

Prof. Dr. Sebastian Schwamberger, LL.M.\*

## Das urheberrechtliche Zweitverwertungsrecht: § 37a öUrhG und § 38 Abs 4 dUrhG im Vergleich

### I. Einleitung

Zweitverwertungsrechte ermöglichen Autoren, einen bereits in einem Fachmedium veröffentlichten Beitrag ein zweites Mal zu veröffentlichen. Dabei müssen die Regelungen einerseits die Interessen der Autoren an der Zweitverwertung und andererseits jene der Verlage an der Monetarisierung ihrer Tätigkeit berücksichtigen. Im österreichischen Urheberrechtsgesetz (öUrhG) wurde die Zweitverwertung in § 37a geregelt. Diese Bestimmung orientiert sich am deutschen Vorbild, § 38 Abs 4 deutsches Urheberrechtsgesetz (dUrhG). In diesem Beitrag sollen drei zentrale Tatbestandsmerkmale und damit einhergehende Unterschiede zwischen der österreichischen und deutschen Ausgestaltung des Zweitverwertungsrechts beleuchtet werden: (1) Die Rechtsnatur und die damit zusammenhängende Frage nach der Qualifikation als Eingriffsnorm, (2) die konkrete Ausgestaltung des „ausgeweiteten“ persönlichen Anwendungsbereichs der Bestimmung und (3) der Umfang der durch das Zweitverwertungsrecht erlaubten Verwertungsformen.

### II. § 38 Abs 4 dUrhG als historisches Vorbild für § 37a öUrhG

Die Zweitverwertung war in Österreich bis zur Einführung von § 37a öUrhG keineswegs ausgeschlossen, jedoch folgte sie grundsätzlich auf vertraglicher Grundlage und war deshalb oft auch mit entsprechenden Ablösezahlungen verbunden.<sup>1</sup> Die Einführung der Bestimmung war insbesondere durch den Erlass von § 38 Abs 4 dUrhG motiviert, auf welchen sich auch die österreichischen Gesetzesmaterialien<sup>2</sup> im Wesentlichen stützen.

§ 38 Abs 4 dUrhG wurde in Deutschland mit dem Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke<sup>3</sup> im Jahr 2013 eingefügt. Dabei waren für den deutschen Ge-

\* Prof. Dr. Sebastian Schwamberger, LL.M. ist Inhaber einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Recht der Digitalisierung an der Universität Rostock.

1 Appl, in: Kucsko/Handig (Hrsg), urheber.recht, 2. Auflage Stand 01.04.2017, § 37a UrhG Rz 6.

2 ErlRV 687 BlgNR XXV GP 4.

3 Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 1. Oktober 2013, BGBl I 2013/59.

setzgeber<sup>4</sup> vier Beweggründe ausschlaggebend.<sup>5</sup> Erstens bestehe ein herausragendes Allgemeininteresse am freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, denn ein möglichst ungehinderter Wissensfluss sei Grundvoraussetzung für innovative Forschung und für den Transfer der Ergebnisse in Produkte und Dienstleistungen. Dabei seien die Potenziale des Internets für die digitale Wissensgesellschaft aber noch nicht vollständig erschlossen. Der Markt wissenschaftlicher Publikationen werde nämlich von wenigen großen Wissenschaftsverlagen dominiert, welchen die Autoren wissenschaftlicher Beiträge vielfach ausschließliche Rechte zur kommerziellen Verwertung einräumten. Außerdem seien seit Mitte der 1990er-Jahre die Preise für Zeitschriften stark angestiegen, während die Etats der Bibliotheken stagnierten oder rückläufig wären. Das gegenwärtige Publikationssystem laufe im Ergebnis darauf hinaus, dass die mit Steuergeldern finanzierten Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung für weitere Forschungsarbeiten ein zweites Mal durch die öffentliche Hand bezahlt werden müssten.

Ein Zweitverwertungsrecht stärke die Position der Urheber, da diese oft daran interessiert sind, ihre Forschungsergebnisse einem breiten Fachpublikum zugänglich zu machen und Zitationen zu generieren. Der in § 38 Abs 4 angeordnete sog „grüne Open Access“ unterstütze dies, indem wissenschaftliche Beiträge, die in begutachteten Verlagszeitschriften erscheinen, mit einer gewissen Verzögerung frei im Internet zugänglich gemacht werden. Schließlich schaffe § 38 Abs. 4 dUrhg Rechtssicherheit, da Autoren oft nicht klar sei, unter welchen Bedingungen eine Zweitnutzung durch den Verlag erlaubt ist. Die Regelung gewährleiste, dass Urheber und wissenschaftliche Institutionen sicher sein können, dass der Urheber zu einem bestimmten Zeitpunkt das Recht hat, den wissenschaftlichen Beitrag Open Access öffentlich zugänglich zu machen.

### III. Die unterschiedliche Ausgestaltung von § 37a öUrhG

Der österreichische Gesetzgeber hat in den knappen Erläuterungen<sup>6</sup> zu § 37a öUrhG grundsätzlich die deutschen Erwägungen zur Einführung des § 38 Abs 4 dUrhG wiederholt und zusätzlich ausgeführt, dass mit § 37a öUrhG eine eng an den Wortlaut der deutschen Bestimmung angelehnte Lösung eingeführt werden soll. Lediglich beim persönlichen Anwendungsbereich seien Abweichungen gemacht worden, indem im öUrhG nicht auf die öffentlich geförderte Forschungstätigkeit, sondern auf die mit öffentlichen Mitteln finanzierte Forschungseinrichtung abgestellt wird:

<sup>4</sup> BT-Drs. 17/13423, 9 f.

<sup>5</sup> Peukert, in: Schricker/Loewenheim (Hrsg), Urheberrecht, 6. Auflage 2020, § 38 UrhG Rz 13.

<sup>6</sup> ErlRV 687 BlgNR XXV GP 4.

§ 37a öUrhG	§ 38 dUrhG
Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der von diesem als Angehörigem des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen wurde und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein Werknutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.	(4) Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

Tatsächlich ergeben sich neben dem „ausgeweiteten“ persönlichen Anwendungsbe-  
reich (2.) noch weitere Unterschiede zwischen den Bestimmungen, nämlich hinsicht-  
lich der Rechtsnatur (1.) und dem Umfang der ermöglichten öffentlichen Zugänglich-  
machung (3.), welchen im Anschluss nachgegangen werden soll.

## 1. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Zweitverwertungsrechts ist aus zwei Gründen von zentraler Be-  
deutung. Stellt dieses eine Schrankenregelung dar, so könnte sie gegen die Vorgaben  
von Art 5 InfoSoc-RL<sup>7</sup> verstoßen, während dies bei Qualifikation als urhebervertragliche  
Regelung nicht der Fall wäre. Zweitens ist die Rechtsnatur bei grenzüberschreitenden  
Sachverhalten von Relevanz. Wird beispielsweise nach einer Zweitverwertung im  
Internet im Staat B Klage aufgrund einer potenziellen Urheberrechtsverletzung erho-  
ben, so könnte sich der Urheber – bei Fehlen einer § 37a öUrhG entsprechenden  
Norm in Staat B – nur dann auf die Zulässigkeit der Zweitverwertung berufen, wenn  
hierzu eine vertragliche Vereinbarung existiert, auf die österreichisches Recht anwend-  
bar ist. Als weitere Folge stellt sich dabei aber freilich die Frage, ob § 37a öUrhG als  
Eingriffsnorm zu qualifizieren ist und damit durch die Wahl ausländischen Rechts „ab-  
bedungen“ werden kann.

7 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur  
Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in  
der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10.

## a) § 37a öUrhG als urhebervertragliche Norm

Für eine Einordnung als urhebervertragliche Norm spricht insbesondere die systematische Einbettung des Zweitverwertungsrechts.<sup>8</sup> Die Bestimmung findet sich im V. Abschnitt des öUrhG und damit bei jenen über „Vorbehalte zugunsten des Urhebers.“ In diesem Abschnitt des öUrhG sind durchwegs vertragsrechtliche Regelungen wie etwa über die Auslegung der vertraglichen Rechteeinräumung angeordnet.

Darüber hinaus kann auch der Regelungsgehalt der Bestimmung für eine vertragsrechtliche Qualifikation vorgebracht werden.<sup>9</sup> In der Bestimmung ist ausdrücklich davon die Rede, dass „eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung [unwirksam ist].“ Damit wird die vertragliche Verfügungsbefugnis der Urheber über ihre wissenschaftlichen Werke dahingehend eingeschränkt, dass diese keine zeitlich und inhaltlich unbegrenzten ausschließlichen Nutzungsrechte mehr einräumen können, sondern nach Ablauf der einjährigen Enthaltungsfrist kraft Gesetzes zu nicht kommerziellen Verwertungen berechtigt sind, ohne dass ihr Vertragspartner hiergegen vorgehen kann.<sup>10</sup>

Schließlich wird auch die als Vorbild dienende Bestimmung des § 38 Abs 4 dUrhG durchwegs<sup>11</sup> als urhebervertragliche Bestimmung qualifiziert, was angesichts der österreichischen Gesetzesmaterialien ebenfalls für die urhebervertragliche Natur von § 37a öUrhG spricht.

Gegen eine urhebervertragliche Qualifikation und für eine Schrankenregelung wurde vorgebracht, dass das Zweitverwertungsrecht die Möglichkeiten des Urhebers, die Nutzungsrechte vollständig an einen Verlag zu übertragen, einschränkt.<sup>12</sup> Selbst wenn der Urheber kein Interesse an einer Zweitverwertung hat, kann er auf das Zweitverwertungsrecht nicht verzichten und hierdurch ein höheres Entgelt generieren. Jedoch mag dieses Argument angesichts der für eine urhebervertragliche Regelung vorgebrachten drei Standpunkte nicht zu überzeugen, sondern stellt die insoweit identifizierte „Schranke“ nur eine Reflexwirkung von zwingender Normen dar. § 37a öUrhG ist sohin eine urhebervertragliche Bestimmung und verstößt nicht gegen Art 5 InfoSoc Richtlinie.<sup>13</sup> Ebenso verstößt die Bestimmung nicht gegen die Art 18 bis 23 DSM-

8 Vgl Appl, in: Kucsco/Handig, *urheber.recht*, § 37a UrhG Rz 3; Peukert, in: Schrickner/Loewenheim, *Urheberrecht*, § 38 UrhG Rz 15. Vgl weiters Homar, in: Thiele/Burgstaller (Hrsg.), *UrhG*, 4. Auflage 2022, § 37a Rz 1, 55.

9 Vgl Peukert, in: Schrickner/Loewenheim, *Urheberrecht*, § 38 UrhG Rz 15.

10 Ibid.

11 Siehe nur Peukert, in: Schrickner/Loewenheim, *Urheberrecht*, § 38 UrhG Rz 15.

12 Sprang, ZUM 2013, 461 (465).

13 Homar, in: Thiele/Burgstaller, *UrhG*, § 37a Rz 1; Appl in Kucsco/Handig, *urheber.recht*, § 37a UrhG (Stand 01.04.2017, rdb.at) Rz 2; Wandtke/König, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht* 6. Auflage 2022, § 38 UrhG Rz 17; AA Hirschfelder, MMR 2009, 444 (446); Sprang, ZUM 2013, 461 (465).

RL<sup>14</sup>, da diese keine abschließenden Regelungen des Urhebervertragsrechts sind, noch harmonisieren diese die Frage der Übertragbarkeit des Urheberrechts.<sup>15</sup>

b) § 37a öUrhG als Eingriffsnorm?

§ 37f öUrhG	§ 32b dUrhG
(1) Auf die Ansprüche nach § 37c und § 37d und die Vermittlung nach § 37e [...] finden zwingend Anwendung, wenn auf den Nutzungsvertrag mangels einer Rechtswahl österreichisches Recht anzuwenden ist. An die Stelle des von den Parteien gewählten anwendbaren Rechts treten die Ansprüche nach § 37c und § 37d und die Vermittlung nach § 37e, wenn das von den Parteien gewählte Recht nicht das Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ist und alle anderen Elemente des vertragsgegenständlichen Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem solchen Staat gelegen sind.	Die §§ 32, 32a, 32d bis 32f und 38 Absatz 4 finden zwingend Anwendung <ol style="list-style-type: none"> <li>1. wenn auf den Nutzungsvertrag mangels einer Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden wäre oder</li> <li>2. soweit Gegenstand des Vertrages maßgebliche Nutzungshandlungen im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes sind.</li> </ol>

Damit stellt sich die ebenso wichtige Frage, ob das Zweitverwertungsrecht eine Eingriffsnorm i.S.d. Art 9 Rom-I VO<sup>16</sup> darstellt. Dies ist gegenwärtig nach wie vor umstritten.<sup>17</sup> In Deutschland wurde gegen eine Qualifikation als Eingriffsnorm insbesondere vorgebracht, dass § 38 Abs 4 dUrhG gerade nicht in die Aufzählung des § 32b dUrhG aufgenommen wurde, welcher gewisse Bestimmungen des dUrhG auch dann für zwingend anwendbar erklärt, wenn auf den Vertrag ohne Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden wäre.<sup>18</sup> Mangels einer § 32b dUrhG entsprechenden Norm für § 38 Abs 4 dUrhG, könne letzter sohin nicht als Eingriffsnorm qualifiziert werden.<sup>19</sup> Diese Ansicht muss mittlerweile aber insoweit als überholt bezeichnet werden, als der deutsche Gesetzgeber mit dem in Umsetzung der DSM-Richtlinie erlassenen Urheberrechtsanpassungsgesetz 2021<sup>20</sup> das Zweitverwertungsrecht in § 32b dUrhG aufgenommen hat. Dabei handelte es sich nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers keinesfalls um eine Klarstellung, sondern um eine notwendige Änderung, denn das Zweitverwer-

14 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl L 2019/130, 92.

15 Peukert, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 16.

16 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6.

17 Vgl. Homar, in: Thiele/Burgstaller, UrhG, § 37a Rz 55: „durchaus begründbar“; dagegen Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht<sup>2</sup> § 37a UrhG (Stand 01.04.2017, rdb.at) Rz 3.

18 Höpfner/Amschwitz, NJW 2966 (2968).

19 Ibid.

20 Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, BGBl I 2021/27.

tungsrecht habe „bisher keine internationale Geltung [beanspruch], so dass es beispielsweise durch Wahl eines ausländischen Vertragsstatuts abbedungen werden [konnte]. Dieses Ergebnis [sei] wegen des öffentlichen Interesses am Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, die überwiegend unter Einsatz öffentlicher Mittel entstanden sind, nicht akzeptabel.“<sup>21</sup> Durch die Aufnahme wird mittlerweile abgeleitet, dass nur die in § 32b dUrhG aufgezählten Bestimmungen als Eingriffsnormen qualifiziert werden könnten<sup>22</sup> und der Gesetzgeber eine darüberhinausgehende international zwingende Wirkung von Bestimmungen des dUrhG gerade nicht beabsichtigt habe.<sup>23</sup>

Der zentrale Unterschied zwischen der gegenwärtigen Rechtslage in Österreich und Deutschland ist in dieser Hinsicht, dass der österreichische Gesetzgeber davon abgesehen hat, das Zweitverwertungsrecht in den Katalog international zwingender Normen des § 37f öUrhG – und damit das Pendant zu § 32b dUrhG – aufzunehmen. Insoweit liegt hier der Schluss nahe, schon alleine aus diesem Grund und methodisch aufgrund eines Umkehrschlusses<sup>24</sup> davon auszugehen, dass es sich beim Zweitverwertungsrecht um keine Eingriffsnorm iSd Art 9 Rom-I VO handelt. Dieser Umkehrschluss ist aber keinesfalls zwingend. So verneinte auch der BGH die Qualifikation von § 31 Abs 5 dUrhG als Eingriffsnorm nicht alleinig aufgrund der mangelnden Auflistung in § 32b dUrhG, sondern ermittelte – wie auch sonst bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des allumfassenden Geltungsanspruchs einer Norm – im Rahmen der Auslegung, ob die Norm nach ihrem Sinn und Zweck ohne Rücksicht auf das nach den sonstigen Kollisionsnormen anzuwendende Recht eines anderen Staates international gelten soll.<sup>25</sup> Für das Vorliegen einer Eingriffsnorm spricht bei § 37a öUrhG insbesondere die (Mit-)Verfolgung öffentlicher Interessen sowie die Ausgestaltung als halbseitig zwingende Norm.<sup>26</sup> Wie bereits oben angeführt besteht am freien Zugang zu wissenschaftlichen Informationen nach Ansicht des Gesetzgebers ein herausragendes Allgemeininteresse, denn ein möglichst ungehinderter Wissensfluss sei Grundvoraussetzung für innovative Forschung und für den Transfer der Ergebnisse in Produkte sowie Dienstleistungen. Außerdem verhindere das Zweitverwertungsrecht, dass die mit Steuergeldern finanzierten Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung für weitere Forschungsarbeiten ein zweites Mal durch die öffentliche Hand bezahlt werden müssten. Zwar hat der Gesetzgeber grundsätzlich darauf abgezielt, die Position der Urheber in dieser Hinsicht zu stärken und für Rechtssicherheit zu sorgen. Dabei verfolgt er aber nicht nur rein private Interessen, denn die zwingende Rechtsnatur ist mit einem etwai-

21 BT-Drs. 19/27426, 80, 81.

22 Schulze, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrecht, 7. Auflage 2022, § 32b Rz 2; v. Welser, in: Wandtke/Bullinger, § 32b Rz 2.

23 BeckOK Urheberrecht, Götting/Lauber-Rönsberg/Rauer (Hrsg.), 38. Edition, Stand: 01.02.2023, § 32b Rz 10; Hilty/Peukert, GRUR Int. 2002, 643, 649.

24 Vgl BGH ZUM 2015, 330 Rz 52.

25 Vgl BGH ZUM 2015, 330 Rz 44 ff. So auch Musger, in: KBB<sup>6</sup>, Art 9 Rom-I VO Rz 2: „Ein vom Vertragsstatut unabhängiger Anwendungswille kann sich aus einer ausdrücklichen Regelung ergeben (zB § 24 Abs 2 KartG); im Regelfall wird er aber durch Auslegung zu ermitteln sein.“

26 Vgl auch Homar, in: Thiele/Burgstaller, UrhG, § 37a Rz 55.

gen (möglicherweise sogar individualvertragsrechtlich ausgedrückten) Willen des Urhebers, gegen Entgelt auch das Zweitverwertungsrecht an einen Verlag zu übertragen, unvereinbar. § 37a öUrhG führt zur Unwirksamkeit derartiger Vereinbarungen. Bei den mit dem Zweitverwertungsrecht verfolgten Gemeinwohlinteressen handelt es sich damit nicht um bloße Reflexwirkungen, sondern um das zentrale Ziel des § 37a öUrhG.

Nichtsdestotrotz ist man gegenwärtig bei der Qualifikation als Eingriffsnorm grundsätzlich sehr zurückhaltend, da ansonsten die durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts bezweckte Einheitlichkeit internationaler Entscheidungen empfindlich gestört werden könnte und dadurch die Rechtsanwendung erheblich erschwert würde.<sup>27</sup> Zwar könnten die mit § 37a öUrhG verfolgten Interessen trotz der mangelnden Aufnahme in die Liste des § 37f öUrhG dennoch für eine Qualifikation als Eingriffsnorm sprechen, doch wäre es vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit und mit einem Blick auf das dUrhG durchaus angebracht, § 37a öUrhG baldigst auch gesetzlich ausdrücklich als Eingriffsnorm zu qualifizieren.

## 2. Der „ausgeweitete“ persönliche Anwendungsbereich

§ 37a öUrhG ist zwar auf sämtliche Urheber anwendbar, jedoch hat dieser den wissenschaftlichen Beitrag als Angehöriger des wissenschaftlichen Personals einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln finanzierten Forschungseinrichtung geschaffen. Damit wurde der Anwendungsbereich gegenüber dem deutschen Pendant ausgeweitet. Nach § 38 Abs 4 dUrhG muss der wissenschaftliche Beitrag „im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden“ sein.

Grund für die Abweichung vom deutschen Vorbild sind die massiven Bedenken des Schrifttums, da die Bestimmung vom Wortlaut<sup>28</sup> nicht aber nach den Materialien<sup>29</sup> lediglich zwei Forschungstätigkeiten erfasse: Erstens, Forschung im Rahmen öffentlicher Projektförderung, und zweitens, Forschung an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungsstätte. Rein universitäre Forschung, welche ohne Drittmittel auskommt, sei – nach den Materialien und damit in teleologischer Interpretation – eben nicht erfasst.<sup>30</sup> Anders als bei der rein universitären Forschung mache der Staat

27 Vgl BGH ZUM 2015, 330 Rz 47.

28 Vgl Wandtke/König, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 19; Peukert, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 47.

29 BT-Drs. 17/13423, 14: „Mit der vorgeschlagenen Regelung erhält der Autor eines wissenschaftlichen Beitrags, der überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert wurde, ein unabhängiges Zweitverwertungsrecht, nämlich das Recht, seinen Beitrag erneut öffentlich zugänglich zu machen. Dies ist nach Satz 1 dann der Fall, wenn der Beitrag im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden ist. **Dies umfasst Forschungstätigkeit, die im Rahmen der öffentlichen Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung durchgeführt wird.**“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

30 Siehe hierzu Peukert, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 46 ff. m.w.N.

nur bei der öffentlichen Projektförderung und bei außeruniversitären Forschungseinrichtungen programmatische Vorgaben und stelle Förderrichtlinien auf, mit denen der Erkenntnisgewinn in zuvor festgelegten Bereichen gefördert werden soll; das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungserkenntnisse sei deshalb in diesen Bereichen besonders hoch.<sup>31</sup> Entgegen der in den Materialien befindlichen Einschränkung wurde vertreten, dass die Bestimmung objektiv so zu verstehen sei, dass der gesamte Bereich der (vollständig oder mehrheitlich) öffentlich finanzierten Forschung und Lehre umfasst sei.<sup>32</sup> Ansonsten liefe die Bestimmung praktisch ins Leere.<sup>33</sup>

Wohl um diese Unklarheiten bei § 37a öUrhG zu vermeiden, entschied sich der österreichische Gesetzgeber zu einer gänzlich anderen Wortwahl. Dabei erzeugte er aber ebenso Unschärfen, jedoch in anderer Hinsicht, denn es ist unklar, was genau unter dem wissenschaftlichen Personal zu verstehen ist, unterscheidet doch das Universitätsgesetz (UG 2002) zwischen wissenschaftlichem und künstlerischen Universitätspersonal.<sup>34</sup> Dies verleitet zwar zu der Annahme, wissenschaftliche Beiträge des künstlerischen Universitätspersonals seien der Anwendung des § 37a öUrhG entzogen.<sup>35</sup> Dem ist zwar hinsichtlich des Wortlauts selbst zuzustimmen, jedoch handelt es sich nach hier vertretener Ansicht um eine planwidrige Lücke des Gesetzes, welche durch analoge Anwendung<sup>36</sup> der Bestimmung geschlossen werden kann.<sup>37</sup> Angesichts der Historie der Einführung der Bestimmung und der spärlichen Materialien lässt sich nicht darauf schließen, dass der österreichische Gesetzgeber künstlerischem Personal die Möglichkeit der Zweitverwertung nicht zukommen lassen wollte.

### 3. Die öffentliche Zugänglichmachung

Durch die nahezu wortgleiche Übernahme der deutschen Bestimmung und insbesondere der Wörter „öffentlich zugänglich zu machen“ ergibt sich noch ein dritter Unterschied zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage.<sup>38</sup> Anders als in Deutschland<sup>39</sup> erfasst dieser Begriff in Österreich nicht nur die reine Online-Verwertung, sondern auch andere Verwertungsformen wie insbesondere die Verbreitung<sup>40, 41</sup>

31 BT-Drs 17/13423, 9 und 24.

32 Wandtke/König, in: Wandtke/Bullinger, § 38 UrhG Rz 19; Peukert, in: Schrickner/Loewenheim, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 46 ff.

33 Schulze, in: Dreier/Schulze, Urheberrecht, § 38 UrhG Rz 34.

34 Siehe hierzu Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht, § 37a UrhG Rz 16.

35 Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht, § 37a UrhG Rz 16.

36 Siehe zu dieser statt aller Rebhahn, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg.), ABGB, 3. Auflage 2014, §§ 6, 7 ABGB, Rz 40 ff.

37 AA Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht, § 37a UrhG Rz 16: „Es darf bezweifelt werden, dass eine Ausklammerung des künstlerischen Universitätspersonals vom Gesetzgeber gewollt ist, sodass mE auch diese Personengruppe als „wissenschaftliches“ Personal zu verstehen sein werden.“

38 Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht, § 37a UrhG Rz 9.

39 Vgl § 19a dUrhG.

40 ISd § 16 öUrhG.

41 Vgl § 18a öUrhG.

Aufgrund der Entstehungsgeschichte der Norm wird insoweit eine einschränkende Auslegung, wohl in Form einer teleologischen Reduktion<sup>42</sup>, vertreten.<sup>43</sup> Dem ist insoweit zuzustimmen, als aus den Gesetzesmaterialien tatsächlich nicht ersichtlich ist, dass der österreichische Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Zweitverwertungsrechts in Österreich gegenüber jenem in Deutschland ausdehnen wollte. Es entspricht daher vielmehr dem Willen des österreichischen Gesetzgebers, wenn entgegen dem Wortlaut und aufgrund der Materialien nur die reine Online-Verwertung von der Bestimmung umfasst ist.

#### IV. Conclusio

Der österreichische Gesetzgeber wollte mit § 37a öUrHG eine § 38 Abs 4 dUrHG im Wesentlichen nachempfundene Regelung für die Zweitverwertung einführen. Neben dem bewusst „ausgeweiteten“ persönlichen Anwendungsbereich weichen die vom Wortlaut der beiden Bestimmungen erfassten Zweitverwertungen aber auch in anderen Punkten voneinander ab. So kommt § 37a öUrHG mangels Aufnahme in die Liste des § 37f öUrHG nicht zweifelsfrei der Charakter einer Eingriffsnorm zu, obwohl sich dieser mitunter aufgrund des mit der Bestimmung verfolgten öffentlichen Interesses begründen lässt. Darüber hinaus erfasst der Wortlaut der Bestimmung lediglich das wissenschaftliche Personal i.S.d. UG 2002, das künstlerische Personal kann aber nach hier vertretener Ansicht mittels Analogieschlusses erfasst werden. Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte auch dafür, die über die Online-Verwertung hinausgehenden Verwertungsformen mittels teleologischer Reduktion vom Anwendungsbereich auszuschließen.

42 Siehe zu dieser Rebhahn, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB, §§ 6, 7 ABGB, Rz 69 ff.

43 Vgl Appl, in: Kucsko/Handig, urheber.recht, § 37a UrhG Rz 54.

**Zusammenfassung:** Der österreichische Gesetzgeber wollte mit § 37a öUrhG eine § 38 Abs 4 dUrhG im Wesentlichen nachempfundene Regelung für die Zweitverwertung einführen. Neben dem bewusst „ausgeweiteten“ persönlichen Anwendungsbereich weichen die vom Wortlaut der beiden Bestimmungen erfassten Zweitverwertungen aber auch in anderen Punkten voneinander ab. So kommt § 37a öUrhG mangels Aufnahme in die Liste des § 37f öUrhG nicht zweifelsfrei der Charakter einer Eingriffsnorm zu, obwohl sich dieser mitunter aufgrund des mit der Bestimmung verfolgten öffentlichen Interesses durchaus auch begründen ließe. Darüber hinaus erfasst der Wortlaut der Bestimmung lediglich das wissenschaftliche Personal i.S.d. UG 2002, das künstlerische Personal kann aber mittels Analogieschlusses erfasst werden. Schließlich spricht die Entstehungsgeschichte auch dafür, die über die Online-Verwertung hinausgehenden Verwertungsformen mittels teleologischer Reduktion vom Anwendungsbereich auszuschließen.

**Summary:** With Section 37a of the Austrian Copyright Law (öUrhG), the Austrian legislator intended to introduce a provision for secondary exploitation that is essentially modeled on Section 38 (4) of the German Copyright Law (dUrhG). In addition to the deliberately “extended” personal scope of application, the secondary exploitations covered by the wording of the two provisions also differ in other respects. For example, Section 37a öUrhG, because it is not included in the list of Section 37f öUrhG, is not unequivocally considered to be an overriding mandatory provisions, although this could certainly be justified on the basis of the public interest pursued by the provision. Moreover, the wording of the provision only covers academic staff as defined by the University Law (UG 2002), but artistic staff can be covered by analogy. Finally, the legislative history also argues in favor of excluding forms of exploitation beyond online exploitation from the scope of application by means of teleological reduction.



© Sebastian Schwamberger