschützten Werk verwendet wird.

Der vierte Faktor, die Auswirkung der Nutzung auf den potenziellen Markt für das urheberrechtlich geschützte Werk oder dessen Wert, prüft, ob die Nutzung den potenziellen Markt für das urheberrechtlich geschützte Werk beeinträchtigt.

Letztendlich muss die faire Nutzung von Fall zu Fall bestimmt werden, wobei alle relevanten Faktoren zu berücksichtigen sind.

Damit ist zugleich die Frage aufgeworfen, ob der Einsatz von Open-AI und der damit verbundene Eingriff in das Urheberrecht in der Phase des Text- und Data-Mining zur Etablierung einer möglichst effizienten KI nach der Fair-Use-Doktrin gerechtfertigt werden könnte?

2. Praxis des Fair Use im US-Urheberrecht⁹

Bereits der Anlassfall,¹⁰ der letztlich zur Entwicklung der Fair-Use-Doktrin im 19. Jahrhundert führte, offenbart den *case-by-case approach* ihrer praktischen Anwendung: Noch unter dem Regime des US-Urheberrechtsgesetzes von 1831 stellte darin Richter *Story* einen Verstoß gegen die Offenlegung der bisher unveröffentlichten Korrespondenz von Präsident Washington fest, obwohl das Gericht nach „einer rechtfertigenden Verwendung“ suchte, „die das Gesetz als keine Verletzung anerkennt“. Das Ringen um eine Möglichkeit „ausnahmsweise“ aus bildungspolitischen, historisch-wissenschaftlichen oder sonstigen allgemeinen öffentlichen Interessen überwiegend angesehenen Gründen, die urheberrechtliche Strenge abzumildern, macht deutlich,

⁸ Sog. „doctrine of fair use“.

⁹ Der grau unterlegte Textteil (ohne Fußnoten) wurde mit ChatGPT erstellt nach Eingabe der Anfangssequenz (prompt) „Fair use in Copyright Law“ durch den Verfasser.

¹⁰ 9 Fed. Cas. 342 (C.C.D. Mass 1841) – *Folsom v Marsh*.

dass es einer gesetzlichen Verankerung bedurfte, um die mitunter gebotene Grundrechtsabwägung durchzuführen.

Gleichwohl ist das Verhältnis zwischen dem Ersten Verfassungszusatz der US-Constitution und dem Fair Use bis heute nicht eindeutig, hatte doch der U.S. Supreme Court schon 1985 erkannt, dass Ersteres Letzteres erzwingt.¹¹

Aus der jüngeren Judikatur lassen sich etwa folgende **Praxisbeispiele** für eine Anwendung des Fair Use ausmachen:

- Wenn eine Universität ihren Studenten urheberrechtlich geschütztes Material ausnahmsweise online zur Verfügung stellt, so muss die Verwendung des geschützten Werks verhältnismäßig und angemessen sein.¹²
- Die Wiedergabe von sog. „*thumbnails*“¹³ bei Google stellt keinen direkten Eingriff in die Rechte am Originalfoto dar. Es besteht daher keine Haftung von Google® als Beitragstätter für automatische Links auf fremde Seiten, auf denen Urheberrechtsverletzungen begangen werden.¹⁴
- Take Two, ein großer Spielsoftware-Hersteller, hatte die Erlaubnis, die Tattoos auf den Körpern der Spieler in das Basketball-Videospiel „NBA 2K“ aufzunehmen, weil die Spieler eine stillschweigende Lizenz zur Verwendung der Tattoos als Teil ihres Bildes hatten und die Spieler Take Two entweder direkt oder indirekt eine Lizenz zur Verwendung ihres Bildes erteilt haben. Da sämtliche vier Voraussetzungen nach der Fair-Use-Doktrin vorlagen, konnte Take Two die in den Videospiele-Updates jeweils gut erkennbaren Tattoos weiterverwenden.¹⁵

Zu berücksichtigen ist dabei stets, dass der Fair Use die freie Meinungsäußerung als eine rechtshemmende Einrede gegen Urheberrechtsverletzungen beinhaltet. Demgegenüber ist das Urheberrecht selbst in erster Linie auch ein struktureller Schutz für die freie Meinungsäußerung.

3. Fair Use im US-Markenrecht¹⁶

Das US-Markenrecht sieht die Möglichkeit vor, sich gegenüber einer behaupteten Markenverletzung auf den „*nominativ fair use*“ gemäß 15 U.S.C. §§ 1051, 1114, 1125(a) et. seq. zu berufen. Demzufolge bestehen dann keine Ansprüche des Rechteinhabers, wenn die Marke durch den Beklagten lediglich als Referenz in Bezug auf das Produkt des Markeninhabers genutzt wird. Dabei haben die damit befassten Gerichte zusätzlich zu den sog. Polaroid-Faktoren¹⁷ in Anlehnung an den vom Ninth Circuit aufgestellten Nominative-Fair-Use-Test¹⁸ das Vorliegen der folgenden drei Kriterien zu prüfen:

- ob die Benutzung der klägerischen Marke notwendig ist, um sowohl die klägerischen als auch die Produkte und/oder Dienstleistungen des Beklagten zu beschreiben, diese also nicht auch ohne die Nutzung der Marke identifizierbar sind,
- ob der Beklagte die Marke über den unbedingt zum Identifizieren des Produkts und/oder der Dienstleistung notwendigen Umfang nutzt, und
- ob der Beklagte irgendetwas getan hat, dass, in Verbindung mit der Marke, ein Sponsoring oder eine Unterstützung des Beklagten durch den Markeninhaber suggeriert, das Verhalten und der Sprachgebrauch des Beklagten also die tatsächliche oder korrekte (*accurate*) Beziehung zwischen den Produkten und/oder Dienstleistungen von Kläger und Beklagten wiedergibt.

¹¹ 471 U.S. 539, 560 (1985) – *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*.

¹² US Court of Appeals 17.10.2014, ZIR-Slg 2015/46.

¹³ Sog. daumennagelgroße Bildausschnitte oder Vorschaubilder.

¹⁴ US Court of Appeals 9th Circuit 16.07.2007, 06-55405, MR-Int 2007, 115.

¹⁵ District Court for Southern District of New York 26.03.2020, 16-CV-724-LTS-SDA, Cri 2020, 93 (TAYLOR SWAIN).

¹⁶ Vgl. instruktiv LOEF, Second Circuit erweitert und verschärft „*nominative fair use*“-Prüfungsmaßstab, GRUR Int. 2017, 243 mwN.

¹⁷ Vgl. 287 F.2d 492 (2d Cir. 1961) – *Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.*

¹⁸ Vgl. 971 F.2d 302 (9th Cir. 1992) – *New Kids on the Block v. News America Publishing, Inc.*

Als prozessuale Besonderheit ist zu erwähnen, dass das Berufen auf „nominative fair use“ durch den Beklagten im Rahmen einer Markenverletzungsklage keine Einrede¹⁹ darstellt.

4. Fair Use im US-Patentrecht

Die Copyright- und Patentgesetzgebung in den USA beruht auf der gleichen Verfassungsbestimmung. Denn Art. I § 8 cl 8 US-Const betraut den U.S. Congress unter dem Titel „Intellectual Property“ damit, den Fortschritt der Wissenschaft und der nützlichen Künste zu fördern, indem er den Autoren und Erfindern für eine begrenzte Zeit das ausschließliche Recht an ihren Schriften und Entdeckungen sichert.

Obwohl in der US-Gesetzgebung zahlreiche Überschneidungen und Ähnlichkeiten zwischen dem Patent- und Urheberrecht bestehen, fehlt eine ausdrückliche (gesetzliche oder richterliche) Anerkennung der Fair-Use-Doktrin im Patentrecht. Gerade iZm der COVID 19-Pandemie hat eine viel beachtete Diskussion²⁰ zur Zulässigkeit der Nutzung von Medizinpatenten auf Basis von Fair-Use stattgefunden, um die Pandemie möglichst effektiv zu bekämpfen. Denn mit der (uU schwerfälligen) Durchsetzung von Zwangslizenzen zugunsten des öffentlichen Gesundheitssektors ist kein ausreichender Ersatz zu schaffen.

Die Abwesenheit der Fair-Use-Doktrin in der reichhaltigen Patentjudikatur der USA hat Folgendes deutlich gemacht: Das Urheberrecht vermeidet einen Großteil des Konflikts mit dem Ersten Verfassungszusatz²¹ durch die Anerkennung der Fair Use-Defense gemäß § 107 U.S.C., die es der Gesellschaft erlaubt, urheberrechtlich geschütztes Material trotz des rechtlichen Schutzes zu verwenden, wenn wichtige Fragen des Ersten Verfassungszusatzes aufgeworfen werden. Im Patentrecht gibt es keine derartige Verteidigung, die jedoch notwendig sein könnte, um verfassungsrechtliche Probleme zu vermeiden.

5. Fair Use im US-Designrecht

Der Designschutz nimmt eine Sonderstellung im US-amerikanischen IP-Recht ein. Als „Geschmacksmuster“ (Designrecht iES) führt es als „Design Patent“ ein Schattendasein im Gegensatz zum „Gebrauchsmuster“ (Utility Patent), wenn man die jeweiligen Anmeldungen beim US Patent Office zugrunde legt.²²

Rechtsdogmatisch durchaus bemerkenswert weist das Design Patent eine starke Nähe zum US-Copyright auf.²³ Dennoch fehlt auch insoweit eine dem § 107 U.S.C. vergleichbare Bestimmung.

Ein Teil der Lehre legt daher die Wertungen beider IP-Schutzrechte offen und gelangt zu dem durchaus überzeugenden Ergebnis, dass die Fair-Use-Doktrin aus verfassungsrechtlichen Gründen auch im US-Designrecht anwendbar sein müsste.²⁴ Die Autoren CLIFFORD und PELTZ-STEEL illustrieren dies an einem gut durchdachten **Anwendungsbeispiel**. Sie nehmen an, der multinationale Öl- und Gaskonzern British Petrol (BP) hätte ein Geschmacksmuster für einen charakteristischen Behälter für Motoröl erhalten – die Doppelkugelflasche. Dieses charakteristische Verpackungsdesign²⁵ wird daraufhin, wie folgt, eingesetzt: Nach einer von BP-Tankern verursachten Ölpest schafft ein protestierender Künstler eine Skulptur, die einen geschwärzten, ölverschmierten Pelikan darstellt, der von umgestürzten BP-Ölflaschen umgeben ist, die ebenfalls geschwärzt, aber an ihrer Doppelkugelform erkennbar sind.

¹⁹ Sog. „*affirmative defense*“, da grundsätzlich das Markenrecht des Klägers anerkannt wird.

²⁰ Allen voran KELLIE C. VAN BECK, Copying Copyright: Adopting a Fair Use Defense in Patent Law in Times of Public Health Crisis, 86 Brook. L. Rev. 1163 (2021).

²¹ „*Freedom of Expression*“, i.e. Rede-, Presse und Meinungsfreiheit.

²² Vgl. RALPH D. CLIFFORD/RICHARD J. PELTZ-STEEL, The Constitutionality of Design Patents, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property 2015, 553 (553).

²³ Instruktiv BULLING/LANGÖHRIG/HELLWIG/MÜLLER/ELL, Designschutz in Deutschland und Europa mit USA, Japan, China und Korea⁵ (2021), 222 (223 ff) mwN.

²⁴ CLIFFORD/PELTZ-STEEL, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property 2015, 553 (596 ff).

²⁵ Vgl. di eingetragenen Geschmacksmuster zu U.S. Patent No. D510,525S und U.S. Patent No. D476,899S.



Abb. 1: *Clifford/Peltz-Steel, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property 2015, 553 (608)*

Der Künstler könnte die Flaschen nachbilden (herstellen) oder weggeworfene Flaschen verwenden. Der Künstler könnte in der Folge die Skulptur versteigern (verkaufen) und den Erlös an eine Umweltschutzorganisation spenden; jedenfalls greift er durch sein Tun in das registrierte Designrecht von BP ein und verletzt das geschützte Muster, nicht aber das (mit der Doppelkugelflasche) verbundene Urheberrecht, vorausgesetzt die Doppelkugelflasche würde auch als „*copyrighted work*“ iSv § 107 USC angesehen, was durchaus wahrscheinlich ist.²⁶ Diese „Ungleichbehandlung“ zwischen Design- und Urheberrechtsschutz könnte durch eine sinngemäße Anwendung der Fair-Use-Doktrin auch im US-Designrecht vermieden werden. Dieser verfassungsrechtliche Unzulänglichkeit lässt sich mit dem gleichen Ansatz abhelfen, der verwendet wurde, um das Urheberrechtsgesetz in den verfassungsrechtlichen Rahmen einzupassen – die gerichtliche Annahme einer *Fair-Use-Defense* nach dem Vorbild der von den Gerichten für das Urheberrecht geschaffenen Verteidigungsmöglichkeit.²⁷

6. Übertragung auf die kontinental-europäische Rechtsdogmatik

Das Urheberrecht nach dem Verständnis der „*droit d’auteur*-Länder“²⁸ ist ein gesetzlich geschütztes Recht, das für die Entfaltung der schöpferischen Persönlichkeit und für das kulturelle Leben der Gesellschaft von grundlegender Bedeutung ist. Es sichert die Existenz der geistig Schaffenden und reguliert die Vermittlung von Kulturgütern. Sein Schutz als Grund- und Menschenrecht knüpft an den Schutz des Eigentums und an den Schutz der Persönlichkeit an.²⁹ Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes ist nicht die körperliche Festlegung (das einzelne Werkstück, das Vervielfältigungsstück usw), sondern die dahinterstehende geistige Gestaltung.³⁰

²⁶ Vgl. etwa die Darstellungen von LISA PEARSON/ANDREW PEQUIGNOT/ASHFORD TUCKER, U.S. Copyright Protection for Logos, Packaging and Products, *Intellectual Property Magazine*, 2010/10, 37 (38 ff) mwN.

²⁷ CLIFFORD/PELTZ-STEEL, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property* 2015, 553 (614).

²⁸ Näher THIELE, *Digitale Werkintegrität: Der Europäischen Werkbegriff und der mitgliedstaatliche Schutz vor Werkvernichtung in Hötzendorfer/Tschohl/Kummer* (Hrsg. International Trends in Legal Informatics – Festschrift für ERICH SCHWEIGHOFER (2020), 147 (160 ff).

²⁹ SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*² (1999), Einleitung Rz. 8 ff; OGH 12.06.2001, 4 Ob 127/01g (Medienprofessor), MR 2001, 304 = SZ 74/108.

³⁰ OGH 20.02.1973, 4 Ob 303/73 (Geschäftswerbekarten), ÖBl 1973, 111.

Es ist ein Anliegen des Urheberrechtsschutzes, den Urheber an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird.³¹ So darf eine freie Werknutzung nicht dazu führen, dass der wirtschaftliche Wert des Werks in einer ins Gewicht fallenden Weise ausgehöhlt wird.³²

6.1. Unterschiedlicher positiv-rechtlicher Ausgangspunkt

Urheberrechte im subjektiven Sinn (inklusive der Verwertungsrechte) fallen – als „geistiges Eigentum“ – neben Art. 17 Abs. 2 GRC gleichermaßen unter den weiten Eigentumsbegriff von Art. 1 I. 1. ZP MRK.³³ Die Rechte an Werken und verwandte Schutzrechte iSd Urheberrechtsgesetzes³⁴ sowie andere Ansprüche nach dem Urheberrechtsgesetz³⁵ sind (auch) vermögenswerte Privatrechte, die den Schutz des Art. 5 StGG genießen.³⁶ Diese verfassungsrechtliche Eigentumsgewährleistung umfasst auch das Recht zum Abschluss privatrechtlicher Verträge.³⁷

Der Unionsgesetzgeber hält mit Stand 2023 bei insgesamt dreizehn Richtlinien und zwei Verordnungen, die eine unmittelbare Regelung des „Europäischen Urheberrechts“ treffen.³⁸ Der Unionsgesetzgeber erwähnt zwar das Urheberpersönlichkeitsrecht in seinen Rechtsakten,³⁹ hat es aber bislang nicht (bewusst) in seine Harmonisierungstätigkeit einbezogen.⁴⁰ Für die weitere – rechtsvergleichende – Darstellung, kann aber die Frage, ob das Europäische Urheberrecht, als dem monistischen System zuneigend einzuordnen ist, dahin gestellt bleiben.

Wesentlich für die weiteren Betrachtungen zum Fair-Use ist vielmehr, dass sowohl die Geltendmachung von Urheberrechten im Verletzungsprozess als auch die vertragliche Verfügung iSe einer Verwertung der urheberrechtlichen Befugnisse vom „*Regel-Ausnahme-Prinzip*“ geprägt sind. Das Wesen jedes **Immaterialgüterrechts** besteht vor allem darin, dass sein Inhaber die durch staatliche Zwangsmittel gesicherte Möglichkeit hat, jeden anderen vom bestimmungsgemäßen Gebrauch des Immaterialgutes auszuschließen, ihm also vor allem diejenigen Formen der Nutzung zu verbieten, die erfahrungsgemäß Gewinn bringen.⁴¹ Demgemäß gewährt das Urheberrecht dem Inhaber – mit gewissen Ausnahmen – das ausschließliche Recht, sein Werk wirtschaftlich zu nutzen (Verwertungsrechte), sowie das Recht auf den Schutz seiner „geistigen Interessen“ am Werk.⁴² Dem Inhaber des Urheberrechts kommt somit das Recht zu, jeden Dritten von der Ausübung dieses Urheberrechtes auszuschließen, sofern ihm nicht der Berechtigte (oder das Gesetz) die Ausübung gestattet hat.⁴³

³¹ SCHRICKER, Urheberrecht², Einleitung Rz. 15.

³² OGH 13.07.1982, 4 Ob 350/82 (MAX MERKEL), SZ 55/110 = ÖBl 1983, 25 = UFITA 96 (1983) 355 = GRURInt 1983, 311; OGH 12.06.2001, 4 Ob 127/01g (Medienprofessor), MR 2001, 304 = SZ 74/108.

³³ DITTRICH/ÖHLINGER, Verfassungsrechtlicher Schutz von geistigem Eigentum und Informationsfreiheit, UFITA 135 (1997), 46 ff mwN; OGH 09.06.2009, 4 Ob 227/08y (Schulfilm II), lex:itec 2009 H 4, 37 = ÖJZ EvBl-LS 2009/159, 970 = ZfRV 2009/30, 209 = ÖBl-LS 2009/259, 220 = ecolex 2009/384, 975 = MR 2009, 208 = ÖBl 2010/7, 31 = SZ 2009/76 = HS 40.162 = HS 40.163.

³⁴ §§ 66 ff UrhG.

³⁵ §§ 77 ff UrhG.

³⁶ VfGH 05.12.1983, B 622/82 (AKM I), VfSlg 9.887.

³⁷ VfGH 25.06.2014, B 705/2013 (VDFS I), JUS Vf/5118 = MR 2014, 355.

³⁸ Vgl. dazu die äußerst instruktiven und jährlich aktualisierten Dokumentationen von ELISABETH STAUEGGER, Die Entwicklung des Europäischen Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in *Staudegger/Thiele* (Hrsg.), Jahrbuch Geistiges Eigentum (Jahresbände 2012 bis 2022).

³⁹ Vgl. Art. 9 Schutzdauer-RL und ihr ErwGr 20: „*Es empfiehlt sich klarzustellen, dass sich diese Richtlinie nicht auf die Urheberpersönlichkeitsrechte erstreckt*“.

⁴⁰ So der im Wesentlichen immer noch zutreffende Befund von GRONAU, Europäisches Urheberrecht: Weiterer Harmonisierungsbedarf oder ein einheitliches Europäisches Urheberrechtsgesetz? (2010), 41.

⁴¹ SCHÖNHERR, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Grundriß Allgemeiner Teil (1982) Rz. 308.

⁴² So bereits DITTRICH/KUCSKO, Urheberrecht² (1986), 15.

⁴³ RINTELEN, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1958), 213; OGH 29.09.1987, 4 Ob 362/87 (Wochenpost), wbl 1987, 348 = MR 1988/1, 18 = SZ 60/187.

Wie jedes „**Ausschließungsrecht**“⁴⁴ ist auch das Urheberrecht ein gegen jedermann wirksames, also absolutes Recht. Zwischen Kläger und Beklagtem muss kein Vertragsverhältnis bestehen. Es genügt ein rein deliktisches Verhältnis. Andererseits hat die Unions-Rsp⁴⁵ deutlich gemacht, dass der Unterlassungsanspruch auch bei Urhebervertragsverletzungen zu gewähren ist. Die Verletzung einer lizenzvertraglichen Klausel für ein Computerprogramm, die die gewerblichen Schutzrechte des Inhabers der Urheberrechte an diesem Programm betrifft, fällt unter den Begriff „gewerbliche Schutzrechte ... verletzen“ iSv Art 1 Enforcement-RL. Demzufolge muss der Inhaber der Lizenzrechte an der Software die Möglichkeit haben, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Garantien in Anspruch zu nehmen und gegen seinen Vertragspartner, wie gegen einen deliktischen Verletzer vorgehen zu können.⁴⁶

Insgesamt dokumentieren die **gesetzlichen Beschränkungen**⁴⁷ der Verwertungsrechte, dass das Urheberrechtsgesetz, obwohl es seinem Wesen nach ein Schutzgesetz für Urheber ist, auch gegenläufige Interessen berücksichtigen will, also in bestimmten Fällen einen freien Zugang zu Werken auf eine ansonsten dem Urheber vorbehaltene Art durchsetzt. Es werden also die Interessen des Urhebers ausbalanciert mit den Interessen der Allgemeinheit. Begründet werden diese freien Werknutzungen mit der „**Sozialbindung des Urheberrechts**“. Dabei ist allerdings Vorsicht geboten, da nach diesem Schlagwort eine weitgehende und wenig konkretisierte Zugangsmöglichkeit der Öffentlichkeit zu Werken nach Art des englisch-amerikanischen „fair use“ oder „fair dealing“ möglich ist.

Tatsächlich aber sind die freien Werknutzungen auf wenige, taxativ aufgezählte Fälle beschränkt und in ihrem Tatbestand genau umschrieben. Eine ausdehnende Auslegung dieser freien Werknutzungen ist unzulässig:⁴⁸ *„Dabei handelt es sich – unionsrechtlich abgesichert – um ein juristisches Umfeld, das sich vom kontinental-europäischen Recht und vom Unionsrecht grundlegend unterscheidet. Im amerikanischen Recht sind Tonträger nämlich in gleicher Weise wie Werke und andere Schutzgegenstände durch das Copyright geschützt. Sie müssen daher ein Mindestmaß an Originalität aufweisen. Bei all diesen Schutzgegenständen ist das Bestehen einer Mindestschwelle seit dem 19. Jahrhundert weithin anerkannt und stellt eines der Beurteilungskriterien für die **allgemeine Ausnahme des Fair Use** dar. Die von den amerikanischen Gerichten angestellten Erwägungen lassen sich daher meines Erachtens **nicht auf das Unionsrecht übertragen.**“*⁴⁹

Zum gleichen Ergebnis gelangt das entworfenene, aber nicht umgesetzte *Modellgesetz für Geistiges Eigentum*, das in seinem Art. 17 GGE die dem Schutzrechtsinhaber vorbehaltenen Benutzungsbefugnisse im Interesse des Gemeingebrauchs durch „sonstige Schranken“ begrenzen möchte.⁵⁰ Mit dieser Öffnung soll keine Generalklausel im Sinne der Fair-Use-Doktrin geschaffen werden.⁵¹ Der Entwurf für ein Gesetzbuch Geistiges Eigentum (GGE) in der Union entscheidet sich bewusst gegen eine Schrankenvorschrift, wie sie in § 107 US Copyright Act vorgesehen ist: *„Eine Generalklausel lässt sich mit dem kontinentaleuropäischen Verständnis des Rechts des Geistigen Eigentums nicht in Einklang bringen. Dadurch vermeidet die Kodifikation die Schwächen der fair-use-doctrine, wie sie sich etwa im Google Book Settlement-Verfahren⁵² gezeigt haben.“*⁵³

⁴⁴ So der Wortlaut des § 81 UrhG.

⁴⁵ EuGH 18. 12. 2019, C-666/18 (IT Development), ECLI:EU:C:2019:1099 = ecorex 2020/435, 1003 (KOLLER/PABST) = MR-Int 2020, 28 (WALTER) = ÖBl 2020/70, 236 = wbl 2020/24, 82 = ZIIR-Slg 2020/32 = ZIIR 2020, 215 (THIELE).

⁴⁶ THIELE in *Thiele/Burgstaller*, Praxiskommentar zum UrhG⁴ (2022) § 81 UrhG Rz. 20.

⁴⁷ Nach unionsrechtlicher Diktion „Schranken und Beschränkungen“ als „Nutzerrechte“; nach österreichischem UrhG als „freie Werknutzungen“ bezeichnet.

⁴⁸ OGH 28. 11. 1978, 4 Ob 390/78 (Betriebsmusik), GRUR Int 1979, 165 = ÖBl 1979, 51 = SZ 51/167.

⁴⁹ GA SZPUNAR, SA 12.12.2018, C-476/17 (Pelham u.a.) Rz. 31, ECLI:EU:C:2018:1002.

⁵⁰ AHRENS/MCGUIRE, Modellgesetz für Geistiges Eigentum Normtext (2011), 71.

⁵¹ AHRENS/MCGUIRE, Modellgesetz für Geistiges Eigentum Normtext und Begründung (2012), Erl II.1., 68.

⁵² Vgl. instruktiv CSILLAG, Zweites Urteil in Sachen „Google Books“, MR 2015, 309 mwN.

⁵³ AHRENS/MCGUIRE, Modellgesetz, Erl II.1., 68

6.2. Mögliche Konvergenz – ausgewählte Praxisfälle

An ausgewählten, von den Gerichten in Europa bereits entschiedenen Fällen soll möglichst nahe an der Praxis des Fair Use in den USA demonstriert werden, dass durchaus ähnliche Ergebnisse anhand der geltenden Rechtsordnung im Urheber-, Marken-, Patent- und Designrecht erzielt werden. Ausgeklammert bleibt – aber zu beachten ist – auch die Rolle des Fair Use im Bereich der Geschützten Herkunftsangaben.⁵⁴

In einer rezenten **Entscheidung zum Urheberrecht** hat der Oberste Gerichtshof Österreichs (öOGH) festgehalten, dass die Veröffentlichung und vergütungsfreie Nutzung eines Werkes (hier: vorbestehendes Plakat des politischen Gegners durch Überkleben mit „Nie wieder Faschismus“ für den eigenen Gegendemonstrationsaufruf eingesetzt) als Zitat nach der Generalklausel des § 42f Abs. 1 öUrHG wegen der Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK gerechtfertigt sein kann, wobei eine einzel-fallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen ist⁵⁵.

Der später geklagte Verein veröffentlichte auf seiner Facebook-Seite unter Verwendung dieses Bildes (ohne Zustimmung des Fotografen oder des Klägers) folgenden Demonstrationsaufruf:



Abb. 2: <https://menschliche-asylpolitik.at/>

Daraufhin wurde der Verein u.a. auf Unterlassung, Beseitigung und Zahlung von Schadenersatz in Höhe von € 300,00 geklagt. Der OGH wies die Klage letztlich ab, da die geklagte Plattform für eine menschliche Asylpolitik ein berechtigtes Interesse nach der Generalklausel des § 42f Abs. 1 erster Satz UrHG mit der Werkverwendung verfolgte, nämlich die Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit. Die Benutzung des klägerischen Werkes als „Gegen- oder Unterlage“ hielt sich im durch die Zitierfreiheit angepassten Umfang.⁵⁶

In einem **markenrechtlichen Fall** entschied der OGH, dass es für einen kennzeichenmäßigen Gebrauch darauf ankommt, ob durch die Verwendung der registrierten Marke deren Markenfunktion (Herkunfts- oder

⁵⁴ Zu dieser „übersehenen“ IP-Materie jüngst KUR, No Strings Attached to GIs? About a Blind Spot in the (Academic) Discourse on Limitations and Fundamental Rights, IIC 2023, 87.

⁵⁵ OGH 24.05.2022, 4 Ob 37/22b (Gegendemonstration/Nie wieder Faschismus), jusIT 2022/57, 134 (zust SCHMITT) = MR 2022, 200 (WALTER) = NL 2022, 388 = ÖBl 2023/14, 42 (zust HOFMARCHER) = wbl 2022/141, 475 = ZIIR 2022, 357 (zust THIELE).

⁵⁶ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Urteil findet sich im diesjährigen Tagungsband der IRIS 2023; vgl. THIELE, Gegendemonstration – Von der Abstandslehre zur immanenten Grundrechtsschranke im Urheberrecht in *Schweighofer/Zanol/Eder* (Hrsg., Rechtsinformatik als Methodenwissenschaft des Rechts (2023), 379 ff.

Werbefunktion) berührt wird. Dies ist für die Wiedergabe der Wort-Bildmarke zur Benennung einer App in einer virtuellen Geldbörse zu verneinen.⁵⁷

Die Benutzung einer fremden Marke ist ausnahmsweise dann erlaubt, wenn sie nach § 10 Abs. 3 Z 3 MSchG zur Bestimmung einer anderen Ware oder Dienstleistung erforderlich ist und dies gleichzeitig den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel entspricht. Die Schranke der erforderlichen Benutzung unterliegt damit ihrerseits einer Beschränkung durch lautere Mittel (Schranken-Schranke). Die fremde Marke darf demnach nicht für eigene Werbezwecke eingesetzt werden, die über die mit der notwendigen Leistungsbestimmung (Beschreibung bzw. Charakterisierung) einhergehende Werbewirkung hinausgehen.



Abb. 3: © App Store / Stocard GmbH

⁵⁷ OGH 22.12.2020, 4 Ob 205/20f (Jö-Bonusclub-App), wbl 2021/47, 178 = EvBl-LS 2021/26 (BRENN) = ecollex 2021/188, 242 (HORAK) = ZIIR 2021, 241 (THIELE) = ÖBI 2021/61, 175 (STADLER/BICHLER/KRICKL) = MR 2021, 156 = RdW 2021/276, 341; dazu WOLFSBERGER/ZAUNER, Von Skihelmen, „Coyoten“ und „JÖs“ – Status quo der Werbefunktion und ihre Rezeption in der österreichischen Rechtsprechung, ÖBI 2021/52, 148.

Die Einbindung der Jö-Kundenkarte in die App der Beklagten unter Verwendung der Wort-Bild-Marken der Klägerin zur Auswahl der Jö-Kundenkarte aus einer Vielzahl von anderen Kundenkarten ist ein Verweis auf eine Zusatzdienstleistung der Beklagten und damit eine Bestimmungsangabe im Sinn des § 10 Abs. 3 Z 3 MSchG, die in der konkreten Ausgestaltung zulässig ist und keine unlautere Geschäftspraktik begründet.⁵⁸

Zum **Designrecht** hat das europäische Höchstgericht⁵⁹ ebenfalls durchaus „rechtsschöpfend“ festgehalten: Wer Gemeinschaftsgeschmacksmuster beim rechtmäßigen Vertrieb von Waren als Zubehör auf seinen Websites abbildet, um die Verwendung des Zubehörs zu erläutern oder darzutun, gibt das Gemeinschaftsgeschmacksmuster zum Zweck der „Zitierung“ wieder, was nach Maßgabe von Art. 20 Abs. 1 lit c GGV zulässig ist. Gleichwohl – eine ausdrückliche Zubehörschranke, wie es etwa das Unionsmarkenrecht kennt, – fehlte bis zu diesem Urteil im Unionsdesignrecht.

Im Ausgangsfall vor deutschen Gerichten klagte die die Nintendo Co Ltd. aus Japan, als Inhaberin mehrerer Gemeinschaftsgeschmacksmuster für die Videospielkonsole Wii®, darunter auch die ebenfalls geschützte Fernbedienung.⁶⁰

Die geklagten Unternehmen der Big Ben Gruppe boten auf ihren jeweils mit der länderspezifischen Top-Level-Domain adressierten Websites zahlreiche Zubehörartikel an, die mit Abbildungen der geschützten Produkte der Klägerin u.a. wie folgt beworben wurden:



Abb. 4: <https://www.bigben-interactive.de>

Zur Klärung, ob eine mögliche Schranke des Designschutzes bestehen könnte, unterbrach das deutsche Gericht sein Verfahren und befasste u.a. den EuGH mit dieser Frage. Der Richterspruch aus Luxemburg hielt fest, dass in der konkreten Konstellation eine Wiedergabe zum Zweck der Zitierung vorlag. „Zitierung“ iSv Art. 20 Abs. 1 lit c GGV⁶¹ ist dabei autonom auszulegen. Grundsätzlich seien Schranken des Geschmacksmusterrechts zwar restriktiv zu interpretieren. Andererseits könnte es die Innovation – ein anderes Ziel der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung – hemmen, wenn ein Unternehmen, das kompatibles Zubehör

⁵⁸ Vgl. instruktiv dazu WOLFSBERGER/ZAUNER, Das Sportvereinslogo als Marke. Zugleich ein Beitrag zu den Schutzschranken des § 10 Abs. 3 MSchG und zu OGH 4 Ob 77/19f, wbl 2020, 301 mwN.

⁵⁹ EuGH 27.09.2017, C-24/16, C-25/16 (Nintendo), ÖBl 2018/88, 289 (GRÖTSCHL) = IPRax 2019, 202 (Schulte) = IPRax 2019/18, 233 = ZIIR 2018, 81 (THIELE); dazu THIELE, EuGH: Big Ben's Glockenschlag oder die designrechtlichen Grenzen für Nintendos Wii®, RdW 2018/172, 214.

⁶⁰ Eingetragen beim EUIPO zu RCD 000483631-0001.

⁶¹ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGV), AB L 2002/3, 1; dazu näher THIELE, Österreichisches und Europäisches Design- und Musterschutzrecht in zwei Bänden (2018–2020), GGV und HMA (Band 2) Art. 20 GGV Rz. 20 ff.

zu geschmacksmusterrechtlich geschützten Produkten herstellte, diese geschützten Produkte beim rechtmäßigen Vertrieb seiner Waren nicht abbilden dürfte, um die gemeinsame Verwendung der Produkte zu erläutern oder darzutun.

Schließlich entwickelte die europäische **Patentrechtsprechung**⁶² die sog. „FRAND“⁶³-Lizenzbedingungen für Patentrechte, die anerkannte Bezahl-Standards für technologisch notwendige Weiterentwicklungen erlauben. Der u.a. auf Unterlassung klagende Inhaber eines standardessentiellen Patents⁶⁴ (SEP) missbraucht seine Marktmacht nicht, wenn der Verletzer nicht unzweideutig zu erkennen gegeben hat, eine Lizenz zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden (FRAND) Bedingungen anzustreben. Die Lizenzwilligkeit des Verletzers darf sich grundsätzlich ebenso wenig wie die Lizenzierungsbereitschaft des Patentinhabers in der einmaligen Bekundung des Lizenzierungsinteresses oder der Vorlage eines (Gegen-) Angebots erschöpfen. Viel-mehr sind beide Parteien gehalten, nach Treu und Glauben und in jeweils situationsangemessener Weise zum Abschluss eines Lizenzvertrags zu FRAND-Bedingungen beizutragen. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Sukzessionsschutzes nach § 15 Abs. 3 dPatG können Einwendungen gegen den früheren Patentinhaber dessen Einzelrechtsnachfolger nicht entgegengehalten werden. Dies gilt insbes. für den Einwand eines „Patenthinterhalts“ (sog. „*patent ambush*“).⁶⁵ Im Ergebnis gelangen also die Patentgerichte zu einem kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsstreitverfahren, der mit angemessenen, nicht-diskriminierenden Bedingungen ausgestattet wird.

7. Resümee und Ausblick

Die europäischen Gerichte haben bislang eine ausreichende Flexibilität bewiesen, um Extrem- oder Grenzfälle einer unbilligen Gesetzesauslegung zu entziehen, ohne dabei dem Gesetzeswortlaut oder dem bisherigen Rechtsverständnis einen unvertretbaren Abbruch zu tun.

Sog. „Generalklauseln“ im Unionsrecht, aber auch im Recht der Mitgliedstaaten räumen ausreichende Möglichkeiten ein, im IP-Recht die Umstände des Einzelfalls *in se* stets subjektiv (nach Ansicht des Entscheidungsträgers) verstandenen Fairness beurteilen zu können.

Daraus ein im Ergebnis erstaunlich konturlos bleibendes Rechtsinstitut des „Fair Use“ zu schaffen, würde eine schlechte Grundlage für ein allgemeines Gesetz abgeben, da es ein breiteres Spektrum weniger extremer Fälle abdecken würde.

⁶² Beginnend mit EuGH 16.07.2015, C-170/13 (Huawei Technologies/ZTE), wbl 2015/170, 513 = ÖJZ 2015/118, 907 (Lehofer) = ecollex 2015/434, 987 (STEGBAUER/WOLLER) = ZfRV-LS 2015/54 = ÖBl 2015/58, 279 (HOLZWEBER); dazu THIELE, Marktmissbrauch durch Standardessenzielle Patente (SEP) – EuGH zum FRAND-Einwand im Patentverletzungsprozess, jusIT 2016/1, 1.

⁶³ Akronym für „*F*air, *R*easonable and *N*on-*D*iscriminatory“.

⁶⁴ ZB „Long-Term Evolution“ (LET) für die schnelle Übertragung von Mobilfunksignalen.

⁶⁵ So BGH 24.11.2020, KZR 35/17 (FRAND-Einwand II), GRUR 2021, 585 = GRUR-Prax 2021, 174 (Rätz).