FESTSCHRIFT CHRISTIAN NOWOTNY

Festschrift

CHRISTIAN NOWOTNY

Zum 65. Geburtstag

Herausgeber

Prof. DDr. Walter Blocher
Prof. DDr. Martin Gelter, S.J.D. (Harvard)
Mag. Dr. Michael Pucher, LL.M. (Harvard)

Wien 2015
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Prof. DDr. Walter Blocher
Prof. DDr. Martin Gelter, S.J.D. (Harvard)
Mag. Dr. Michael Pucher, LL.M. (Harvard)

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der

B&C PRIVAT STIFTUNG

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

ISBN 978-3-214-0-3497-9

© 2015 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@manz.at
www.manz.at
Bildnachweis: Stephan Huger
Satzherstellung: Anita Frühwirth
Druck: Ferdinand Berger & Söhne GmbH, 3580 Horn

Vorwort der Herausgeber

Es ist angesichts des immer noch jugendlich wirkenden Jubilars kaum zu glauben: o. Univ.-Prof. Dr. *Christian Nowotny* feierte am 23. Juli 2015 bereits seinen 65. Geburtstag. Dies ist der Anlass, sein Leben und bisheriges Schaffen mit der vorliegenden Festschrift zu würdigen.

Christian Nowotny wurde als Sohn eines Apothekerehepaars in Wien geboren. Nach Volksschule und Realgymnasium im fünften Wiener Gemeindebezirk wandte er sich dem Studium der Rechtswissenschaften zu, das er im Jänner 1973 mit der Promotion abschloss. Noch während des Gerichtsjahrs nahm er eine Tätigkeit als Assistent auf, zunächst am Institut für Handelsrecht der Universität Wien. Im Herbst 1973 folgte er *Peter Doralt*, der inzwischen den Ruf auf die dort neu errichtete Lehrkanzel für Unternehmensrecht angenommen hatte, an die damalige Hochschule für Welthandel. Die Assistententätigkeit mündete im Juli 1985 in die Habilitation für Handels- und Wertpapierrecht mit einer Arbeit zu grundsätzlichen Problemen der Neuordnung des Rechts der Rechnungslegung, die damals im Zuge der Planungen für das spätere Rechnungslegungsgesetz im Raum standen. Von 1984 bis 1986 an der nunmehrigen WU karenziert, absolvierte *Christian Nowotny* eine Tätigkeit als Konzipient bei *Paul Doralt* in der heutigen Kanzlei Doralt Seist Csoklich. Trotz großen Interesses an der Praxis überwog jenes an der Wissenschaft. 1986 kehrte *Christian Nowotny* ans Institut zurück. Zunächst war er Assistenzprofessor, ab 1989 fungierte er als außerordentlicher Professor, und 1993 trat er schließlich die Nachfolge von *Karl Hannak* als Ordinarius an.

Die Verdienste des Jubilars zeigen sich auf mehreren Ebenen, allen voran aber steht die Wissenschaft. Mehr als 270 Werke umfasst *Christian Nowotnys* Publikationsverzeichnis, die meisten davon sind Aufsätze. Seit 1986 Mitherausgeber der RdW, war es dem Jubilar stets ein Anliegen, sein wissenschaftlich geprägtes tiefes Verständnis des Unternehmens- und des privaten Wirtschaftsrechts in den Dienst der Rechtsanwendung zu stellen, was zu einer großen Zahl von Beiträgen zu aktuellen Fragen mit hoher Praxisrelevanz führte. An größeren Werken sind neben der Habilitationsschrift – von der ein Teil unter dem Titel „Funktion der Rechnungslegung im Handels- und Gesellschaftsrecht" in Buchform veröffentlicht wurde – mehrere Kommentierungen zu nennen, insbesondere zu zentralen Teilen der Rechnungslegungsvorschriften im von *Manfred Straube* herausgegeben Wiener Kommentar zum UGB, weiters zum Vorstand im gemeinsam mit *Peter Doralt* und *Susanne Kalss* herausgegebenen Kommentar zum Aktiengesetz sowie zu mehreren wesentlichen Paragraphen im von *Heinz Mayer* herausgegebenen Kommentar zum Universitätsgesetz. Zudem war *Christian Nowotny* Mitautor der 1990 erschienenen 5. Auflage des Grundrisses des österreichischen Gesellschaftsrechts von *Walther Kastner* und *Peter Doralt* und für maßgebliche Teile des 2008 gemeinsam mit *Susanne Kalss* und *Martin Schauer* pu-

blizierten Nachfolgewerks („Österreichisches Gesellschaftsrecht") alleinverantwortlich, etwa zur GmbH. Auch die Herausgabe der gesellschaftsrechtlichen Bände des Wiener Vertragshandbuchs (gemeinsam mit *Oskar Winkler*) ist hier hervorzuheben.

Die meisten Arbeiten *Christian Nowotnys* sind dem Gesellschaftsrecht zuzurechnen, zu dessen führenden österreichischen Vertretern er seit Jahrzehnten zählt. Im Rechnungslegungsrecht gibt es gar nur ganz wenige Autoren, die eine vergleichbare wissenschaftliche Tiefe erreicht haben. Über diese Kernbereiche hinaus publizierte *Christian Nowotny* aber auch immer wieder zum Zivilrecht und zum allgemeinen Unternehmensrecht, zum Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht sowie zum Bankrecht. Regelmäßig forschte er auch im Überschneidungsbereich mit der Betriebswirtschaftslehre und zwar nicht nur im Recht der Rechnungslegung, sondern etwa auch auf dem Gebiet der Rechtsform- und Vertragsgestaltung. Besondere Erwähnung verdient hierbei das in den 1970er-Jahren gemeinsam mit *Peter Doralt* und *Oskar Grün* verfasste Werk zur Projektorganisation.

Zweifellos zählt auch die nahezu einzigartige Verbindung von Wissenschaft, Praxis und Beratung zu den hervorstechenden Merkmalen des Wirkens von *Christian Nowotny*. Seit Jahrzehnten ist er gefragter Gutachter im Gesellschafts-, Unternehmens- und Bankrecht, und nicht wenige Transaktionen tragen seine oft ausgesprochen kreative Handschrift, die somit auch die jüngere österreichische Wirtschaftsgeschichte mitprägte. Hinzu kommen verschiedene Aufsichtsratsmandate, einschließlich solcher in erfolgreichen börsennotierten Unternehmen. Seit den 1980er-Jahren wirkte *Christian Nowotny* – zunächst oft gemeinsam mit *Walther Kastner* und *Peter Doralt* – wiederholt als Berater an legistischen Vorhaben mit, beispielsweise beim RLG oder beim EUGesRÄG. In der Folge entwickelte er auch eine Nahebeziehung zum Berufsstand der Wirtschaftstreuhänder, etwa als Mitglied des (nunmehrigen) Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder. Bereits 1986 schlug er in einem Aufsatz die Gründung eines privaten Rechnungslegungsbeirats vor. Nunmehr existiert eine Einrichtung dieser Art in Form des Austrian Financial Reporting and Auditing Committee (AFRAC), dessen Präsidium er seit dessen Gründung angehört. Überdies fungiert er als Mitglied des Arbeitskreises „Corporate Governance". Hier zeigt sich, wie sehr der Jubilar, der in Studium und Beruf Wien und Österreich die Treue hielt, stets gegenüber neuen internationalen Entwicklungen offen war, an deren Transformation in die österreichische Rechtslandschaft er maßgeblich mitwirkte.

Mit nur kurzen Unterbrechungen ist *Christian Nowotny* seit über 40 Jahren an der WU tätig, deren Wachstum und Entwicklung er mitverfolgt und mitgeprägt hat. Zum einen ist hier das nunmehrige Institut für Zivil- und Unternehmensrecht als sein engerer Wirkungsbereich zu nennen, dessen Aufstieg zu einer der führenden österreichischen Forschungsstätten auf diesem Gebiet er ebenso wesentlich mitgestaltete, wie er zu dessen Wertschätzung durch die Wirtschaftspraxis beitrug. Das bemerkenswerte Wachstum des juristischen Fachbereichs von einer einzigen Professur bis hin zu den beiden heutigen Departments und zur Einrichtung des eigenständigen Studiengangs „Wirtschaftsrecht" fällt über-

wiegend in seinen Wirkungszeitraum. Stets war *Christian Nowotny* ein umsichtiger und pragmatischer Berater der jeweiligen Entscheidungsträger. An der Gestaltung des Universitätsgesetzes 2002, das die Universitäten der *Christian Nowotny* vertrauten Struktur unabhängiger privatrechtlicher Rechtsformen näherbrachte, wirkte er maßgeblich mit, ebenso wie – in seiner kurzen Funktionsperiode als Vizerektor der WU – an dessen Implementierung. Zumindest für die WU sind die auf diese Weise erlangte Vollrechtsfähigkeit und der damit verbundene Autonomiezuwachs zugleich als Erfolg und als Erfolgsfaktoren für die weitere Entwicklung zu betrachten.

Als Hochschullehrer zeichnet *Christian Nowotny* ein ganz besonderer Stil aus: Er ist ein ausgesprochen unterhaltsamer (wenn auch nicht um jeden Preis „politisch korrekter") Vortragender, der den schwierigen Rechtsstoff nicht zuletzt mit unzähligen einprägsamen Anekdoten aus der Praxis anschaulich vermittelt. Dabei bestehen die Lehrveranstaltungen keineswegs bloß aus der Erzählung von „war stories", im Gegenteil, die interessanten Punkte dienen stets der Illustration der Anwendung des abstrakten Rechts in der Praxis. Generationen von Studierenden sind seine Lehrveranstaltungen zur „Vertragsgestaltung" und im Wahlfach „Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht", die stets auf einem umfangreichen und praxisnahen Fall beruhen, in bester Erinnerung, weil sie sich der darin verborgenen Frage nicht – wie sonst oft in der Juristenausbildung – aus der Sicht des Richters, sondern aus jener des juristischen Gestalters zu nähern hatten. Viele der praktischen Hinweise zur Vertragsgestaltung, die der Jubilar in der Lehrveranstaltung gab, wären auch so manchem erfahrenen Anwalt nützlich gewesen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es auch nicht verwunderlich, dass die meisten von *Christian Nowotnys* akademischen Schülern Karrieren in der Anwaltschaft, im Bankbereich oder im Wirtschaftstreuhandwesen eingeschlagen haben. Mitarbeitern mit vertieftem wissenschaftlichem Interesse legte er oft Auslandsaufenthalte nahe, was – etwa im Kreis der Herausgeber der vorliegenden Festschrift – manchmal zu unerwarteten internationalen Karrieresprüngen führte. Als Vorgesetzter und akademischer Lehrer ist *Christian Nowotny* unkonventionellen Ideen gegenüber aufgeschlossen und übt niemals Druck aus, Arbeiten in einer bestimmten Form oder Art zu verfassen. Jüngere Assistenten werden zu Publikationen angeregt, erfahrenere dürfen und müssen ihren eigenen Weg suchen.

Neben der Würdigung seiner wissenschaftlichen Verdienste soll jene der menschlichen Qualitäten des Jubilars nicht zu kurz kommen: Sowohl die im wissenschaftlichen als auch die im administrativen Bereich tätigen Institutsangehörigen schätzen „den Chef" wegen seiner stets ruhigen und freundlichen Wesensart. Er versteht es, selbst in angespannten Situationen und Zeiten dringender sowie drängender Arbeit Gelassenheit auszustrahlen und Druck nicht nach unten weiterzugeben. Seine Selbständigkeit und die unkomplizierte, pragmatische Handhabung der kleinen alltäglichen Dinge sind eine Wohltat für das Sekretariat und das gesamte Mitarbeiterteam.

Wie nicht wenige andere sind die Herausgeber *Christian Nowotny* für viele Jahre der Förderung und wohlwollenden Unterstützung zu Dank verbunden.

Gemeinsam mit den übrigen Verfasserinnen und Verfassern der Beiträge wünschen sie ihm zum 65. Geburtstag alles Gute.

Zahlreiche andere Personen haben im Hintergrund am Erscheinen der Festschrift mitgewirkt und wollen auf diese Weise ebenfalls ihre Dankbarkeit und Verbundenheit zum Ausdruck bringen. Hier sind vor allem die derzeitigen Assistentinnen und Assistenten *Bernhard Endl*, *Sophie Eisner*, *Verena Rainer* und *Alexandra Reif* zu nennen, die sich hilfsbereit an der Korrektur des Umbruchs dieser Festschrift beteiligten.

Stellvertretend für die österreichische Rechtswissenschaft und Rechtspraxis schließen sich den Glückwünschen der Verlag Manz, der die Festschrift bereitwillig in sein Programm aufnahm, und die B&C Privatstiftung an, die deren Erscheinen ebenso großzügig förderte wie das Symposion anlässlich ihrer Überreichung.

Gemeinsam hoffen wir, dass der Jubilar die Entwicklung des österreichischen Unternehmensrechts noch viele Jahre begleiten und vorantreiben wird.

Wien, im Juli 2015 *Walter Blocher, Martin Gelter, Michael Pucher*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber V

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren XVII

VERBINDUNG VON WISSENSCHAFT UND PRAXIS

Christoph Badelt

Universitätsmanagement und Universitätsautonomie – zur praktischen Umsetzung des UG 2002 3

Ewald Nowotny

Banken und Rechtsberatung – Odysseus ohne Penelope? 21

ZIVILRECHT UND ALLGEMEINES UNTERNEHMENSRECHT

Walter Blocher

Zu abstrakt? – Beobachtungen eines österreichisch-deutschen Grenzgängers 35

Raimund Bollenberger

Rücktritt vom Haustür-Wertpapierkauf – ein normatives Mikadospiel . . . 55

Peter Csoklich

Über die (Grenzen der) Bedeutung des CMR-Frachtbriefes 71

Friedrich Harrer

Erhaltungspflichten bei Retention, Pfändung, Verwahrung? 89

Gert Iro

Das Forfaitinggeschäft im Lichte der Uniform Rules for Forfaiting (URF 800) der ICC 97

Georg Kodek

Kollektiver Rechtsschutz in Europa – Diskussionsstand und Perspektiven 127

Michael Pucher
Auswirkungen einer Vertragsübernahme auf die weitere Anwendbarkeit von AGB 153

Alexandra Reif
Der Erfüllungsort der Verbesserung im ABGB 171

Florian Schuhmacher
Aktuelle Fragen der Haftung des Unternehmenserwerbers nach § 38 UGB 191

Rudolf Welser
Die Kausalität des Motivirrtums bei letztwilligen Verfügungen 205

GESELLSCHAFTSRECHT

Thomas Bachner
Individuelle Abwehransprüche und einstweilige Verfügungen bei Missachtung der Holzmüller-Doktrin 215

Kurt Berger
Folgen eines unrechtmäßigen Ausschlusses eines Vereinsmitglieds 237

Markus Dellinger/Julia Schellner
Aufsichtsratsinterne Information und ihre Verweigerung am Beispiel von Managerdienstverträgen 245

Michael Eberhartinger/Wolfgang Nolz
Der ÖCGK in der Fassung Jänner 2015 265

Georg Eckert
Kapitalaufbringung und Agio 275

Bernhard Endl/Philipp H. Zumbo
Der Aufsichtsratsvorsitzende – Erster unter Gleichen? 285

Martin Gelter
Funktionen des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes – Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte 315

Michael Holoubek
Business Judgment Rule und Privatwirtschaftsverwaltung 343

Susanne Kalss
Die Vergütung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft 353

Hans-Georg Koppensteiner
Aktuelle Probleme des EKEG 369

Heinz Krejci
Doppelvertretung durch Personalunionen in Konzernvorständen 383

Friedrich Rüffler
Gibt es im österreichischen Recht einen Nachteilsausgleich? 405

Martin Spitzer
Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz – Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach der GesBR-Reform 2015 413

Elisabeth Stern
Neue Eigenkapitalinstrumente nach BWG und Aktienrecht 455

Manfred P. Straube
Gedanken zur geplanten „Societas Unius Personae" (SUP) 469

Ulrich Torggler/Hellwig Torggler
Zur Einlageleistung durch Aufrechnung 489

Johannes Zollner
Related Party Transactions – Überlegungen zur geplanten Reform der Aktionärsrechterichtlinie 499

RECHNUNGSLEGUNG

Romuald Bertl/Stéphanie Hörmannseder
Die Wahl des Jahresabschlussprüfers 519

Thomas Haberer
Aktuelle Probleme der Dritthaftung des Abschlussprüfers – Kausalität und Verjährung 539

Klaus Hirschler
Bewertung von Einlagen im Rahmen von Umgründungen und deren Folgebewertung – Neue Erkenntnisse durch den VwGH und deren Auswirkungen im Zusammenhang mit dem RÄG 2014 555

Hanns F. Hügel
Zur Verrechnung des Spaltungsverlustes mit gebundenem und ungebundenem Eigenkapital 573

Martin Karollus
Unbedingte Rückstellungspflicht für den vom Abgabengläubiger verlangten Betrag nach der Erlassung eines Abgabenbescheides? 587

Gerhard Prachner
Die Einführung der International Standards on Auditing in Österreich als österreichische Fachgutachten 603

KAPITALMARKTRECHT

Stefan Fida
Zur Ad-hoc-Publizität bei personellen Veränderungen im Vorstand 639

Michael Gruber
Retail cascade – eine Skizze 661

Eva Micheler
Die Durchsetzung von Rechten internationaler Anleger im englischen Recht 673

Martin Winner
Ausnahmen von der Angebotspflicht in Europa – ein Überblick 685

IMMATERIALGÜTERRECHT

Clemens Appl
Der Wissenschaftler und sein Werk – Eine immaterialgüter- und universitätsrechtliche Untersuchung des wissenschaftlichen Arbeitens von Universitätsangehörigen 705

Alexander Schopper
Erfindung, Patent und Insolvenz 751

STEUERRECHT UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Michael Lang
Der Vorschlag der OECD zur Neuregelung der Abkommensberechtigung doppelt ansässiger Gesellschaften (Art 4 Abs 3 OECD-MA) 765

Franz Marhold
Zuzahlungen zu Sachleistungen in der sozialen Krankenversicherung . . . 781

Publikationsverzeichnis 799

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Univ.-Ass. Dr. *Clemens Appl*, LL.M., Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

Ass.-Prof. Mag. Dr. *Thomas Bachner*, LL.M., Ph.D. (Cambridge), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

Rektor o. Univ.-Prof. Dr. *Christoph Badelt*, Wirtschaftsuniversität Wien

RA Dr. *Kurt Berger*, Berger Ettel Rechtsanwälte

WP/StB o. Univ.-Prof. Dr. *Romuald Bertl*, Institut für Revisions-, Treuhand- und Rechnungswesen, Wirtschaftsuniversität Wien, BFP Steuerberatungs GmbH

Univ.-Prof. DDr. *Walter Blocher*, Institut für Wirtschaftsrecht, Universität Kassel

RA Univ.-Prof. Dr. *Raimund Bollenberger*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft

RA Hon.-Prof. Mag. Dr. *Peter Csoklich*, Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft

Univ.-Prof. Dr. *Markus Dellinger*, Österreichischer Raiffeisenverband

Dr. *Michael Eberhartinger*, LL.M. (Exeter), Wirtschaftskammer Österreich, Mitglied des Arbeitskreises für Corporate Governance

RA Univ.-Prof. Dr. *Georg Eckert*, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck, Wess Kispert Rechtsanwalts GmbH

Univ.-Ass. MMag. *Bernhard Endl*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

RA Mag. Dr. *Stefan Fida*, LL.M. (LSE), Grohs Hofer Rechtsanwälte GmbH

Prof. DDr. *Martin Gelter*, S.J.D. (Harvard), Associate Professor of Law, Fordham University School of Law

Univ.-Prof. Dr. *Michael Gruber*, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Salzburg

RA Priv.-Doz. Mag. Dr. *Thomas Haberer*, KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH

RA o. Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Harrer*, Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Salzburg, Harrer & Harrer Rechtsanwälte

Univ.-Prof. Mag. Dr. *Klaus Hirschler*, Institut für Finanzrecht, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. *Michael Holoubek*, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien, Mitglied des Verfassungsgerichtshofs

Univ.-Ass. Dipl.-Ing. Dr. *Stéphanie Hörmanseder*, MIM (CEMS), Institut für Revisions-, Treuhand- und Rechnungswesen, Wirtschaftsuniversität Wien

RA Univ.-Prof. Dr. *Hanns F. Hügel*, bpv Hügel Rechtsanwälte OG

Univ.-Prof. i.R. Dr. *Gert Iro*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalss*, LL.M. (Florenz), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

o. Univ.-Prof. Dr. *Martin Karollus*, Institut für Unternehmensrecht, Universität Linz

Hofrat d. OGH Univ.-Prof. Dr. *Georg Kodek*, LL.M. (Northwestern University), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Richter am Obersten Gerichtshof

em. o. Univ.-Prof. Dr. *Hans-Georg Koppensteiner*, LL.M. (Berkeley), Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität Salzburg

em. o. Univ.-Prof. Dr. *Heinz Krejci*, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Lang*, Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

RA o. Univ.-Prof. Dr. *Franz Marhold*, Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH

Ao. Univ.-Prof. Dr. *Eva Micheler*, M.Jur., M.Litt. (Oxford), London School of Economics and Political Science

SC i.R. Dr. *Wolfgang Nolz*, Vorsitzender der Ratsarbeitsgruppe „Verhaltenskodex (Unternehmensbesteuerung)“, Vorsitzender des Arbeitskreises für Corporate Governance

Gouverneur o. Univ.-Prof. Dr. *Ewald Nowotny*, Oesterreichische Nationalbank

WP/StB Mag. *Gerhard Prachner*, PwC Österreich GmbH

Univ.-Ass. Mag. Dr. *Michael Pucher*, LL.M. (Harvard), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Ass. Mag. *Alexandra Reif*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Rüffler*, LL.M. (European Law), Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien

Mag. *Julia Schellner*, Österreichischer Raiffeisenverband

Univ.-Prof. Dr. *Alexander Schopper*, Institut für Unternehmens- und Steuerrecht, Universität Innsbruck

RA Univ.-Prof. Dr. *Florian Schuhmacher*, LL.M. (Columbia), Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH

Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

RA Dr. *Elisabeth Stern*, Grohs Hofer Rechtsanwälte GmbH

Univ.-Prof. i.R. Dr. *Manfred Straube*, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien

RA Hon.-Prof. DDr. *Hellwig Torggler*, LL.M. (SMU), Torggler Rechtsanwälte GmbH

Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Torggler*, LL.M. (Cornell), Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien

em. o. Univ.-Prof. Dr. DDr. h.c. *Rudolf Welser*, Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform, Universität Wien

Univ.-Prof. Mag. Dr. *Martin Winner*, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Vorsitzender der Übernahmekommission

Univ.-Prof. Dr. *Johannes Zollner*, Institut für Unternehmensrecht und Internationales Wirtschaftsrecht, Universität Graz

Dr. *Philipp H. Zumbo*, Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH

Der Wissenschaftler und sein Werk

Eine immaterialgüter- und universitätsrechtliche Untersuchung des wissenschaftlichen Arbeitens von Universitätsangehörigen

Clemens Appl, Wien

Übersicht:

I. Vorbestehendes Wissen und seine Dokumentation
  A. Wissen ist frei
  B. Vorbestehende wissenschaftliche Werke als Gegenstand von Urheberrechten
    1. Der Sonderfall der wissenschaftlichen Schöpfung
    2. Einordnung wissenschaftlicher Werke in den Kanon der Werkarten
  C. Der Rechteinhaber und seine Dispositionsmöglichkeiten
II. Die eigene Erkenntnis und ihre Abhängigkeit
  A. Vervielfältigung zum eigenen Forschungsgebrauch
  B. Das Zitatrecht und seine Grenzen
    1. Quellenangabe
    2. Kürzungen, Ergänzungen und Änderungen
    3. Erkennbarkeit des Zitats
    4. Das kleine Literaturzitat
    5. Das große Literaturzitat
  C. Bearbeitung und freie Nachschöpfung
  D. Forschung an patentierten Erfindungen und ihre Lehre als Patentverletzung?
    1. Forschung an patentierten Erfindungen
    2. Patentierte Erfindungen in der Lehre
III. Die Publikation wissenschaftlicher Erkenntnisse im Lichte des § 106 UG 2002
  A. Zum persönlichen Anwendungsbereich des § 106 Abs 1 UG 2002
  B. Das Recht der selbstständigen Publikation eigener wissenschaftlicher Ergebnisse
    1. Grundsätzliches
    2. Das Verhältnis von Publikationsfreiheit und dem Aufgriffsrecht an Erfindungen
    3. Urheberrechtliche Implikationen
    4. Patentrechtliche Implikationen
    5. Selbstständiges Veröffentlichen
  C. Das Recht auf Nennung als Mitautor
  D. Zur Rechtsnatur des § 106 Abs 1 UG 2002 und seiner Durchsetzung
  E. Sonderfall: Computerprogramme und Datenbanken als Ergebnis wissenschaftlicher Forschung
  F. Verlagsvertrag und Zweitverwertung
    1. Verlagsvertrag
    2. Zweitverwertung wissenschaftlicher Lehre
IV. Fazit

Dicebat Bernardus Carnotensis nos esse quasi nanos, gigantium humeris incidentes, ut possimus plura eis et remotiora videre, non utique proprii visus acumine, aut eminentia corporis, sed quia in altum subvehimur et extollimur magnitudine gigantea:[1]) *Bernhard von Chartres* formulierte bereits um das Jahr 1120 die – hier nach *Johannes von Salisbury* (1159) zitierte – metawissenschaftliche Metapher, wonach der Wissenschaftler gleichsam als Zwerg auf den Schultern von Riesen sitzt und erst durch den erhöhten Platz mehr und weiter Entferntes zu erblicken vermag. Diese Metapher gilt heute in der universitären Forschung und Lehre mehr denn je, steht doch die aktuelle Wissenschaft in ihrer Geschichtlichkeit auf dem Fundament vorbestehender Leistungen. Wenn wir heute vom „Stand der Wissenschaft" sprechen, begegnen uns diese Riesen unausweichlich. Doch für uns Zwerge sind der Riesen Schultern mitunter schwer zu erreichen. Dies folgt zunächst rein faktisch daraus, dass es bereits rein quantitativ immer schwieriger wird, vorbestehende Leistungen einer globalisierten Wissensgesellschaft vollumfänglich und in der gebotenen Tiefe zu erschließen. Es folgt aber auch zunehmend daraus, dass der Zugang zu an sich freier Information durch Rechte des Geistigen Eigentums erschwert wird. Nicht selten hüten monopolistische Gatekeeper auf Grundlage immaterialgüterrechtlicher Befugnisse den Zugang zu jenen Riesen, auf deren Schultern Forschende und Lehrende ihren Beitrag zum Stand der Wissenschaft zu ersinnen suchen. Angesichts der Digitalisierung, globaler Vernetzung und der daraus folgenden Virtualisierung der Wissenschaft stehen diese und ihre Lehre mit Immaterialgüterrechten an vorbestehenden Leistungen in einem prekären Spannungsverhältnis. Zudem unterliegen die Rollen von Forschenden, Lehrenden, Intermediären (wissenschaftliche Verlage etc), Forschungsstätten, Drittmittelgeber und den schlicht Rezipierenden mit Blick auf den Transfer, die Wahrung und die Sicherung von Wissen einem drastischen gesellschaftlich und ökonomisch induzierten Wandel. Diesem Wandel tragen traditionelle immaterialgüterrechtliche Ansätze mitunter nur unzureichend Rechnung.

I. Vorbestehendes Wissen und seine Dokumentation

Der vorbestehende Stand der Wissenschaft stellt für jede wissenschaftliche Arbeit und auch für die Lehre den zentralen Ausgangspunkt dar. Dieses Wissen ist in vielfältiger Weise, insb in Gestalt von Monografien, Beiträgen in Sammelbänden, Fachzeitschriften oder Internetseiten, dokumentiert. Durch Dokumentation wird abstrakte Information manifest und – im wörtlichen wie übertragenen Sinn – begreifbar. Der urheberrechtliche Schutz setzt nun an der Dokumentation an und schützt die sinnlich wahrnehmbare Formung eines geistigen Stoffes.[2]) Die Information als solche kann jedoch im Fall technischer Erfindungen

---

*) Dieser Beitrag entstand im Rahmen des Sparkling Science Forschungsprojekts *„Vom User-Generated-Content zum User-Generated Copyright"* (abrufbar unter www.u-g-c.at), gefördert durch das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft.

1) *Johannes von Salisbury*, Metalogicon liber III, cap IV.

2) StRsp des OGH und hL, s dazu *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL), § 1 UrhG Rz 5; *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht § 1 UrhG, 86 f sowie jüngst OGH 4 Ob 184/13g – *Live Sportübertragungen*; OGH 4 Ob 89/11h; OGH 4 Ob 208/09 f – *Mozart Symphonie No 41*.

Gegenstand patentrechtlichen Schutzes oder auch anderer gewerblicher Schutzrechte sein.[3)]

A. Wissen ist frei

Die Gedanken sind frei: Dieses vielfach bemühte Zitat aus einer bekannten Volks- und Studentenweise ist freilich im Lichte der grundrechtlich verbürgten Freiheiten, allen voran der Meinungsfreiheit, zu verstehen. Es ist aber gleichsam Programmsatz für einen freien Zugang zu Information und Wissen.

Das ungeformte intellektuelle Konzentrat einer geistigen Schöpfung ist urheberrechtsfrei. Ideen, Verfahren, Arbeitsweisen oder mathematische Konzepte als solche[4)] sind urheberrechtlich nicht schutzfähig.[5)] Kein urheberrechtlicher Schutz besteht an bloßen Tatsachen und Gedanken[6)], an der Methode des Schaffens[7)] (zB Stil, Technik, Manier etc) sowie an freien Geistesgütern[8)] (zB Fakten aus Natur oder Geschichte). Auch an Erfindungen, für die das Patentrecht gilt, sowie an Lehren und Systemen kann kein Urheberrecht entstehen.[9)]

Wenngleich das Patentrecht die einer Erfindung zugrundeliegende technische Lehre in ihrer abstrakten, durch die Patentansprüche abschließend umrissenen (§ 22a PatG)[10)], Existenz schützt,[11)] ist das technische Wissen als solches grds frei. Das Patentrecht monopolisiert nicht schlechthin technische Information, sondern lediglich deren betriebsmäßige Benutzung (§ 22 PatG) für einen Zeitraum von höchstens 20 Jahren oder – bei Vorliegen eines ergänzenden Schutzzertifikats – 25 Jahren. Dem in dieser Zeit gewährten Ausschließlichkeitsrecht steht jedoch die Pflicht des Patentanmelders gegenüber, die Erfindung offenzulegen. Das Patentrecht schafft somit einen Anreiz, technisches Wissen nicht geheim zu halten, sondern der Öffentlichkeit durch die Patentanmeldung zugänglich zu machen. Insofern ist das Patentrecht kein Hindernis, sondern vielmehr Mittel der Wissensverbreitung;[12)] Patentschriften sind öffentlich und teilweise kostenlos

---

3) Neben dem Patentrecht kommen auch noch andere gewerbliche Schutzrechte, etwa das Gebrauchs- oder Geschmacksmusterrecht sowie der Sorten- und Halbleiterschutz, in Betracht. Eine detaillierte und differenzierte Untersuchung würde jedoch den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Im Wesentlichen können jedoch die Ausführungen zum Patentrecht auch für die anderen Schutzsysteme übernommen werden, die Problemstellungen sind durchwegs vergleichbar.

4) Art 9 Abs 2 TRIPS-Abk (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums [Anhang 1 C des WTO-Abkommens BGBl 1995/1]).

5) Dazu auch OGH 4 Ob 2085/96p – *Hier wohnt …*, ÖBl 1996, 292 = MR 1996, 241 (*Walter*).

6) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 1 UrhG Rz 6.

7) StRsp OGH 4 Ob 274/02a – *Felsritzbild*, ecolex 2003, 42 (*Schuhmacher*) = MR 2003, 162 (*Walter*).

8) *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht, § 1 UrhG, 93.

9) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 1 UrhG Rz 6; s auch OGH 4 Ob 386/81 – *Glücksreiter*, ÖBl 1983, 59; OGH 4 Ob 248/02b – *Meteo-Data*, MR 2003, 35 (*Burgstaller/Krüger*).

10) *Burgstaller*, Patentrecht §§ 22, 22a PatG, 80; *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 194.

11) Vgl *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 190 f.

12) Vgl *Haedicke* in *Timmann/Haedicke*, HdB Patentrecht § 1 Rz 6.

über die Website des Europäischen Patentamts (www.espacenet.com) für eine Recherche zugänglich.[13])

B. Vorbestehende wissenschaftliche Werke als Gegenstand von Urheberrechten

Schöpfungen auf dem Gebiet der Wissenschaft können urheberrechtlichen Schutz genießen. Obwohl § 1 UrhG im Gegensatz zur deutschen Parallelbestimmung des § 1 dUrhG und Art 2 Abs 1 RBÜ 1961/1971 Werke der Wissenschaft nicht ausdrücklich adressiert, ist ihre Schutzfähigkeit bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen allgemein anerkannt.[14]) Genießt eine wissenschaftliche Schöpfung urheberrechtlichen Schutz, kommen zunächst dem Schöpfer als Urheber die ausschließlichen Verwertungsrechte nach §§ 14 bis 18a UrhG sowie das Urheberpersönlichkeitsrecht zu. Das österreichische Urheberrecht folgt der monistischen Theorie, sodass die Verwertungsrechte und das Persönlichkeitsrecht untrennbar miteinander verbunden sind.[15]) Das Urheberrecht besteht bis zum Ablauf des siebzigsten Kalenderjahres nach dem Todestag des Schöpfers oder längstlebenden Mitschöpfers.[16])

Das Urheberrecht setzt ganz allgemein das Vorliegen einer *„eigentümlichen geistigen Schöpfung"* (§ 1 Abs 1 UrhG[17])) voraus. Gefordert wird nach allgemeinen Grundsätzen und ohne dass es auf eine besondere „Werkhöhe" ankommt,[18]) dass sich in der Schöpfung ein gewisses Maß an Originalität widerspiegelt; sich also die Individualität des Schöpfers im Werk manifestiert (Stempeltheorie[19])). Der Zweck einer Schöpfung ist dabei unerheblich, womit auch reine Zweckschöpfungen schutzfähig sind. Nach hA ist *kein strenger Maßstab* anzulegen[20]) und bereits die *Kleine Münze* des Werkschaffens geschützt.[21]) Nur dem völlig Banalen und Landläufigen wird der Schutz versagt.

1. Der Sonderfall der wissenschaftlichen Schöpfung

Schöpfungen auf dem Gebiet der Wissenschaft nehmen im Lichte der urheberrechtlichen Schutzvoraussetzung der Eigentümlichkeit (Originalität) eine gewisse Sonderstellung im Urheberrecht ein:

Wie bereits einleitend ausgeführt, unterliegen nach hA die in wissenschaftlichen Schöpfungen enthaltenen inhaltlichen Aussagen (Erkenntnisse, Theorien,

---

13) Für Marken- und Geschmacksmusterrechte besteht auf europäischer Ebene die Möglichkeit zur Recherche via TMView und Designview unter www.tmdn.org.
14) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 172; s auch BGH I ZR 244/88 – *Grabungsmaterialien*, GRUR 1991, 523.
15) *Appl* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht[2] 157.
16) *Horak* in *Kucsko*, urheber.recht § 60 UrhG, 899 ff.
17) Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111 zuletzt geändert durch BGBl I 2015/11.
18) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 2 UrhG Rz 3.
19) *Appl* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht[2] 162 f.
20) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 218; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 2 UrhG Rz 3.
21) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 120; *Schulze* in *Dreier/Schulze*, Urheberrecht[3] § 2 dUrhG Rz 211.

Lehren, technische Daten usw) als solche *nicht* dem urheberrechtlichen Schutz.[22]) Damit ist der schöpferische Gehalt der abstrakten Information bei der Beurteilung der Originalität von wissenschaftlichen Schöpfungen nicht zu berücksichtigen. Neuheit und Innovationsgehalt von wissenschaftlichen Erkenntnissen, mögen diese auch noch so herausragend sein, sind bei der urheberrechtlichen Beurteilung ihrer konkreten Dokumentation (Ausdrucksform) auszublenden.[23]) Dies unterscheidet wissenschaftliche Werke von Belletristik, denn für Letztere wird ein gewisser inhaltlicher Schutz anerkannt. Damit umfasst der Urheberrechtschutz für Schöpfungen der Belletristik die äußere und innere Form einschließlich des fiktionalen Inhalts (*Fabel* oder *plot*).[24]) Im Fall von Sprachschöpfungen mit technisch-wissenschaftlichem Inhalt, der für sich genommen vom Urheberrecht nicht erfasst ist, wird der Urheberrechtsschutz uU nicht (einmal) die Gedankenführung erfassen, wenn diese allein dem technisch-wissenschaftlichen Inhalt geschuldet und nicht Ausdruck der Schöpferpersönlichkeit ist.[25])

Daraus folgt für die Beurteilung der Eigentümlichkeit wissenschaftlicher Werke, dass sich diese nur aus einer eigenschöpferischen inneren wie äußeren Formgestaltung ergeben kann. Erst Anordnung, Auswahl, Zusammenstellung sowie die Logik der Gliederung und Gedankenführung des wissenschaftlichen Inhalts können die erforderliche Individualität zum Ausdruck bringen.[26]) Das OLG Wien hat bspw den Urheberrechtsschutz für eine geschichtswissenschaftliche Hausarbeit anerkannt, die sich nicht in einer „*bloß schematischen Erfassung und zwanglosen Aneinanderreihung geschichtlicher Daten*" erschöpft. Vielmehr sei in der „*Erarbeitung des historisch-wissenschaftlichen Stoffes, dem Aufsuchen und Studium der Quellen, dem geistigen Durchdringen deren Inhalte sowie der Quellenauswahl und Berücksichtigung nach den einschlägigen Überlegungen des Verfassers und auch der Auswahl der dargebotenen Einzelheiten nach ihrer Bedeutung*" eine eigentümliche schöpferischer Leistung zu erblicken.[27])

Wenngleich auch die Kleine Münze wissenschaftlichen Schaffens urheberrechtlichen Schutz genießt,[28]) verlangt der OGH, dass sich die äußere Form und/oder inhaltliche Gestaltung von vergleichbaren Werken *deutlich* abhebt.[29]) Auch der BGH verlangt etwa hinsichtlich technischer Ausschreibungsunterlagen eine das „*durchschnittliche Ingenieurschaffen […] deutlich überragende individuelle*

22) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 1 UrhG Rz 6.
23) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 152 und 172 f; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 1 UrhG Rz 5 f.
24) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 177.
25) S zB OLG Frankfurt 15 U 198/80 – *Unternehmen Tannenberg*, GRUR 1990, 124; vgl auch *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 2 UrhG Rz 6 ff.
26) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 2 dUrhG Rz 64 ff; s auch OLG Wien 26a Vr 4363/87 – *Feste Peigarten*, MR 1987, 177; BGH I ZR 106/78 – *Staatsexamensarbeit*, GRUR 1981, 352.
27) OLG Wien 26a Vr 4363/87 – *Feste Peigarten*, MR 1987, 177; s aber OLG Frankfurt 15 U 198/80 – *Unternehmen Tannenberg*, GRUR 1990, 124.
28) Vgl *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 2 UrhG Rz 6.
29) OGH 4 Ob 274/02a – *Felsritzbild*, ecolex 2003, 42 (*Schuhmacher*) = MR 2003, 162 (*Walter*); OGH 4 Ob 282/99w – *Ranking*, MR 1999, 346; OGH 4 Ob 2202/96v – *Mutan Beipackzettel*, ÖBl 1997, 34.

Eigenart".[30]) Eine wissenschaftliche Schöpfung erreicht folglich dann nicht das geforderte Mindestmaß an Originalität, wenn sich diese einer notwendigen oder üblichen Darstellungsweise bedient.[31]) Dies ist insb der Fall, wenn eine bestimmte, im fraglichen wissenschaftlichen Fachbereich übliche, Terminologie oder Ausdrucksweise zum Einsatz kommt.[32]) Kein Raum für die Entfaltung einer eigenschöpferischen Leistung besteht dann, wenn die konkrete Darstellung in Ausdrucksweise und Aufbau durch Notwendigkeit, Zweckmäßigkeit oder Üblichkeit vorgezeichnet ist.[33])

Dies darf freilich nicht zu überzogenen Anforderungen an die Originalität von wissenschaftlichen Werken verleiten,[34]) deutet aber dennoch auf einen – im Vergleich zu anderen Typen von Werken – strengeren Beurteilungsmaßstab hin. Wissenschaftliche Werke unterliegen damit keinen „höheren" – iSv „Werkhöhe" – wohl aber „strengeren" Anforderungen, weil die Gemeinfreiheit der verkörperten Information stark auf individualitätsprägende Elemente der Schöpfung ausstrahlt. Ist die Darstellung der wissenschaftlichen Schöpfung eher deren Inhalt und weniger der Schöpferpersönlichkeit geschuldet, wird auch der urheberrechtliche Schutz eher schwächer aus- oder uU sogar entfallen.

Wissenschaftliche Schöpfungen werden – zumindest im Regelfall – das erforderliche Mindestmaß an Individualität erreichen. Nach der Rsp genießt etwa auch ein Stichwortverzeichnis in seiner Gesamtheit urheberrechtlichen Schutz. Ausschlaggebend dabei ist, dass *„sich das Sachregister nicht in der routinemäßigen automatischen Erfassung und alphabetischen Reihung einzelner Wörter erschöpft, sondern dass – nach gedanklicher Durchdringung der verarbeiteten Sachmaterie – wichtige von unwichtigen Stichwörtern unterschieden und zusammenfassende, prägnante Stichwörter gefunden werden."*[35])

Auch ist zu bedenken, dass vor allem im Bereich wissenschaftlicher Schöpfungen die (schützenswerte) intellektuelle Leistung darin besteht, komplexe Inhalte in verständlicher und prägnanter Form wiederzugeben. Damit sind *„Ausdrucksvermögen und Klarheit der sprachlichen Form"* relevante Beurteilungskriterien.[36]) Insofern können eine *„klare Konzeption der Gliederung"* und eine *„gut verständliche und einleuchtende Darstellung des Stoffes"* Indikatoren für die Schutzfähigkeit einer wissenschaftlichen Schöpfung sein.[37])

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung in ihrem intellektuellen Substrat dem urheberrechtlichen Schutz

---

30) BGH I ZR 32/82 – *Ausschreibungsunterlagen*.
31) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 2 dUrhG Rz 65 (66).
32) Vgl dazu BGH I ZR 32/82 – *Ausschreibungsunterlagen*, GRUR 1984, 659 = NJW 1985, 1631; OLG Köln 6 U 80/98 – *Technische Regelwerke*, GRUR 2000, 1022.
33) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 2 dUrhG Rz 65 (66); s auch BGH I ZR 32/82 – *Ausschreibungsunterlagen*, GRUR 1984, 659 = NJW 1985, 1631.
34) Vgl dazu auch *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 2 dUrhG Rz 57 ff.
35) OGH 4 Ob 317/78 – *Stichwörterverzeichnis*, ÖBl 1978, 107 und OGH 4 Ob 58/05s – *Sachregister*, MR 2005, 383 = wbl 2005, 593.
36) BGH I ZR 147/89 – *Bedienungsanweisung*, GRUR 1993, 34 = NJW 1992, 689; BGH I ZR 231/99 – *Technische Lieferbedingungen*, GRUR 2002, 958 = LMK 2003, 70 (*Berger*) = MDR 2003, 41 = NJW-RR 2002, 1568 = WRP 2002, 1177.
37) Vgl BGH I ZR 231/99 – *Technische Lieferbedingungen*, GRUR 2002, 958 = LMK 2003, 70 (*Berger*) = MDR 2003, 41 = NJW-RR 2002, 1568 = WRP 2002, 1177.

entzogen sind. Dies findet seine Rechtfertigung in der Wissenschaftsfreiheit (Art 17 StGG) und in der Sicherung einer möglichst ungehinderten wissenschaftlichen Kommunikation. Wissenschaftliche Publikationen sind zudem nicht Selbstzweck, sondern dienen in erster Linie dem Wissenstransfer, was sich deutlich im Begriff der Dissemination (lat *disseminare* = „aussäen") widerspiegelt. Dies schließt aber einen urheberrechtlichen Schutz der konkreten Darstellung wissenschaftlicher Inhalte, insb wenn sie im „sprachlichen Gewand" oder im Wege grafischer Darstellung erfolgt,[38]) keinesfalls aus: Nach Ansicht des OGH stellt der Schutz von wissenschaftlichen Werken keinen sittenwidrigen Eingriff in die grundrechtlich verbürgte Freiheit der Wissenschaft (Art 17 StGG) dar. Einem Wissenschaftler ist es nämlich durchaus möglich, *„seine eigenen wissenschaftlichen Forschungen unter Wahrung der Urheberrechte Dritter (etwa im Rahmen zulässiger freier Werknutzung) zu betreiben und deren Ergebnisse zu veröffentlichen."*[39])

2. Einordnung wissenschaftlicher Werke in den Kanon der Werkarten

Sprachschöpfungen auf dem Gebiet der Wissenschaft können als Werke der Literatur (§ 2 UrhG) urheberrechtlichen Schutz genießen. Zwei- oder dreidimensionale grafische Darstellungen („in der Fläche oder im Raum") wissenschaftlicher oder belehrender Art (§ 2 Z 3 UrhG) können ebenso als Werke der Literatur geschützt sein, sofern es keine Werke der bildenden Kunst sind.[40]) Dabei handelt es sich bspw um Diagramme, naturwissenschaftliche oder technische Zeichnungen, Tabellen, Konstruktionspläne oder pädagogische Schaubilder.[41]) Neben diesen Darstellungen können auch andere Grafiken und Abbildungen, insb Fotografien, als Schöpfungen der angewandten Kunst (§ 3 Abs 1 UrhG) dem urheberrechtlichen Schutz unterliegen. Durch die Verbindung von Schöpfungen unterschiedlicher Kategorien in einem einzigen Dokument entsteht eine Werkverbindung (Teilurheberschaft, § 11 Abs 3 UrhG), zumal die einzelnen Elemente zwar unterschiedlichen Werkarten angehören, aber ihre Verbindung mit dem Zweck einer gemeinsamen Verwertung erfolgt.[42])

C. Der Rechteinhaber und seine Dispositionsmöglichkeiten

Das österreichische Urheberrecht folgt dem *Schöpferprinzip*:[43]) durch den Realakt der Schöpfung[44]) eines Werkes entsteht das Urheberrecht in der natürlichen Person, die das Werk geschaffen hat (§ 10 Abs 1 UrhG).[45]) Der originäre Urheberrechtserwerb ist allein natürlichen Personen vorbehalten, denn nur sie können *„eigentümliche geistige Schöpfungen"* iSd § 1 Abs 1 UrhG erbringen. Das

38) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 172.
39) OGH 4 Ob 274/02a – *Felsritzbild*, ecolex 2003, 42 (*Schuhmacher*) = MR 2003, 162 (*Walter*).
40) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 172.
41) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 200.
42) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 3.
43) Vgl auch § 7 dUrhG.
44) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 10 UrhG Rz 10 f.
45) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 10 UrhG Rz 1; OGH RIS-Justiz RS0076658.

Urheberrecht ist unveräußerlich, unverzichtbar und unter Lebenden nicht übertragbar (§ 23 UrhG).[46])

Das Schöpferprinzip greift auch im Fall von Werken, die im Rahmen der Erfüllung von dienst- oder werkvertraglichen Pflichten geschaffen werden. Im Fall von Dienstnehmer- oder Auftragsschöpfungen ist stets der Schöpfer selbst, nicht aber Dienst- oder Auftraggeber originär berechtigt.[47]) Der arbeitsrechtliche Grundsatz, wonach das Arbeitsergebnis dem Arbeitgeber zusteht, ist somit im Fall des Urheberrechts durchbrochen. Dies gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse.[48]) Die Nutzungsmöglichkeit des Dienstgebers von Werken seiner Dienstnehmer setzt eine einzel- oder kollektivvertragliche Rechteeinräumung voraus; nach allgemeinen Grundsätzen ist auch eine konkludente Einräumung von Nutzungsrechten möglich.[49]) Im Fall von Dienstnehmerschöpfungen, die im Rahmen dienstlicher Obliegenheiten und nicht bloß aus Anlass derselben geschaffen werden, steht aber nach Ansicht des OGH je nach dem Zweck der vertraglich geschuldeten Leistungserbringung die (uU sogar ausschließliche) Verwertung von Dienstnehmerschöpfungen dem Dienstgeber zu.[50]) Das Schöpferprinzip gilt auch für von Dienstnehmern geschaffene Computerprogramme und Datenbanken,[51]) wobei § 40b und § 40f UrhG ausdrücklich vorsehen, dass die ausschließlichen Verwertungsbefugnisse an diesen Werken – bei Fehlen abweichender vertraglicher Regelungen – ex lege dem Dienstgeber zukommen.[52]) Während bei anderen Dienstnehmerschöpfungen mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelungen der Umfang einer allfälligen Rechteeinräumung durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln ist, steht die exklusive Verwertung von Computerprogrammen und Datenbanken jedenfalls dem Dienstgeber zu, wenn nichts anderes vereinbart wurde.

Gehilfen des Schöpfers oder Personen, welche die Schöpfung anregen, Ideen einbringen oder Vorarbeiten leisten und solcherart keine eigenschöpferische Leistung erbringen, werden *nicht* als (Mit-) Urheber qualifiziert.[53]) Dies gilt insb für Auftraggeberwerke, denn der Auftraggeber mag zwar für die Schöpfung durch seinen Auftrag und seine Anregungen kausal sein, dies allein macht ihn aber nicht zum (Mit-) Urheber. Die Qualifikation als (Mit-) Urheber setzt eine eigenschöpferische Leistung voraus.[54]) Geht daher die Leistung des Gehilfen oder Auftraggebers über die bloße Erfüllung oder Erteilung von Anordnungen oder

46) *Salomonowitz* in *Kucsko*, urheber.recht § 23 UrhG, 353 f.
47) *Appl* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht[2] 180; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 10 UrhG Rz 2.
48) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 10 UrhG Rz 2.
49) *Büchele* in *Kucsko*, urheber.recht § 24 UrhG, 375 ff.
50) OGH 4 Ob 248/07k – *Internetportal V*, ÖBl 2009, 40 = ecolex 2008, 157 (*Horak*).
51) OGH 4 Ob 304/97b – *EDV Programm*, MR 1998, 72 (*Walter*); OGH 4 Ob 58/04i – *Fragespiel*, MR 2004, 331 (*Walter*).
52) S dazu *Wiebe* in *Kucsko*, urheber.recht § 40b UrhG, 569 ff sowie unten III.E.
53) Vgl OGH 4 Ob 504/91 – *Stahl-Plexiglas-Bauweise*, wbl 1991, 300; OGH 3 Ob 422/50 – *Scheinmiturheberschaft*, SZ 24/112.
54) Vgl OGH 4 Ob 214/00z – *Kampfsporttechniken*, MR 2001, 105; s auch *Appl* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht[2] 180.

Instruktionen hinaus, können auch diese Personen auf Grundlage ihres (eigenschöpferischen) Beitrags (Mit-) Urheber sein.[55])

Schaffen mehrere natürliche Personen gemeinschaftlich ein Werk und bildet dieses Werk innerhalb einer Werkart eine untrennbare Einheit, entsteht ein einheitliches Urheberrecht. Dieses Urheberrecht besteht zugunsten der Gesamtheit der Miturheber, die nur gemeinschaftlich – dh in vollem Konsens – darüber verfügen können (Miturhebergesamthandgemeinschaft gemäß § 11 Abs 1 UrhG).[56]) Während die Verwertungsbefugnis nur gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, stehen der Schutz ideeller Interessen sowie Abwehransprüche jedem einzelnen Miturheber autonom zu (§ 11 Abs 2 UrhG). Keine Miturheberschaft entsteht hingegen, wenn Werke verschiedener Werkarten verbunden werden (§ 11 Abs 3 UrhG): An Werkverbindungen, wenn etwa Sprachwerke um grafische Darstellungen ergänzt werden, entsteht am Gesamtergebnis Teilurheberschaft; jeder Teilurheber ist an seinem Teil autonom berechtigt.

Daraus folgt für den wissenschaftlichen Bereich, dass nicht schlechthin jeder, der an einem wissenschaftlichen Projekt mitwirkt, als Urheber iSd UrhG gilt.[57]) Vielmehr ist der Kreis dieser Personen nur auf jene beschränkt, die einen eigenschöpferischen Beitrag zur konkreten Dokumentation der Forschungsergebnisse leisten. Dies schließt Personen, die rein wissenschaftliche Beiträge leisten (zB am Forschungsdesign mitwirken), als Miturheber grds aus.[58]) Dies gilt auch für den Fall, dass ein Professor einen Assistenten anweist, als „Ghostwriter" unter dem Namen des Professors einen wissenschaftlichen Aufsatz zu verfassen.[59]) Selbst wenn vom Professor der Auftrag, inhaltliche Anregungen und Ideen stammen, ist dieser nicht als (Mit-) Urheber originär berechtigt. Das Urheberrecht besteht allein zugunsten des tatsächlichen Schöpfers. Ungeachtet der akademischen Fragwürdigkeit dieser Praxis,[60]) ist eine Fremdzuschreibung eigener Leistungen urheberrechtlich möglich, weil dem Urheber die Entscheidung über Art und Weise der Urheberbezeichnung (§ 20 UrhG) obliegt.[61]) Unverzichtbar ist hingegen das Recht des Schöpfers auf Anerkennung der Urheberschaft nach § 19 UrhG. Folglich kann sich sogar ein Ghostwriter – ungeachtet der Urheberbezeichnung – stets auf seine Urheberschaft am Werk berufen.[62]) Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass nach § 12 UrhG die widerlegliche Vermutung besteht, dass der auf einem Vervielfältigungsstück des Werkes als Urheber Genannte auch als Urheber iSd § 10 Abs 1 UrhG angesehen wird. Dies gilt gemäß § 10 Abs 2 UrhG auch für Vorträge, sodass iZw der Vortragende als Urheber des Vortrags gilt. Soweit gesetzliche Vergütungsansprüche gegenüber Verwertungsgesellschaften bestehen (insb die Reprografievergütung und die Bibliothekstantieme), stehen diese dem (tatsächlichen) Urheber zu. Der Urheber

55) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 356.
56) S auch *Appl* in *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht[2] 180 f.
57) Vgl mit einem instruktiven Überblick über den Meinungsstand *Leuze*, GRUR 2006, 552 (555).
58) S dazu ausführlich unten III.A und III.C.
59) Vgl dazu BGH I ZR 106/78 – *Staatsexamensarbeit*, GRUR 1981, 352.
60) Vgl bereits *Katzenberger*, GRUR 1984, 319 (322).
61) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 20 UrhG Rz 5.
62) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 19 UrhG Rz 3.

kann jedoch wirksam – unter analoger Anwendung des § 24 Abs 1 UrhG – über diesen Anspruch verfügen und ihn einem Dritten einräumen.[63])

Das UrhG enthält eine taxative Aufzählung von Verwertungsrechten, wozu insb das Bearbeitungsrecht (§ 14 Abs 2 UrhG), das Vervielfältigungsrecht (§ 15 UrhG), das Verbreitungsrecht (§ 16 UrhG), das Vermiet- und Verleihrecht (§16a UrhG) und das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a UrhG) zählen. Mit den wirtschaftlich relevanten Verwertungsrechten ist untrennbar[64]) das Urheberpersönlichkeitsrecht (§§ 19 ff UrhG) verbunden.

Da ein derivativer Erwerb des Urheberrechts unter Lebenden ausscheidet, kann der Urheber das Recht zur Verwertung seines Werkes lediglich durch (derivativ-konstitutive) Einräumung des (ausschließlichen) Werknutzungsrechts oder einer (nicht-ausschließlichen) Werknutzungsbewilligung Dritten ermöglichen. Die Einräumung eines Werknutzungsrechts oder einer Werknutzungsbewilligung kann das gesamte Rechtebündel umfassen oder eingeschränkt auf einzelne Verwertungshandlungen erfolgen.[65])

Im Fall der traditionellen Dissemination wissenschaftlicher Ergebnisse durch Publikationen in Monografien, Fachzeitschriften oder Sammelbänden, werden die erforderlichen Nutzungsrechte einem Verlag eingeräumt.[66]) Dies erfolgt idR durch Einräumung ausschließlicher Werknutzungsrechte und selten durch bloße Werknutzungsbewilligungen. Wurde einem Verlag das ausschließliche Werknutzungsrecht am wissenschaftlichen Werk eingeräumt, haben sich – sofern mit dem Verlag nichts Abweichendes vereinbart wurde – fortan auch der Urheber oder die Miturheber der vorbehaltenen Verwertung des Werkes zu enthalten. In diesem Fall bedarf etwa die Bereitstellung eines publizierten Beitrags auf der Website des Forschers der Zustimmung des Rechteinhabers (idR der Verlag).

II. Die eigene Erkenntnis und ihre Abhängigkeit

Kreativität und Innovation stehen, wie einleitend hervorgehoben, in der Tradition vorbestehender Schöpfungen und sind – von seltenen Ausnahmen abgesehen – ein singuläres, von Allem unabhängiges Ereignis. Dies gilt für die wissenschaftliche Arbeit, die stets am Stand der Wissenschaft und damit evident an Vorbestehendem anknüpft, in ganz besonderer Weise. Dies führt aber unter dem Gesichtspunkt des Immaterialgüterrechts zu einer gewissen Abhängigkeit, zumal das Anknüpfen an vorbestehende wissenschaftliche Werke oder Erfindungen regelmäßig fremde Rechtspositionen berührt oder in diese eingreift.

63) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 755.
64) Das österreichische Urheberrecht folgt der *Monistischen Theorie*: *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 514 ff.
65) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 24 UrhG Rz 5 (7).
66) S dazu unten III.F.

A. Vervielfältigung zum eigenen Forschungsgebrauch

Das Herstellen von Vervielfältigungsstücken eines Werkes ist gemäß § 15 UrhG dem Urheber vorbehalten. Von diesem ausschließlichen Verwertungsrecht bestehen jedoch gewisse Ausnahmen, von denen in § 42 UrhG die bedeutsamsten zu finden sind.

Jedermann, dh jede natürliche wie auch juristische Person,[67]) darf gemäß § 42 Abs 1 UrhG von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf Papier oder auf einem ähnlichen Träger „*zum eigenen Gebrauch*" herstellen. Zum eigenen Gebrauch zählen sowohl die persönliche nicht-kommerzielle Nutzung als auch die berufliche (kommerzielle) Nutzung.[68]) Grds dürfen solcherart hergestellte Vervielfältigungsstücke auch weitergegeben werden, solange sie dadurch nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.[69]) Mit der Vervielfältigung darf daher weder bezweckt werden, das Werk der Öffentlichkeit mithilfe des hergestellten Vervielfältigungsstücks in irgendeiner Art und Weise zugänglich zu machen, noch darf diese öffentliche Zugänglichmachung tatsächlich erfolgen (§ 42 Abs 5 UrhG). Die freie Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch ist auf analoge körperliche Trägermedien, Papier oder papierähnliche Träger, beschränkt. Digitalkopien, etwa durch Einscannen aus Büchern und Speichern als PDF, sind demgemäß nicht von § 42 Abs 1 UrhG gedeckt und folglich zustimmungspflichtig. Ergänzend dazu dürfen natürliche Personen zum privaten Gebrauch und weder für mittelbare noch unmittelbare kommerzielle Zwecke Kopien jeder Art (analog oder digital) herstellen (Privatkopieausnahme nach § 42 Abs 4 UrhG).

Gemäß § 42 Abs 2 UrhG darf jedermann Vervielfältigungen zum eigenen Forschungsgebrauch herstellen. Im Unterschied zu Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch nach Abs 1 gestattet Abs 2 auch die Herstellung von Vervielfältigungen auf anderen Trägern als Papier. Damit ist die Herstellung von Digitalkopien für Forschungszwecke gestattet.[70]) Der Anwendungsbereich des § 42 Abs 2 UrhG ist gegenüber Abs 1 in zweifacher Hinsicht beschränkt: Die Vervielfältigung darf nur für Zwecke der Forschung durchgeführt werden *und* ist nur soweit gestattet, als damit nicht kommerzielle Zwecke verfolgt werden.

Forschung bezeichnet in diesem Zusammenhang das systematisch-methodische Streben nach Erkenntnis, wie es insb an Universitäten oder Forschungsinstituten praktiziert wird.[71]) Da § 42 Abs 2 UrhG als Jedermannsrecht ausgestaltet ist, können sich auch Personen, die nicht von Berufswegen forschen, auf diese Privilegierung berufen. Dies gilt bspw auch für einen Rechtsanwalt, der für einen wissenschaftlichen Aufsatz in rechtswissenschaftlichen Publikationen recherchiert, oder für Studierende, die sich im Rahmen ihrer Ausbildung vertieft mit

67) OGH 4 Ob 94/92 – *Null Nummer II*; OGH 4 Ob 101/98a – *AIDS Kampagne II*; s auch *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 3.

68) OGH 4 Ob 143/94 – *Ludus tonalis*; OGH 4 Ob 101/98a – *AIDS Kampagne II*; OGH 4 Ob 186/06s – *Archivierung*. S auch *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 2.

69) OGH 4 Ob 143/94 – *Ludus tonalis*; OGH 4 Ob 101/98a – *AIDS Kampagne II*; OGH 4 Ob 186/06s – *Archivierung*.

70) *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht § 42 UrhG, 699; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 7.

71) Vgl *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG[4] § 53 dUrhG Rz 22; *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 53 dUrhG Rz 40.

Quellen auseinandersetzen.[72]) Die Bestimmung des § 42 Abs 2 UrhG erfasst Grundlagenforschung und angewandte Forschung gleichermaßen.[73])

Nach hA indiziert das Fehlen einer Gewinnabsicht die Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke.[74]) Damit schadet etwa die Tatsache, dass Forschende als Dienstnehmer von Universitäten ein Gehalt beziehen ebenso wenig wie eine externe Forschungsfinanzierung im Rahmen von Drittmittelprojekten.[75]) Unerheblich sind in diesem Zusammenhang die organisatorische Struktur und die Finanzierung der Forschungsstätte.[76]) Die Grenze zu kommerzieller Forschung ist wohl im Fall von vergüteter Auftragsforschung (zB Sachverständigengutachten von Universitätsangehörigen) oder uU auch bei Verlagspublikationen (zB Lehrbücher, Handbücher usw) überschritten.[77]) Dies hat zur Folge, dass nur mehr Papierkopien im Rahmen des § 42 Abs 1 UrhG zulässig sind, nicht aber Digitalkopien.

Die Herstellung der Vervielfältigung muss durch den Forschungszweck geboten sein.[78]) Der Zweck bestimmt Umfang und Anzahl der freien Vervielfältigungen. Die Bestimmung des § 42 UrhG beziffert nicht, in welcher Anzahl frei vervielfältigt werden darf. Wenngleich eine absolute (ausdrücklich bezifferte) Obergrenze fehlt, spricht die Bestimmung dennoch von „*einzelnen*" Vervielfältigungsstücken. Aus diesem Adjektiv schließen Teile der Lehre, dass aufgrund des „*begrenzenden Anliegens der Regelung*" nur eine geringe Anzahl, „*höchstens 5-7 Stück*", zulässig sei.[79]) Der OGH hat etwa in der *Null Numer*-E[80]) 19 Vervielfältigungsstücke einer Nullnummer für alle 19 Mitarbeiter einer Redaktion als zulässig erachtet. In dieser Entscheidung hat es der OGH ausdrücklich abgelehnt, kraft richterlicher Eigenwertung einen absoluten Wert festzulegen. Vielmehr ist die Obergrenze im Einzelfall nach dem Zweck der Vervielfältigung zum eigenen (Forschungs-) Gebrauch zu ermitteln.[81]) Im Lichte des ‚Dreistufentests' wird im Rahmen einer Gesamtbewertung auch zu berücksichtigen sein, dass durch die freie Vervielfältigung die ‚normale Verwertung' nicht schwerwiegend beeinträchtigt wird. Hinsichtlich des zulässigen Umfangs ist neben dem Zweck der Vervielfältigung auch § 42 Abs 8 UrhG beachtlich, der insb das Kopieren ganzer Bücher oder ganzer Zeitschriften verbietet.[82])

Von der freien Werknutzung zu Forschungszwecken bestehen schließlich auch Ausnahmen: Die Bestimmung des § 42 Abs 2 UrhG ist gemäß § 40d Abs 1 UrhG nicht auf Computerprogramme anwendbar und gilt gemäß § 40h Abs 2 UrhG eingeschränkt im Fall von Datenbankwerken. Von Datenbankwerken dür-

72) Vgl *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 53 dUrhG Rz 40.
73) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 10.
74) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1011.
75) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1011; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 10.
76) Vgl ErwGr 42 InfoSoc-RL 2001/29/EG.
77) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 53 dUrhG Rz 43; *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG[4] § 53 dUrhG Rz 23.
78) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1011; *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG[4] § 53 dUrhG Rz 23.
79) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1003.
80) OGH 4 Ob 94/92 – *Null Nummer II*.
81) S dazu auch *Schachter* in *Kucsko*, urheber.recht § 42 UrhG, 698 f.
82) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 42 UrhG Rz 36.

fen für Forschungszwecke nur Vervielfältigungen auf Papier oder papierähnlichen Trägern hergestellt werden.

B. Das Zitatrecht und seine Grenzen

Unter einem Zitat ist die teilweise oder vollständige, aber jedenfalls idente Übernahme einer fremden Schöpfung (Text, Bild, Film usw) zu verstehen. Das Zitatrecht ist im Urheberrecht für Sprachwerke in § 46 UrhG (Literaturzitat), für Werke der bildenden Kunst in § 54 Abs 3a UrhG (Kunstzitat) sowie für Werke der Tonkunst in § 52 UrhG (Musikzitat) geregelt. Mit der Urh-Nov 2015[83]) wird in § 42f UrhG nF das Zitatrecht neu geregelt und dessen Fragmentierung im UrhG beseitigt. Gemäß der Generalklausel des § 42f Abs 1 UrhG nF darf der Zitierende ein veröffentlichtes Werk zum Zweck des Zitats vervielfältigen, verbreiten, durch Rundfunk senden, der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benützen, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Die bisherigen (verstreuten) Regelungen des Zitatrechts konkretisieren die Generalklausel und sind ihr als demonstrative Aufzählung zulässiger Nutzungsformen angefügt.

Dem Zitatrecht liegt – wie allen freien Werknutzungen – die Ausgangslage zugrunde, dass das benutzte Werk oder dessen Teile urheberrechtlichen Schutz genießen. Folglich sind die Regeln des Zitatrechts nicht auf das Zitieren ungeschützter (gemeinfreier) Werke oder Werkteile anzuwenden.[84]) Damit fallen nur solche Textpassagen unter das Zitatrecht des § 46 UrhG (§ 42f UrhG nF), die zumindest so lange sind, dass sich darin ein urheberrechtlich geschützter Werkteil manifestiert. Da das Vorliegen eines Sprachwerkes ein gewisses Sprachgefüge voraussetzt, scheidet der urheberrechtliche Schutz einzelner Wörter – selbst im Fall von Kunstwörtern – grds aus.[85]) Demgegenüber können aber bereits kurze Textpassagen urheberrechtlichen Schutz genießen, sofern diese das gebotene Maß an Originalität erreichen.[86]) Eine *inhaltliche, nicht aber idente* Über*nahme* vorbestehender fremder oder eigener wissenschaftlicher Werke stellt keine relevante Nutzungshandlung dar, weil wissenschaftliche Erkenntnisse, Theorien und Lehren als solche keinen urheberrechtlichen Schutz genießen. Die Übernahme des inhaltlichen Substrats vorbestehender wissenschaftlicher Werke unterliegt daher auch nicht der Pflicht zur Quellenangabe.[87]) Dasselbe gilt auch für freie Werke nach § 7 UrhG, bspw Gesetze und Gerichtsentscheidungen, aus denen selbst idente Übernahmen freigestellt sind und eine Quellenangabe unterbleiben kann. Allerdings ist es ein Gebot wissenschaftlicher Redlichkeit, auch in diesen Fällen

83) ErläutRV Urh-Nov 2015, 687 BlgNR 25. GP.
84) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1123.
85) OGH 4 Ob 96/97i – *Ramtha*, MR 2000, 30 (*Walter*); OGH 4 Ob 110/10w – *Musiktruch'n /Musigtruchn*, MR 2011, 99.
86) Mit einem instruktiven Überblick zur deutschen und europäischen Rsp s *Schippan*, ZUM 2013, 358.
87) Vorsicht ist bei der Paraphrase vorbestehender wissenschaftlicher Werke geboten, denn diese kann bei Fehlen des erforderlichen Abstands zum Original als zustimmungspflichtige Bearbeitung angesehen werden, s dazu unten II.C.

die Quelle entsprechend den Gepflogenheiten der Scientific Community zu benennen.[88])

Die freien Werknutzungen im Allgemeinen und das Zitatrecht im Besonderen stehen nach § 57 UrhG unter dem Vorbehalt des Schutzes geistiger Interessen des Urhebers. Im Fall von Zitaten bedeutet dies, dass a) eine Quellenangabe verpflichtend ist und b) eine Entstellung des Werkes zu unterbleiben hat. Andernfalls liegt ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Urhebers vor. Die Verletzung der Pflicht zur Quellenangabe hat zur Folge, dass nicht nur das Persönlichkeitsrecht verletzt ist, sondern auch die Privilegierung der Werknutzung entfällt.[89])

1. Quellenangabe

Die *Quellenangabe* hat – sofern jeweils bekannt – die Nennung des/der Urhebers (§ 12 und § 20 UrhG), ggf die Nennung des Übersetzers sowie den Titel des Werkes zu enthalten. Darüber hinaus ist bei Zitaten aus Sprachwerken die Fundstelle so genau zu bezeichnen, dass die entnommenen Passagen „*leicht aufgefunden*" werden können (§ 57 Abs 2 UrhG). Dies bedeutet, dass bei Entnahmen aus umfangreichen Werken oder Sammelwerken die Quellenangabe auch die Seite, uU den Abschnitt oder das Kapitel der fraglichen Textstelle zu umfassen hat.[90]) Bei Zeitschriftenbeiträgen erscheint die Angabe des Publikationsorgans – auch abseits des in § 57 Abs 3 UrhG beschriebenen Falls – geboten.[91]) Nicht erforderlich, aber durchaus üblich ist die Nennung des Verlags, in dem das verwiesene Werk erschienen ist, oder des Erscheinungsjahres. Wenn eine solche fakultative Angabe gemacht wird, muss diese richtig sein.[92]) Zu berücksichtigen ist, dass im Lichte des § 21 UrhG für die Quellenangabe, die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, insb im Hinblick auf Art und Zweck der freien Werknutzung, beachtlich sind und allenfalls Abweichungen vom gesetzlichen Umfang der Quellenangabe zulässig sind.[93]) Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Quellenangabe dem Schutz der Urheberschaft am verwendeten Werk sowie dem Benützer des verweisenden Werkes die Nachprüfung der Richtigkeit des Zitats ermöglicht und ihn auf das verwiesene Werk aufmerksam macht.[94]) Für den wissenschaftlichen Bereich folgt daraus insb, dass die in der jeweiligen Wissenschaftsdisziplin anerkannten Zitierregeln einzuhalten sind, sofern zumindest der Name des Urhebers genannt wird und ein leichtes Auffinden

88) S auch *Walter*, Urheberrecht I Rz 1151.
89) *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht § 57 UrhG, 871; vgl auch *Dietz/Peukert* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 62 dUrhG Rz 20 f.
90) ErläutRV UrhG 1936, abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 134.
91) Vgl *Dietz/Peukert* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 62 dUrhG Rz 14.
92) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1150.
93) ErläutRV UrhG 1936, abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 134.
94) ErläutRV UrhG 1936, abgedruckt in *Dillenz*, ÖSGRUM 3, 134; *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht § 57 UrhG, 868 f.

der verwiesenen Werke möglich ist.[95]) Die Quelle ist stets *deutlich* anzugeben. Dies bedeutet, dass die Quellenangabe grds in „*unmittelbarem Zusammenhang*"[96]) mit dem Zitat erfolgen muss, sodass dem Benutzer des verweisenden Werkes eine Zuordnung des Zitats leicht möglich ist. Quellenangaben im Fließtext, in Fuß- oder Endnoten, in Literatur-, Quellen-, oder Abbildungsverzeichnissen sind dabei grds ausreichend.[97])

2. Kürzungen, Ergänzungen und Änderungen

Die *Vornahme von Kürzungen, Zusätzen oder anderen Änderungen* am zitierten Werk, an dessen Titel oder der Urheberbezeichnung sind nicht per se zustimmungspflichtig, sondern nach Maßgabe des § 21 UrhG zu beurteilen. Untersagt ist es jedenfalls Sinn und Wesen des Werkes zu entstellen (§ 57 Abs 1 UrhG). Änderungen sind soweit (zustimmungslos) gestattet, als diese der Urheber nach den Gepflogenheiten des redlichen Geschäftsverkehrs nicht untersagen kann (§ 21 Abs 1 UrhG).[98]) Nach der Rsp werden – soweit dies der Zitatzweck erfordert – auch Übersetzungen (§ 14 Abs 2 UrhG) des zitierten Werkes gestattet.[99]) Dies geht zwar über den Wortlaut des § 46 UrhG hinaus, folgt aber aus teleologischen Erwägungen im Hinblick auf die grundrechtlich verbürgte Meinungsäußerungsfreiheit.[100])

Werden Kürzungen, Zusätze oder Änderungen (insb Übersetzungen) an einem Zitat vorgenommen, sind diese zur Wahrung der geistigen Interessen – soweit opportun – ersichtlich zu machen. Dies betrifft insb sprachliche Anpassungen oder Auslassungen in wörtlichen Zitaten, die erforderlich sind, um das Zitat in den aufnehmenden Text zu integrieren. Dies geschieht idR durch „*(…)*" als Hinweis auf Auslassungen oder „*eckig[e] Klammern*" für Ergänzungen. Im Fall von Übersetzungen erscheint es – insb im wissenschaftlichen Bereich – durchaus angezeigt, auf die Tatsache der Übersetzung hinzuweisen und ggf (etwa im Rahmen des Fundstellenachweises) das fremdsprachige Originalzitat anzuführen, zumal Übersetzungen stets einen interpretativen Spielraum ausnützen und dem Leser solcherart eine eigene Beurteilung möglich ist.

95) Nach Art 5 InfoSoc-RL 2001/29/EG sind – „*außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist*" – die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, zu nennen. Zitierregeln, die auf Namensnennung verzichten, sind daher bei richtlinienkonformer Auslegung idR selbst dann problematisch, wenn die Quelle (Fundstelle) leicht auffindbar angeführt wird; s dazu auch *Dietz/Peukert* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 62 dUrhG Rz 13 ff.

96) *Walter*, Urheberrecht I Rz 1147.

97) Vgl dazu auch *Dietz/Peukert* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 62 dUrhG Rz 15a.

98) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 46 UrhG Rz 9.

99) OGH 4 Ob 146/05g – *Smith Freunde*, MR 2006, 88 (*Walter*).

100) *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 790.

3. Erkennbarkeit des Zitats

Die Übernahme eines fremden Werkes in Form eines Zitats muss als solche erkennbar sein. Daher ist es erforderlich, dass im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Zitat auf seine Eigenschaft als Zitat hingewiesen wird.[101]) Nach hA reicht eine Aufklärung an anderer Stelle dafür nicht aus.[102]) Wird bspw ein Zitat als Buchtitel verwendet, verlangt der OGH einen Hinweis auf die Zitateigenschaft am Einband des Buches in unmittelbarem Zusammenhang mit der zitierten Stelle.[103])

Im Lichte des Art 5 InfoSoc-RL ist – wie bereits ausgeführt – eine Quellenangabe in unmittelbarem Zusammenhang erforderlich. Ihr Fehlen verletzt nicht nur das Urheberpersönlichkeitsrecht, sondern macht das Zitat als solches unzulässig.[104]) Insofern kann die Quellenangabe, sofern diese nicht im Kontext der konkreten Nutzung unmöglich ist, auch als Facette der Erkennbarkeit des Zitats gewertet werden.[105])

Im wissenschaftlichen Bereich gebietet bereits die wissenschaftliche Redlichkeit, die Übernahme fremder Werke und Inhalte entsprechend ersichtlich zu machen. Dies erfolgt im Fall wörtlicher Übernahme von Textstellen durch regelmäßig „*Apostrophieren ggf iVm Kursivdruck*" und wird durch einen Fundstellenhinweis (Quellenangabe) im Fließtext, durch Fuß- oder Endnoten ergänzt. Im Fall von Bildern, Grafiken und dergleichen ist im Rahmen des Kunstzitats ein Bildnachweis, idealerweise im unmittelbaren Zusammenhang oder allenfalls in einem Abbildungsverzeichnis, geboten.

4. Das kleine Literaturzitat

Das *kleine Literaturzitat* wird in § 46 Z 1 UrhG bzw § 42f Abs 1 Z 3 UrhG nF geregelt. Danach ist es zulässig „*einzelne Stellen*" eines veröffentlichten (§ 8 UrhG) Sprachwerkes, ohne Zustimmung und Vergütung des Rechteinhabers zu benutzen (§ 15, § 16, § 17, § 18 und § 18a UrhG). Während § 46 Z 1 UrhG ausdrücklich voraussetzt, dass die zitierte Sprachschöpfung ein urheberrechtliches Werk darstellen muss, bleibt die – im Schrifttum[106]) kontroversiell diskutierte – Frage offen, ob auch die Leistung des Zitierenden Werkqualität aufweisen muss. Nach hA[107])

101) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 46 UrhG Rz 6; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 787 f; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1124.
102) OGH 4 Ob 72/90 – *Das Lied von der Erde*, MR 1990, 227 (krit *Walter*) = ÖBl 1990, 283 = ecolex 1990, 679 (*Zanger*).
103) OGH 4 Ob 72/90 – *Das Lied von der Erde*, MR 1990, 227 (krit *Walter*) = ÖBl 1990, 283 = ecolex 1990, 679 (*Zanger*).
104) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1124.
105) Vgl *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 788; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1124; aA *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 46 UrhG Rz 6, 7.
106) Zum Meinungsstand, s *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 787 f; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1129.
107) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 46 UrhG Rz 4; *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 46 UrhG Rz 4; aA *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1129.

und stRsp[108]) muss auch die zitierende Schöpfung als Werk urheberrechtlich schutzfähig sein und sich mit den zitierten Textstellen inhaltlich auseinandersetzen. Dem trägt die Urh-Nov 2015 Rechnung und weist ausdrücklich darauf hin, dass die aufnehmende Schöpfung ein selbstständiges neues Werk (§ 42f Abs 1 Z 3 UrhG nF) sein muss. Insofern hat das aufnehmende Werk eine *intellektuelle Substanz* aufzuweisen und darf sich nicht etwa in einer bloßen Zitatsammlung erschöpfen.[109]) Auch das kleine Zitat ist kein Selbstzweck,[110]) sondern hat Belegfunktion.[111])

Hinsichtlich des Zitatumfangs beschränkt § 46 Z 1 UrhG bzw § 42f Abs 1 Z 3 UrhG nF die Entnahme auf *einzelne Stellen*. In quantitativer Hinsicht lässt sich der Höchstumfang eines Kleinzitats nicht rechnerisch durch Vergleich von Gesamtumfang des zitierten Werkes und Umfang der Entnahme ermitteln.[112]) Vielmehr ist unter Berücksichtigung des Zitatzwecks zwischen den Interessen des Zitierten und des Zitierenden abzuwägen.[113]) Nicht nur die Frage des Umfangs sondern auch die der Gesamtanzahl von Kleinzitaten aus demselben Werk ist durch Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln.[114])

Das zitierte Werk muss veröffentlicht sein. Gemäß § 8 UrhG ist ein Werk veröffentlicht, wenn es mit Einwilligung des Berechtigten (Urheber oder Verwertungsberechtigte)[115]) der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Durch die Veröffentlichung verlässt das Werk die Sphäre des Schöpfers und wird der Allgemeinheit zugänglich. Art und Form der Veröffentlichung sind unerheblich, sodass auch ein einmaliger, nicht wiederholbarer und unumkehrbarer Veröffentlichungsakt ausreicht (zB mündliche Vorträge).[116]) Nach hA ist mit Blick auf die Rechtsfolgen des § 8 UrhG bei der Beurteilung, ob „Öffentlichkeit" vorliegt, ein etwas strengerer Maßstab anzulegen. Folglich muss das Werk einer – nach Art der Mitteilung und dem Kreis seiner Adressaten – breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.[117]) Insofern gelten etwa Sachverständigengutachten in behördlichen Verfahren[118]) oder Fotos, die an eine kleinere Zahl von Empfängern gesendet wurden,[119]) als nicht veröffentlicht. Als veröffentlicht gelten demgegenüber Beiträge auf wissenschaftlichen Konferenzen, auch wenn diese nur ein (geladenes) Fachpublikum umfassen. Lehrveranstaltungen an Univer-

108) StRsp, OGH 4 Ob 1/95 – *Friedrich Heer II*, SZ 68/26 = MR 1995, 179 (*Walter*) = ÖBl 1996, 99; s aber OGH 4 Ob 350/81 – *Max Merkel*, SZ 55/110 = ÖBl 1983, 25.
109) OGH 4 Ob 1/95 – *Friedrich Heer II*, SZ 68/26 = MR 1995, 179 (*Walter*) = ÖBl 1996, 99.
110) Vgl OGH 29.9.1986, 4 Ob 313/86 – *Schneefilm*; s aber OGH 4 Ob 350/81 – *Max Merkel*, SZ 55/110 = ÖBl 1983, 25.
111) *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1130; s auch OGH 29.9.1986, 4 Ob 313/86 – *Schneefilm*.
112) OGH 4 Ob 350/81 – *Max Merkel*, SZ 55/110 = ÖBl 1983, 25.
113) Vgl OGH 4 Ob 146/05g – *Smith Freunde*, MR 2006, 88 (*Walter*). S auch *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1132.
114) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 46 UrhG Rz 14.
115) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 8 UrhG Rz 11.
116) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 8 UrhG Rz 1, 2.
117) Vgl *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 81 ff; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL), § 8 UrhG Rz 15.
118) OGH 4 Ob 306/86 – *Hainburg-Gutachten*, SZ 60/245 = JBl 1988, 185 = MR 1987, 208 (*Walter*) = ÖBl 1988, 49.
119) OGH 4 Ob 101/98a – *AIDS-Kampagne II*, ÖBl 1999, 54 = MR 1998, 341 (*Walter*).

sitäten, zu denen nur Universitätsangehörige Zugang haben, gelten nicht öffentlich iSd § 8 UrhG.[120]) Akademische Abschlussarbeiten gelten, sofern sie in einer Bibliothek[121]) oder elektronisch allgemein zugänglich sind, als veröffentlicht. Demgegenüber gelten bpsw Manuskripte, die in eingeschränkt zugänglichen Archiven eingestellt sind, als unveröffentlicht.[122])

Liegen einer wissenschaftlichen Arbeit, wie es im Bereich der Geistes- und Sozialwissenschaften regelmäßig vorkommt, etwa Interviews zu Grunde, gelten diese regelmäßig als unveröffentlicht. Daher bedarf die – wenn auch bloß auszugsweise und anonymisierte – Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Passagen als Zitat einer Einwilligung des Interviewten.

5. Das große Literaturzitat

Wenngleich auch im wissenschaftlichen Bereich häufig mit dem kleinen Zitatrecht das Auslangen gefunden werden kann, gestattet § 46 Z 2 UrhG bzw § 42f Abs 1 Z 1 UrhG nF darüber hinaus die Aufnahme einzelner erschienener (§ 9 UrhG) Sprachwerke sowie Werke wissenschaftlicher oder belehrender Art in einem durch den Zitatzweck gerechtfertigten Umfang in ein die Hauptsache bildendes wissenschaftliches Werk.

Für bildliche Darstellungen (Werke wissenschaftlicher oder belehrender Art nach § 2 Z 3 UrhG) ist zu beachten, dass der Zitatzweck auf *„die Erläuterung ihres Inhalts“* beschränkt ist. Abgesehen von diesem – freilich in bestimmten Wissenschaftsdisziplinen relevanten – Spezialfall gibt es keine Zweckbeschränkung; ein Zitat darf aber nicht Selbstzweck sein, sondern muss zumindest der Erläuterung eigener Aussagen dienen, die mit dem Inhalt des zitierten Werkes korrespondieren. Das Zitat muss für die Zwecke der Darstellung des Inhalts zumindest hilfreich (nicht aber zwingend notwendig) sein.[123]) Neben der Erläuterung eigener Aussagen kann ein Zitat insb auch der kritischen Bezugnahme, als Stütze eigener Standpunkte, der vergleichenden Auseinandersetzung dienen oder im Rahmen referierender Darstellungen eingesetzt werden.[124])

Im Unterschied zum kleinen Literaturzitat ist das große zwar nicht auf „einzelne Stellen“ des zitierten Werkes beschränkt, aber nur dann zulässig, wenn die aufnehmende Schöpfung ein urheberrechtlich schutzfähiges wissenschaftliches Werk ist. Ein Werk ist *wissenschaftlich*, wenn a) sein Gegenstand zur wissenschaftlichen Behandlung geeignet ist *und*[125]) b) der Urheber der wissenschaftlichen Schöpfung durch die Art und Weise der Behandlung des Themas, sei es durch den Inhalt oder durch die Darstellung, die Absicht erkennen lässt, dass das Werk

120) *Katzenberger* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 6 dUrhG Rz 13.
121) *Walter*, Urheberrecht I Rz 82; *Katzenberger* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 6 dUrhG Rz 14.
122) OLG Zweibrücken 2 U 30/96 – *Jüdische Friedhöfe*, GRUR 1997, 363.
123) OGH 4 Ob 146/05g – *Smith Freunde*, MR 2006, 88 (*Walter*). S auch *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL), § 46 UrhG Rz 17 f; *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 791 f.
124) *Walter*, Urheberrecht I Rz 1134; *Schricker/Spindler* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 51 dUrhG Rz 17.
125) Beide Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein, OGH 4 Ob 146/05g – *Smith Freunde*, MR 2006, 88 (*Walter*).

wissenschaftlichen Zwecken (insb der Belehrung) dienen soll. Ob Letzteres dem Urheber tatsächlich gelingt ist allerdings unerheblich.[126])

Offen bleibt letztlich, was die Wissenschaftlichkeit eines Werkes ausmacht. Der urheberrechtliche Wissenschaftsbegriff ist – auch mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit (Art 17 StGG) – aufgrund der *„prinzipiellen Unabgeschlossenheit jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis"*[127]) weit auszulegen und erfasst nicht nur anerkannte wissenschaftliche Auffassungen oder Wissenschaftstheorien, sondern gerade auch Mindermeinungen, Forschungsansätze und -ergebnisse, die sich als irrig oder fehlgeleitet erweisen, ebenso wie unorthodoxe oder intuitive Methoden.[128]) Unbeschadet dessen kommt es nicht auf die subjektive Ansicht des Urhebers an, ob sein Werk wissenschaftlich ist. Vielmehr ist objektiv darauf abzustellen, ob sich im Werk eine *„ernsthafte, methodisch geordnete Suche nach Erkenntnis"*[129]) widerspiegelt. ME ist daher auch der Typus des Werkes, sei es eine Fachpublikation für die scientific community oder sei es ein populärwissenschaftlicher Artikel, völlig unerheblich, sofern sich darin nur ein methodischen Streben nach Erkenntnis manifestiert.[130])

Nach Auffassung des OGH fördert die Aufnahme von Zitaten den wissenschaftlichen Charakter des Werkes, *„weil damit die Belege für die darin aufgestellten Behauptungen geliefert werden"*. Dies setzt aber freilich voraus, dass die Zitate nicht nur mehr oder weniger kommentarlos aneinandergereiht werden, sondern in gedankliche Verbindung gebracht, erläutert und/oder kritisch kommentiert werden.[131]) Das zitierende Werk darf sich daher nicht in der bloßen Aneinanderreihung großer Zitate erschöpfen, die mit *„mehr oder minder farblosem Verbindungstext"* [132]) verbunden sind. Es bedarf vielmehr eines inneren Zusammenhangs zwischen zitiertem und zitierendem Werk.

Im Unterschied zum kleinen Literaturzitat setzt das Großzitat eine Entnahme eines nicht bloß veröffentlichten, sondern erschienenen Werkes (§ 9 UrhG) voraus. Erschienen sind Werke, die mit Einwilligung des Berechtigten dadurch veröffentlicht wurden, dass Werkstücke in *genügender* Anzahl feilgehalten oder in Verkehr gebracht wurden. Von einer genügenden Anzahl ist zu sprechen, wenn Werkstücke in einer Menge verfügbar sind, die einem engsten Interessentenkreis einen Erwerb oder zumindest die Benützung ermöglicht.[133]) Nicht erschienen sind etwa fünf Exemplare einer Hausarbeit.[134])

Nach hA zu § 46 Z 2 UrhG kommt ein Erscheinen nur im Fall einer Veröffentlichung in körperlicher Form in Betracht.[135]) Damit gelten rein elektronische

126) OGH 4 Ob 1/95 – *Friedrich Heer II*, SZ 68/26 = MR 1995, 179 (*Walter*) = ÖBl 1996, 99.
127) BVerfG 1 BvR 424/71 und 325/72 – *„Hochschulurteil"*, NJW 1973, 1176.
128) S mit Blick auf die Wissenschaftsfreiheit BVerfG 1 BvR 434/87 – *jugendgefährdende Schriften*, NJW 1994, 1781.
129) *Schricker/Spindler* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 51 dUrhG Rz 31.
130) Insofern wohl zu streng, *Walter*, Urheberrecht I Rz 1135.
131) OGH 4 Ob 146/05g – *Smith Freunde*, MR 2006, 88 (*Walter*).
132) *Korn* in *Kucsko*, urheber.recht § 46 UrhG, 791.
133) *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht § 9 UrhG, 183.
134) OLG Wien 26 Bs 374/87 – *Feste Peigarten*, MR 1987, 177.
135) MwN *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht § 9 UrhG, 182; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 9 UrhG Rz 17; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 86.

Publikationen, insb Internetpublikationen, grds als nicht erschienen.[136]) *Ciresa* folgt allerdings der Ansicht von *Fromm/Nordemann* und bejaht eine analoge Anwendung des § 9 UrhG auf Internetpublikationen.[137]) Die Urh-Nov 2015 stellt in diesem Zusammenhang klar, dass im Rahmen des Zitatrechts dem Erscheinen des Werkes (§ 9 UrhG) auch die Zurverfügungstellung des Werkes (§ 18a UrhG) gleichgestellt wird, sofern dies mit Zustimmung des Urhebers erfolgt und das Werk dadurch der Allgemeinheit zugänglich ist (§ 42f Abs 2 UrhG nF).

C. Bearbeitung und freie Nachschöpfung

Wissenschaftliches Arbeiten beruht regelmäßig auf vorbestehenden Werken, sodass zwischen der eigenen Leistung des Wissenschaftlers und den Schöpfern der vorbestehenden Werke nicht nur eine wissenschaftliche sondern mitunter auch urheberrechtliche Abhängigkeit bestehen kann. Während die Übernahme des intellektuellen Substrats eines wissenschaftlichen Werkes zwar aus wissenschaftlicher nicht aber aus urheberrechtlicher Sicht unproblematisch (iSv frei) ist, erfordert die Übernahme der konkreten Darstellung (Ausdrucksform) – soweit urheberrechtlich geschützt – einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Berechtigung. Im interessierenden Zusammenhang ist es vor allem das oben behandelte Zitatrecht, das eine gesetzliche Grundlage für eine freie Verwertung darstellt. Das Zitatrecht deckt grds die idente Übernahme fremder Leistung ab.[138])

Einen Grenzfall stellt in diesem Zusammenhang die *Paraphrase*, dh die sinngemäße Übernahme fremder Gedanken in eigenen Worten, dar. Sie ist in urheberrechtlicher Hinsicht dann problematisch, wenn es sich um eine unfreie Bearbeitung iSv § 14 Abs 2 iVm § 5 Abs 1 UrhG handelt. In der Praxis ist die Abgrenzung von unfreier Bearbeitung und selbstständiger Neuschöpfung (§ 5 Abs 2 UrhG) im jeweiligen Einzelfall schwierig.[139])

Eine selbstständige Nachschöpfung (§ 5 Abs 2 UrhG) liegt vor, wenn zwischen der früheren Schöpfung und der Folgeschöpfung ein gewisser Abstand besteht (Abstandslehre[140])). Die Benützung eines vorbestehenden Werkes für die Schaffung eines neuen stellt dann keine unfreie Bearbeitung dar, wenn im Vergleich zu dem benützten Werk ein selbständiges neues Werk entsteht. Kennzeichnend für eine freie Bearbeitung ist, dass es sich trotz des Zusammenhangs mit der vorbestehenden Schöpfung um eine neue, selbstständige Schöpfung handelt. In dieser neuen Schöpfung tritt das benützte Werk vollständig in den Hintergrund, sodass seine Züge angesichts der Eigenart des neuen Werkes verblassen. Eine solche freie Benützung setzt voraus, dass das fremde Werk weder identisch noch in umgestalteter Form, nicht einmal als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für das eigene Werkschaffen dient.[141]) Bei der

136) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 9 UrhG Rz 17.
137) S dazu mit einer umfassenden Analyse *Süßenberger/Czychowski*, GRUR 2003, 489.
138) S oben II.B.
139) Vgl *Haberstrumpf*, ZUM 2001, 819 (823 f).
140) *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht § 5 UrhG, 162.
141) StRsp, OGH 4 Ob 221/03h – *Weinatlas*, MR 2004, 117 (*Walter*); s zum wissenschaftlichen Kontext auch *Haberstrumpf*, ZUM 2001, 819 (823 f).

Beurteilung, ob eine freie Nachschöpfung vorliegt, wendet die Rsp einen strengen Maßstab an.[142])

Im Rahmen der Prüfung, ob eine selbstständige Neuschöpfung vorliegt, werden beide Werke in ihrer Gesamtheit einander gegenüber gestellt;[143]) es kommt auf den Gesamteindruck an. Dabei ist zunächst zu ermitteln, worin die eigenschöpferischen Merkmale des benützten Werkes bestehen und wie sich diese im neuen Werk widerspiegeln.[144]) Für wissenschaftliche Werke scheiden dabei inhaltliche Aspekte weitgehend aus, sodass allein die innere und äußere Form der Darstellung relevant ist. Je eher die fraglichen eigenschöpferischen Merkmale in beiden Werken übereinstimmen, desto eher wird eine unfreie Bearbeitung vorliegen. Besteht die Übereinstimmung lediglich im Thema, der Idee, im Stoff oder in der Problemstellung, wird von freien Nachschöpfung auszugehen sein.[145]) Ein neues Werk liegt jedenfalls dann vor, „*wenn nur der Grundgedanke des benützten Werkes verwendet wurde, die Ausführung aber weitgehend verschieden ist […], sodass zwar Anregungen von der früheren Schöpfung ausgehen, die Züge des benützten Werkes aber angesichts der Individualität der neuen Schöpfung verblassen.*"[146]) Damit wird die Paraphrase wissenschaftlicher Werke aufgrund der Gemeinfreiheit des intellektuellen Substrats solcher Schöpfungen meist als freie Nachschöpfung anzusehen sein.[147])

Der OGH hat bspw im Fall einer urheberrechtlich geschützten, auf wissenschaftlicher Interpretation beruhenden, zeichnerischen Darstellung eines in der Natur vorgefundenen Felsritzbildes erkannt, dass dessen Bearbeitung durch Farbumkehr, minimale Änderung der Linienführung und Verkleinerung des Ausschnitts zustimmungspflichtig ist.[148]) Einer freien Benutzung vorbestehender (wissenschaftlicher) Leistungen steht aber wohl dann nichts entgegen, wenn diese Leistungen im Rahmen einer neuen wissenschaftlichen Untersuchung aufgearbeitet, ausgewertet, kritisiert und/oder mit weiteren Argumenten untermauert werden und nach den Gebräuchen des redlichen Wissenschaftsbetriebs die Quelle vorbestehenden Leistung genannt wird.[149])

D. Forschung an patentierten Erfindungen und ihre Lehre als Patentverletzung?

Nach § 22 Abs 1 PatG ist es Dritten ohne Zustimmung des Patentinhabers verboten, den Gegenstand der Erfindung betriebsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken einzuführen oder zu besitzen. Es handelt sich dabei um eine abschließende[150])

142) *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht § 5 UrhG, 162.
143) StRsp, OGH 4 Ob 221/03h – *Weinatlas*, MR 2004,117 (*Walter*).
144) *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht § 5 UrhG, 162.
145) OGH 4 Ob 16/94 – *Hallo Pizza*, ÖBl 1995, 14.
146) OGH 4 Ob 16/94 – *Hallo Pizza*, ÖBl 1995, 14.
147) Im Ergebnis ist auch *Haberstrumpf*, ZUM 2001, 819 (824) für eine großzügige Auslegung zu Gunsten der Bedürfnisse des Wissenschaftstriebs.
148) OGH 4 Ob 274/02a – *Felsritzbild*, ecolex 2003, 42 (*Schuhmacher*) = MR 2003, 162 (*Walter*).
149) Vgl auch *Haberstrumpf*, ZUM 2001, 819 (824).
150) Vgl *Keukenschrijver* in *Busse*, Patentgesetz[6] § 9 dPatG, 43.

Aufzählung von vorbehaltenen Benutzungshandlungen. Eine Definition von Nutzungshandlungen, die hiervon ausgenommen wären, enthält das PatG nicht. Wird nun der Gegenstand der Erfindung zu Forschungs- oder Lehrzwecken hergestellt, (bestimmungsgemäß[151])) gebraucht oder dazu eingeführt oder besessen, zeichnet sich eine Kollision mit dem Patentrecht ab. Dies ist insb durch Auslegung des Begriffs der „Betriebsmäßigkeit" aufzulösen.

Eine Benutzung ist dann betriebsmäßig, *„wenn sie auf einer nach einem einheitlichen Plan eingerichteten, wiederholungsfähigen, wirtschaftlichen Tätigkeit von gewisser Dauer beruht, welche, ohne notwendig auf Erwerb gerichtet zu sein, nicht bloß zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse dient.*"[152]) Nach der Rsp des OGH[153]) liegt insb dann eine betriebsmäßige Benutzung vor, *„wenn sie unmittelbar Gegenstand des Erzeugungs-, Dienstleistungs- oder Verkaufsprogramms eines Unternehmens ist oder der Erfüllung gerade des Betriebszweckes einer bestimmten (nicht auf Erwerb gerichteten) Institution dient*". Dies gilt selbst dann, *„wenn die Ausnützung der Erfindung nur im Rahmen bestimmter, für den Betrieb erforderlicher, Hilfstätigkeiten erfolgt*".[154]) Entgeltlichkeit ist jedenfalls kein Kriterium bei der Beurteilung der Betriebsmäßigkeit.[155]) Demgegenüber sind folglich Nutzungshandlungen zu rein persönlichen, häuslichen oder belehrenden Zwecken sowie zu Studienzwecken als nicht betriebsmäßig zu qualifizieren.[156])

1. Forschung an patentierten Erfindungen

Die Benützung einer geschützten Erfindung zu Forschungszwecken kann grds dann frei sein,[157]) wenn die Erfindung als solche Gegenstand und nicht bloß Hilfsmittel der Forschung ist.[158]) Freilich bietet aber in diesem Zusammenhang das Kriterium der Betriebsmäßigkeit kaum ein taugliches Abgrenzungskriterium. Dem Verbotsrecht des PatG wird zwar nicht per se das Telos zu unterstellen sein, schlichtweg jedwede Forschungsarbeit zu unterbinden. Ebenso vermag es aber nicht eine allgemeine Freistellung der Benutzung zu Forschungszwecken zu rechtfertigen. Vielmehr gilt es zu differenzieren. Rein anwendungsorientierte industrielle Forschung, die über eine bloße Benutzung der Erfindung zu Studienzwecken hinausgeht und der betriebsmäßigen Sphäre des Unternehmens zugerechnet werden kann, wird regelmäßig als betriebsmäßige Nutzung zu qualifizieren sein und folglich der Zustimmung des Patentinhabers bedürfen. Dies wird etwa dann gelten, wenn der Forschungszweck in der Ermittlung von Patentumgehungsmethoden besteht. Anderes gilt freilich für universitäre oder industrielle Grundlagenforschung, sofern damit ein wissenschaftlicher Erkenntnisgewinn

151) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 218.
152) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 213; s auch OGH 4 Ob 317/85 – *UNO-City I*, SZ 58/86 = ÖBl 1985, 129 = GRURInt 1986, 561.
153) OGH 10. 09. 1985, 4 Ob 361/84.
154) OGH 10. 09. 1985, 4 Ob 361/84.
155) OGH 4 Ob 315/73, SZ 46/53 = ÖBl 1973, 126.
156) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 213; vgl auch *Kühnen* in *Schulte*, PatG[8] § 11 dPatG Rz 7 ff.
157) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht[2] § 22 PatG, 213.
158) *Kraßer*, Patentrecht[6] 787.

angestrebt wird. Hier wird das mit Verbotsrecht geschützte Verwertungsinteresse des Patentinhabers hinter dem Interesse der Allgemeinheit an einer Weiterentwicklung der Technik zurücktreten.[159]) Das Thema Patentverletzung durch Forschung wird schließlich noch um eine weitere Facette bereichert, als Studien und Versuche im Zusammenhang mit dem Zulassungsverfahren für Arzneimittel (§ 22 Abs 1 PatG) jedenfalls nicht in den Schutzbereich fallen. ME wäre der Rechtssicherheit, vor allem im Bereich der universitären Forschung gedient, stellte der Gesetzgeber klar, in welchem Umfang eine Benutzung zu (universitären) Forschungszwecken vom Patentinhaber zu dulden ist.

2. Patentierte Erfindungen in der Lehre

In den Schutzbereich des § 22 PatG fallen insb der betriebsmäßige *Gebrauch* und das *Inverkehrbringen* der Erfindung. Als Gebrauch ist jedes bestimmungsgemäße[160]) Verwenden des patentierten Erzeugnisses oder Verfahrens zu verstehen.[161]) Die Benützung durch Inverkehrbringen und Feilhalten zielt auf die Verbreitung des Erfindungsgegenstands ab; sowohl Erzeugnisse als auch Verfahren können in Verkehr gebracht werden.[162]) Feilhalten iSd § 22 Abs 1 PatG setzt das Vorhandensein der angebotenen Ware nicht voraus; jedoch muss die jederzeitige Herstellbarkeit und Lieferbarkeit möglich sein.[163]) Das Feilhalten ist folglich eine Art der Vorbereitungshandlung des Inverkehrbringens.[164]) Vor diesem Hintergrund ist zu beurteilen, ob die Benützung von patentierten Erfindungen als Gegenstand universitärer Lehre eine Patentverletzung darstellen kann.

Der Zweck der akademischen Lehre besteht nicht in der Benützung der Erfindung iSe wirtschaftlichen Verwertung des Erfindungsgegenstands, sondern vielmehr in der anschaulichen, praxisnahen und wissenschaftlichen Darstellung von Technologien. Werden bspw in naturwissenschaftlichen Lehren patentierte Technologien im Rahmen von Lehrveranstaltungen zu Demonstrationszwecken (etwa für Experimente) verwendet, wird die Herstellung oder der Gebrauch iSd § 22 PatG vorliegen. Einer solchen Nutzung zu reinen Studienzwecken wird es jedoch an der Betriebsmäßigkeit grds fehlen, sodass eine unmittelbare Patentverletzung ausscheidet.[165])

Das gleiche gilt für die (theoretische) Darstellung patentierter Technologie in Lehrbüchern oder im Lehrvortrag. Weder die Bereitstellung von technischen Zeichnungen[166]) noch die Verbreitung der Patentschrift oder die Besprechung

159) Vgl dazu ausführlich zur alten deutschen Patentrechtslage *Tetzner*, GRUR 1966, 604; *Gaul/Bartenbach*, GRUR 1968, 281. Letztere verbinden mit der Duldungspflicht des Patentinhabers einen (zwangslizenzrechtlichen) Vergütungsanspruch.
160) Maßgeblich ist der Gebrauch zum bestimmungsgemäßen Zweck, der Gebrauch zu (deutlich) anderen Zwecken ist frei (*Friebel/Pulitzer*, Patentrecht² § 22 PatG, 218).
161) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht² § 22 PatG, 218.
162) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht² § 22 PatG, 216.
163) OGH 4 Ob 315/73, SZ 46/53 = ÖBl 1973, 126.
164) Vgl *Kucsko*, Geistiges Eigentum 922.
165) S im Ergebnis *Burgstaller*, Patentrecht §§ 22, 22a PatG, 80.
166) MwN *Scharen* in *Benkard*, Patentgesetz¹⁰ § 9 dPatG Rz 29.

des Patents in einer Fachzeitschrift[167]) greifen in den Schutzbereich des Patents ein. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, das Patentrecht auf die Verbreitung der technischen Lehre als solche auszudehnen, ist nicht zu erblicken. Es entspricht vielmehr dem Wesen der patentrechtlichen Offenbarungspflicht, dass – unabhängig vom Detailierungsgrad – die (selbst betriebsmäßige) Lehre der geschützten Technologie zulässig ist.[168])

Dies gilt für Erzeugnis- und Verfahrenspatente gleichermaßen. *Friebel/Pullitzer* erblicken zwar – unter Hinweis auf *Bettelheim*[169]) – bereits im „*Mitteilen und Vorzeigen einer Vorrichtung, aus deren Beschaffenheit oder Funktion sich die Art des Verfahrens ergibt*", ein Verfahren als in Verkehr gebracht. Ausschlaggebend sei, dass durch die Mitteilung das Verfahren ohne erfinderisches Zutun durchgeführt werden könne. Unerheblich sei indes aber, ob für die Information entgeltlich vermittelt wurde. Diese (strenge) Auffassung überzeugt nicht und findet auch in der deutschen Rsp keine Deckung: In der *Metallspritzverfahren II*-E[170]) hat etwa das LG Düsseldorf erkannt, dass ein Feilhalten von Verfahren dann nicht vorliegt, wenn „*lediglich die Mitteilung einer bestimmten Verfahrensweise geschieht, ohne daß der Mitteilende auch nur stillschweigend sich des Rechts berühmt, an diesem Verfahren über Schutzrechte zu verfügen oder die Benutzung dieses Verfahrens erst noch ausdrücklich gestatten zu müssen*". Nach hA ist für das Feilhalten (nur) auf die Anmaßung der Gestattungsbefugnis, nicht aber auf die Verschaffung der Benützungsmöglichkeit abzustellen.[171]) Auch der OGH folgt diesem Konzept und hat festgehalten, dass „*das Herstellen, Anbieten und Inverkehrbringen von Vorrichtungen und Hilfsmitteln zur Ausübung eines geschützten Verfahrens noch keine Anwendung des Verfahrens [darstellt], sondern erst deren bestimmungsgemäßer Gebrauch durch den Dritten*".[172]) Wenn sogar das Zurverfügungstellen physischer Hilfsmittel zur Ausübung des geschützten Verfahrens keinen Eingriff darstellt, muss dies mE umso mehr für ideelle Hilfsmittel in Form von technischen Darstellungen gelten.[173]) Auch bei einem weiten Verständnis des Begriffs des Inverkehrbringens und Feilhaltens von patentierten Verfahren führt deren (theoretische) Darstellung in der Lehre – selbst bei Betriebsmäßigkeit – zu keiner Benützung iSd § 22 Abs 1 PatG. Die Lehre dient dem Wissenstransfer und eben dem kann das Patentrecht nicht entgegenstehen. Schließlich kann aus der bloßen, wenn auch detaillierten, Darstellung eines patentierten Verfahrens in der Lehre allenfalls eine Anwendungsempfehlung, aber sicherlich keine Anmaßung einer Gestattungsbefugnis abgeleitet werden.

Der österreichische Gesetzgeber hat mit der PatR-Nov 2004 ausdrücklich die mittelbare Patentverletzung in § 22 Abs 3 PatG verankert. Danach ist es Dritten ohne Zustimmung des Patentinhabers verboten, „*anderen als den zur Benützung der Erfindung berechtigten Personen Mittel, die sich auf ein wesentliches Element der Erfindung beziehen, zur Benützung der Erfindung anzubieten oder zu liefern, wenn*

167) *Keukenschrijver* in *Busse*, Patentgesetz[7] § 9 dPatG Rz 46.
168) Vgl auch *Villinger*, GRUR 1981, 541 (544).
169) *Bettelheim*, Das Recht des Erfinders 212.
170) OLG Düsseldorf 2 W 63/61 – *Metallspritzverfahren II*, GRUR 1963, 78.
171) *Keukenschrijver* in *Busse*, Patentgesetz[7] § 9 dPatG Rz 93 ff.
172) OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 42/93.
173) *Appl*, Technische Standardisierung und Geistiges Eigentum 274.

der Dritte weiß oder es aufgrund der Umstände offensichtlich ist, dass diese Mittel dazu geeignet und bestimmt sind, für die Benützung der Erfindung verwendet zu werden". Zu den *wesentlichen Elementen* einer Erfindung zählen ausschließlich solche Erfindungsmerkmale, „*denen für die Verwirklichung der Erfindung mehr als nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt*".[174]) Im Unterschied zur unmittelbaren Patentverletzung verlangt § 22 Abs 3 PatG die subjektive Vorwerfbarkeit des inkriminierten Verhaltens.[175]) Im interessierenden Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob universitäre Lehre als „Mittel" iSd § 22 Abs 3 PatG qualifiziert werden kann.

Da nach hA[176]) nur körperliche Gegenstände, wie etwa Bauteile einer Fertigungsanlage die Gegenstand eines Verfahrenspatents sind, als „Mittel" in Betracht kommen, könnten im Rahmen universitärer Lehre allenfalls schriftliche – dh verkörperte – Dokumentationen technischer Lehren als Mittel qualifiziert werden. Unter Bezugnahme auf die *Rohrschweißverfahren*-E[177]) des OLG Düsseldorfs bejaht *Mes*[178]) die Mitteleigenschaft von „*Beschreibungen, schriftliche[n] Ausarbeitungen, Modellen, Zeichnungen*". Zu bedenken ist aber, dass es in der zitierten Entscheidung um eine Gebrauchsanweisung ging, die einem Schweißgerät beigelegt war. Insofern überzeugt die allgemeine These, dass es sich bei bloßen Darstellungen technischen Inhalts um Mittel iSd § 22 Abs 3 PatG handle, nicht. Zutreffend kommt daher *Scharen* zu dem Ergebnis, dass rein „*geistige Mittel, wie die Belehrung über die Herstellung eines Erzeugnisses oder über die Anwendung oder Ausführung eines Verfahrens*" nicht als Mittel der mittelbaren Patentverletzung gelten.[179]) Auch ist zu berücksichtigen, dass selbst bei der Dokumentation von Information auf körperlichen Trägern oder in digitaler Form, zwar der Träger nicht aber die Information als solche körperlich ist. Letztere bleibt stets unkörperlich. Folglich muss die Qualifikation als „Mittel" bereits am Kriterium der fehlenden Körperlichkeit scheitern.

Wenngleich die Grundidee der mittelbaren Patentverletzung darin besteht, das „*Übel unentdeckt bleibender Patentverletzungen an der Wurzel zu fassen*",[180]) darf dies – auch mit Blick auf die grundrechtlich verbürgte Freiheit von Wissenschaft und ihrer Lehre (Art 17 StGG) – nicht überspannt werden. Die rein informatorische Benutzung patentierter Erfindungen, insb für die universitäre Lehre, ist daher – sofern diese nicht ohnedies an der fehlenden Körperlichkeit des Mittels scheitert – mE jedenfalls frei (zu halten). Schließlich ist auch zu bedenken, dass zwischen der bloßen Darstellung einer geschützten Erfindung in der Lehre und einer möglichen daran anknüpfenden Patentverletzung eine deutliche Distanz gegeben ist. Dies auch deswegen, weil die bloße Information betreffend eine Er-

174) ErläutRV 621 BlgNR 22. GP, 5.
175) *Weiser*, Patentgesetz[2] § 22 PatG, 155 f.
176) BGH X ZR 176/98 – *Luftheizgerät*, GRUR 2001, 228 = MittdtPatA 2001, 21; s auch *Jestaedt*, Patentrecht[2] Rz 574; *Scharen* in *Benkard*, Patentgesetz[10] § 10 dPatG Rz 4; *Keukenschrijver* in *Busse*, Patentgesetz[7] § 10 dPatG Rz 15.
177) OLG Düsseldorf, 2 U 18/03 – *Rohrschweißverfahren*, GRUR-RR 2004, 345 = MittdtPatA 2005, 171.
178) *Mes*, PatG[3] § 10 dPatG Rz 11.
179) *Scharen* in *Benkard*, Patentgesetz[10] § 10 dPatG Rz 4.
180) *BGH* I ZR 67/59 – *Metallspritzverfahren*, GRUR 1961, 627.

findung im Rahmen universitären Lehre in keiner Weise als Einladung zur Verletzung fremder Rechte verstanden werden kann.

Nicht für den Forschungs- sondern auch für den Lehrbetrieb ist eine eindeutige gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert. Das Fehlen von klaren Regelungen betreffend wissenschaftliche Forschung und Lehre im Patentrecht ist einem rechtssicheren wissenschaftlichen Arbeiten, vor allem an Universitäten, unstrittig abträglich.

III. Die Publikation wissenschaftlicher Erkenntnisse im Lichte des § 106 UG 2002

Die Bestimmung des § 106 UG 2002 regelt bestimmte Aspekte der Verwertung von geistigem Eigentum, das von Universitätsangehörigen geschaffen wurde. Während § 106 Abs 1 UG allgemein regelt, dass Universitätsangehörige zur selbstständigen Publikation eigener wissenschaftlicher und künstlerischer Arbeiten berechtigt sind und ein Nennungsrecht von Mitautoren besteht, enthalten die Abs 2 und 3 besondere Vorschriften für Diensterfindungen, insb betreffend das Aufgriffsrecht von Universitäten. Während § 106 Abs 1 UG 2002 alle Universitätsangehörigen adressiert, setzt das Aufgriffsrecht der Abs 1 und 2 voraus, dass ein (privat- oder öffentlich-rechtliches) Dienstverhältnis zum Bund oder zur Universität besteht.

Neben Art 17 StGG hat § 106 UG 2002 für die Publikation von wissenschaftlichen Erkenntnissen grundlegende Bedeutung und ergänzt solcherart die immaterialgüterrechtlichen Rahmenbedingungen. Im Einzelnen wirft § 106 UG 2002 jedoch für den universitären Bereich relevante Fragen auf, die im Schrifttum mitunter kontrovers diskutiert wurden oder unbeachtet blieben.

A. Zum persönlichen Anwendungsbereich des § 106 Abs 1 UG 2002

Die Bestimmung des § 106 Abs 1 konkretisiert das Grundrecht auf Freiheit der Wissenschaft (Art 17 StGG), welches auch ein Recht auf ungehinderte Publikation von wissenschaftlichen Ergebnissen mitumfasst.[181]) Diese universitätsrechtliche Regelung stellt klar, dass *alle* Universitätsangehörigen das Recht haben, „*eigene wissenschaftliche oder künstlerische Arbeiten selbstständig zu veröffentlichen*".

Gemäß § 94 UG 2002 zählen zu den Angehörigen der Universität die Studierenden, die Forschungsstipendiatinnen und Forschungsstipendiaten, das wissenschaftliche und das künstlerische Universitätspersonal, das allgemeine Universitätspersonal, die Privatdozenten, die emeritierten Universitätsprofessoren, die Universitätsprofessoren im Ruhestand. Dieser weite persönliche Anwendungsbereich sei nach Ansicht von *Grimm*[182]) dahin teleologisch zu reduzieren, dass nicht schlichtweg *alle,* sondern nur jene Personen von § 106 UG 2002 umfasst sind, „*die tatsächlich selbstständige Veröffentlichungen machen*". Da jedoch die selbst-

181) *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 1.
182) *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 2.

ständige Veröffentlichung nicht Tatbestand sondern Rechtsfolge ist, kommt es mE vielmehr darauf an, ob der Betreffende eine *„eigene wissenschaftliche oder künstlerische Arbeit"* geschaffen oder dazu einen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beitrag geleistet hat. Daraus aber eine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs – entgegen dem weiten Wortlaut – abzuleiten, vermag nicht zu überzeugen, weil die Schöpfung eigener wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeiten oder die Leistung von wissenschaftlichen oder künstlerischen Beiträgen zu solchen Arbeiten weder rechtlich noch tatsächlich allein dem wissenschaftlichen oder künstlerischen Universitätspersonal (§§ 97 ff UG 2002) vorbehalten sind.

Den persönlichen Anwendungsbereich – entgegen dem Wortlaut – auf bestimmte Personengruppen zu reduzieren ist bereits deshalb nicht geboten, weil die Bestimmung in sachlicher Hinsicht ohnedies nur auf *eigene wissenschaftliche oder künstlerische* Arbeiten abstellt und etwa rein administrative Schöpfungen des allgemeinen Universitätspersonals nicht erfasst sind. Demgegenüber werden aber etwa Studierende das Recht des § 106 Abs 1 UG 2002 haben, ihre eigenen Arbeiten, die sie im Rahmen des Studiums erstellt haben (insb Bachelor- und Masterthesen sowie Dissertationen), selbstständig zu publizieren, ohne dass es auf eine diesbezügliche Zustimmung der Universität ankäme. Dies schließt im Umkehrschluss auch aus, dass Universitäten ihre Studierenden dazu (zwingend) verpflichten, ihre Arbeiten etwa in elektronischer Form im Webangebot der Universität im Open Access zu veröffentlichen.

Auch werden Studierende und alle anderen Universitätsangehörigen, die einen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beitrag zu wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeiten geleistet haben, als Mitautoren entsprechend zu nennen sein. Dies sollte nicht nur eine Selbstverständlichkeit der „Good Scientific Practice" sein, sondern ist mE auch universitätsrechtlich durch § 106 Abs 1 UG 2002 verbürgt. Es wäre auch sachlich kaum zu rechtfertigen, dieses Recht auf Nennung nur ausgewählten Kreisen der Universitätsangehörigen angedeihen zu lassen und andere – trotz gleichwertigen Beitrags – auszuschließen. Dienen etwa Arbeiten von Studierenden (Referate, Seminararbeiten, Abschlussarbeiten, Datensammlungen oä) Forschenden als „Hilfsmittel" für deren eigenen wissenschaftlichen Arbeiten, wird idR eine Namensnennung bei der Publikation als Mitautor geboten sein, sofern die studentische Vorarbeit freilich als wissenschaftlicher Beitrag qualifiziert werden kann.

Jedes andere Ergebnis liefe der Wertung des § 106 Abs 1 UG 2002 zuwider, gilt es doch die Freiheit der Wissenschaft und die „gute wissenschaftliche Praxis" zu sichern. *Ch. Nowotny* betont zudem, dass der Sinn und Zweck des § 106 Abs 1 UG 2002 im Schutz der Universitätsangehörigen vor Einschränkungen besteht, die von der Universität ausgehen und denen sich der Betreffende aufgrund bestehender Abhängigkeitsverhältnisse kaum entziehen kann.[183]) Dies gilt mE nicht nur für das wissenschaftliche und künstlerische Universitätspersonal, sondern auch für andere Universitätsangehörige, die – ungeachtet ihrer universitätsrechtlichen Stellung – wissenschaftlich oder künstlerisch tätig sind.

183) *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.2.

Gemäß § 2 Z 1 UG bildet die in Art 17 StGG verbürgte Wissenschaftsfreiheit einen der leitenden Grundsätze von Universitäten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Insofern ist § 106 Abs 1 UG 2002 auch dann anwendbar, wenn wissenschaftliche Ergebnisse aus Drittmittelforschung (§§ 26 und 27 Abs 1 UG 2002) herrühren. Mit *Ch. Nowotny* ist aber davon auszugehen, dass § 106 Abs 1 UG 2002 nur für das Verhältnis zwischen den Universitätsangehörigen und der Universität, nicht aber für deren Beziehung zum „Auftraggeber" (Fördergeber) maßgeblich ist. Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob zwischen § 26- und § 27-Projekten hinsichtlich der Anwendung des § 106 UG 2002 zu differenzieren ist.[184]) Unter dem Gesichtspunkt der Zielrichtung des § 106 Abs 2 UG 2002 kann die Frage, ob zwischen den einzelnen Drittmittelmodellen zu differenzieren ist, letztlich dahingestellt bleiben: Während der Universität die Einflussnahme auf die wissenschaftliche Publikationstätigkeit grds untersagt ist, kann zwischen dem Drittmittelgeber und den involvierten Universitätsangehörigen in gewissen Grenzen anderes gelten. Solange Drittmittelforschung auf dem Ideal freier, unabhängiger und nicht interessengeleiteter Forschung beruht sowie für die Dissemination der Forschungsergebnisse keine inhaltlichen, sondern allenfalls formelle Rahmenbedingungen bestehen, sind Konflikte mit § 106 Abs 1 UG 2002 kaum denkbar und in der Praxis auch kaum vorzufinden. Demgemäß werden die regelmäßig anzutreffenden Förderbedingungen, wonach die Forschungsergebnisse erst nach einer bestimmten Stillhaltefrist zu publizieren oder diese (auch) im Open Access zugänglich zu machen sind, unproblematisch sein. Insofern kann der in einem Drittmittelprojekt involvierte Universitätsangehörige gewissen, freilich nicht überzogenen, Treuepflichten gegenüber dem Fördergeber unterliegen. Entsprechende Förderbedingungen vorausgesetzt, werden daher auch neuheitsschädliche Publikationen zu unterlassen sein, wenn sich der Fördergeber die Sicherung der gewerblichen Verwertung der wissenschaftlichen Ergebnisse durch Patente vorbehält. Die grundlegende Entscheidung über den Publikationsinhalt oder ob überhaupt publiziert wird, sollte unter Beachtung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen des Fördergebers letztlich allein dem wissenschaftlichen Urheber obliegen.[185]) MaW sollte Drittmittelforschung Universitätsangehörige nicht in der Weise instrumentalisieren, als die in Art 17 StGG und § 106 Abs 1 UG 2002 verankerten Wertungen völlig hinter den (wirtschaftlichen) Interessen von Fördergebern zurückbleiben. Dies wäre auch mit den leitenden Grundsätzen der universitären Aufgabenerfüllung (§ 2 UG 2002) unvereinbar.

B. Das Recht der selbstständigen Publikation eigener wissenschaftlicher Ergebnisse

1. Grundsätzliches

Aus der Überschrift des § 106 UG 2002 „*Verwertung von geistigem Eigentum*" ist nicht zu schließen, dass das Recht der selbstständigen Publikation eigener

184) Während *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.2, und *Titscher*, zfhr 2008, 171 (172) eine Differenzierung bejahen, spricht sich *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 2, ausdrücklich dagegen aus.

185) Vgl in diesem Sinn auch *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 3.

wissenschaftlicher Ergebnisse das Be- oder Entstehen eines Rechts des geistigen Eigentums[186]) voraussetzt. Im Gegenteil, denn nach dem klaren Wortlaut des § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 gilt dieses Recht schlechthin für die Dissemination wissenschaftlicher Ergebnisse. Damit ist es völlig unerheblich, ob die Forschungsergebnisse an sich und/oder ihre Dokumentation immaterialgüterrechtlichen Schutz genießen oder nicht.

Die Bestimmung des § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 hat, was mit Blick auf das Nennungsrecht von Mitautoren überrascht, offenbar den Typus des Alleinautors vor Augen. Unbeantwortet lässt § 106 UG 2002 die Frage, was im Fall wissenschaftlicher Arbeiten gelten soll, die von mehreren Universitätsangehörigen ggf unter Einbeziehung universitätsexternen Forscher gelten soll. Wenngleich in § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 klargestellt wird, dass zumindest alle beteiligten Universitätsangehörigen (nicht aber externe Forscher) als Mitautoren zu nennen sind, bleibt offen, wie und von wem das Recht der selbstständigen Publikation im Fall kollaborativer Forschungsarbeiten ausgeübt werden kann. Bilden sämtliche wissenschaftliche Beiträge der beteiligten Universitätsangehörigen ein untrennbares Ganzes, steht – in analoger Anwendung urheberrechtlicher Grundsätze (§ 11 UrhG)[187]) – das Recht der selbstständigen Publikation der gemeinsamen wissenschaftliche Arbeit allen Mitautoren gemeinschaftlich zu (Mitautorengesamthand). Damit verlangt die Ausübung des Publikationsrechts die Zustimmung aller Mitautoren, die einen wissenschaftlichen Beitrag geleistet haben. Auch wenn die Mitautorengemeinschaft als schlichte Gemeinschaft (communio incidens) iSd §§ 825 ABGB und nicht in analoger Anwendung des § 11 UrhG als Gesamthandgemeinschaft qualifiziert wird, wird die Ausübung des Publikationsrechts als Maßnahme außerordentlicher Geschäftsführung zu qualifizieren sein und ebenso Einstimmigkeit erforderlich sein.[188]) Anders als nach § 11 UrhG besteht allerdings grds kein Anspruch auf Zustimmung, wenn diese von einem Mitautor verweigert wird. Dieser Anspruch muss mE an der grundrechtlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit scheitern, sodass lediglich eine rechtsmissbräuchliche Weigerung beachtlich ist. Im Übrigen steht es dem Mitautor frei, auf sein Recht auf Publikation und Nennung als Mitautor zu Gunsten der anderen Mitautoren zu verzichten.

Die in § 106 Abs 1 UG 2002 statuierten Rechte sind – in analoger Anwendung urheberrechtlicher Grundsätze (§ 23 UrhG) – unübertragbar und (vorab) unverzichtbar.

---

186) Der Begriff „geistiges Eigentum" umfasst nach Art 1 Abs 2 TRIPS-Abk die gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht gleichermaßen. Der Begriff findet sich ebenfalls in Art 17 Abs 2 EGRC, nicht jedoch im AEUV, wo etwa in Art 36 AEUV von „*kommerziellen und gewerblichen Eigentum*" gesprochen wird. Zu Inhalt und Weite dieses Begriffs s mwN *Beier*, GRURInt 1989, 603 (609).

187) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 12 ff.

188) Vgl dazu die Problematik der Personenmehrheit im Immaterialgüterrecht, *Appl*, ZVglRWiss 2014, 444.

2. Das Verhältnis von Publikationsfreiheit und dem Aufgriffsrecht an Erfindungen

Das Recht der selbstständigen Publikation eigener wissenschaftlicher Ergebnisse ist Ausdruck der grundrechtlich verbürgten Wissenschaftsfreiheit nach Art 17 StGG. Das Recht umfasst nicht nur ein Recht auf Publikation, sondern vielmehr auch die Freiheit wissenschaftliche Ergebnisse *nicht* zu offenbaren. Damit besteht aber im Fall von patentfähigen Erfindungen im Lichte des Aufgriffsrecht der Universität ein Zielkonflikt: Nach § 106 Abs 3 UG 2002 ist *jede* Diensterfindung unverzüglich dem Rektorat zu melden, das über einen Aufgriff der Erfindung und eine mögliche Patentanmeldung entscheidet. Die Verletzung der Meldepflicht stellt eine Dienstpflichtverletzung dar.[189]) Erfolgt eine Patentanmeldung, wird die Erfindung – wie es das Patentrecht ausdrücklich verlangt – offenbart (§ 87a PatG), dh der Öffentlichkeit im Wege der Patentschrift zugänglich gemacht.[190]) In der patentrechtlichen Offenbarung und möglichen Verwertung des Patents ist das grundlegende Problem zu erblicken, dass Wissenschaftler über den Umweg des Patentrechts zur Publikation ihrer Ergebnisse „gezwungen" werden.

Aus dem Wortlaut des § 106 UG 2002 und seinem inneren Aufbau lässt sich nicht eindeutig ableiten, wie dieser Zielkonflikt aufzulösen ist. Denn aus dem Wortlaut lässt sich durchaus schließen, dass im Fall von patentfähigen Erfindungen das Aufgriffsrecht der Universität der Publikationsfreiheit des Wissenschaftlers nach § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 als lex specialis vorgeht und daher der skizzierte Konflikt zu Gunsten der Universität aufzulösen wäre. Folglich wären wissenschaftliche, ethische oder moralische Bedenken des Wissenschaftlers gegen eine Publikation seiner Ergebnisse (der Erfindung) gänzlich ohne Belang und vom Verwertungsinteresse der Universität verdrängt. Dem solcherart bedienten Wissenschaftler verbliebe auf Grundlage des Erfinderpersönlichkeitsrechts[191]) lediglich die Möglichkeit von einer Nennung als Erfinder im Patentregister (§ 20 PatG) Abstand zu nehmen.[192]) Dieses Ergebnis entspricht dem patentrechtlichen Grundmodell des allgemeinen Diensterfindungsrechts, denn bereits nach allgemeinen Grundsätzen können Dienstnehmer einem Aufgriff der Erfindung – bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 6 ff PatG – nicht widersprechen.

Dieser Lösungsweg vermag jedoch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen. Eine Privilegierung von universitären Wissenschaftlern gegenüber anderen Dienstnehmern zeichnet sich vielmehr bereits in Art 17 StGG iVm § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 ab. Das Aufgriffsrecht der Universität ist vom Grundsatz der Publikationsfreiheit keine Vollausnahme, sondern vielmehr eine Ausübungsbeschränkung. Die Publikationsfreiheit schützt die unabhängige Dissemination eigener wissenschaftlicher Ergebnisse, nicht aber deren wirtschaftliche Verwertung durch Patente. Letztere behält der Gesetzgeber grds den Universitäten vor. Der universitäre Wissenschaftler unterliegt daher inso-

189) *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 7.
190) *Burgstaller*, Patentrecht §§ 85-88 PatG, 167 f; vgl auch *Jestaedt*, Patentrecht² Rz 449 ff.
191) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht² § 20 PatG, 177; *Burgstaller*, Patentrecht § 20 PatG, 74. S auch *Jestaedt*, Patentrecht² Rz 345 ff.
192) *Friebel/Pulitzer*, Patentrecht² § 20 PatG, 178.

fern einer Ausübungsbeschränkung des Veröffentlichungsrechts, als er der Universität vor der Dissemination seiner wissenschaftlichen Ergebnisse die Möglichkeit geben muss, eine allfällige patentfähige Erfindung zum Patent anzumelden. Diese Beschränkung des Wissenschaftlers ist Ausdruck der Treuepflicht zur Universität (als Dienstgeberin), die ihn zu einer gewissen Rücksichtnahme auf die (wirtschaftlichen) Interessen der Universität verpflichtet.[193]) Dieses Prozedere verzögert, verhindert aber nicht die wissenschaftliche Publikation des Wissenschaftlers. Universitäten sind aber freilich gut beraten und im Rahmen ihrer dienstrechtlichen Fürsorgepflichten wohl auch verpflichtet, Verzögerungen durch eine möglichst rasche interne Entscheidungsfindung und unverzügliche Durchführung einer allfälligen Patentanmeldung möglichst gering zu halten.[194]) Möchte ein Wissenschaftler seine wissenschaftlichen Ergebnisse publizieren, unterliegt er der Melde- und Stillhaltefrist (zwecks Vermeidung neuheitsschädlicher Veröffentlichungen) in Bezug auf den patentfähigen Gehalt seiner Erkenntnisse. Nach dem – mE überschießenden – Wortlaut des § 106 Abs 3 UG 2002 ist nun aber schlichtweg *jede* Erfindung zu melden, selbst wenn es sich dabei um wissenschaftliche Ergebnisse handelt, die Wissenschaftler – aus wissenschaftlichen, ethischen oder moralischen Gründen – nicht publizieren möchten. In diesem Fall einem Wissenschaftler die Meldung der Erfindung abzuverlangen und damit gleichsam ihre patentmäßige Verwertung zu ermöglichen, ist dem universitären Forschungsbetrieb jedenfalls abträglich und würde die Wertungen von Art 17 StGG iVm § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 verletzen. Der universitäre Forscher ist in seinem individuellen Streben nach Erkenntnis frei und hat damit auch das Recht sein Schaffen am eigenen ethisch-moralischen Maßstab zu messen. Wenn dies zur Folge hat, dass der Wissenschaftler seine Ergebnisse nicht öffentlich machen möchte, darf auch die Universität nicht im Wege des Patentrechts eine Zwangspublikation bewirken. Hinzu kommt, dass – im Unterschied zu industrieller Forschung – universitäre Forschung dem Gewinnen wissenschaftlicher Erkenntnis dient;[195]) Patente sind in diesem Lichte nicht Zweck der Forschung, sondern ihr „Abfall". Vor diesem Hintergrund gebieten verfassungsrechtliche Erwägungen eine teleologische Reduktion des § 106 Abs 3 UG 2002 dahin, dass eine Meldepflicht nur besteht, wenn eine diesbezügliche Publikation angestrebt wird. Ein Unterlassen der Meldepflicht ist damit im Fall einer Nichtpublikation durch höherrangige, verfassungsrechtlich geschützte Interessen des universitären Forschers mE gerechtfertigt. Die hier vertretene Auffassung entspricht schließlich der deutschen Rechtslage zum Hochschulerfindungsrecht. § 42 Z 2 dArbEG re-

193) Vgl *Titscher*, zfhr 2008, 171 (175).

194) Während für die Entscheidungsfindung ein Höchstzeitraum von (kurz bemessenen) drei Monaten vorgesehen ist (§ 106 Abs 3 UG 2002), fehlt eine gesetzliche Frist für die Durchführung der Patentanmeldung. Gerade aber bei der Vorbereitung der Patentanmeldung kann – für eine wissenschaftliche Publikation – wertvolle Zeit verstreichen; vgl dazu auch *Titscher*, zfhr 2008, 171 (175).

195) Vgl dazu insb die programmatische Zielsetzung des § 1 UG 2002, wonach Universitäten ua zur wissenschaftlichen Forschung und Lehre berufen sowie in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse ausgerichtet sind. Die Schöpfung von Immaterialgütern und deren wirtschaftliche Verwertung findet hingegen keine Erwähnung in den §§ 1 bis 3 UG 2002.

gelt ausdrücklich, dass die Pflicht zur Meldung einer Diensterfindung *nicht* besteht, wenn der Erfinder *„auf Grund seiner Lehr- und Forschungstätigkeit"* die Offenbarung seiner Diensterfindung ablehnt. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass für das österreichische Recht anderes gelten soll, besteht mE nicht.

3. Urheberrechtliche Implikationen

Ausweislich der Materialien sieht § 106 Abs 1 UG 2002 keine vom Urheberrecht abweichenden Regelungen für wissenschaftliche Schöpfungen vor.[196]) Die Bestimmung verwendet zudem eine vom Urheberrecht klar abweichende Terminologie: Statt von wissenschaftlichen *Werken* wird von *Arbeiten* und anstelle von *Urhebern* von *Universitätsangehörigen* oder *Autoren* gesprochen. Die darin zum Ausdruck gebrachte Distanz zum Urheberrecht ist mE dem Umstand geschuldet, den Privilegierungen des § 106 Abs 1 UG 2002 einen möglichst breiten sachlichen Anwendungsbereich zu erschließen. Folglich flankieren die Publikationsfreiheit und das Recht auf Nennung als Mitautor mögliche urheberrechtliche Befugnisse. Wie eingangs erwähnt, bestehen die Ansprüche nach § 106 Abs 1 UG 2002 auch dann, wenn die wissenschaftliche Arbeit oder der wissenschaftliche Beitrag keine eigenschöpferische Leistung iSd Urheberrechts darstellt. Universitätsrechtliche und urheberrechtliche Befugnisse sind daher voneinander unabhängig; UrhG und § 106 Abs 1 UG 2002 sind autonom anwendbar.

Daraus folgt, dass sich ein Universitätsangehöriger selbst dann gegenüber der Universität auf die Publikationsfreiheit berufen kann, wenn das Ergebnis und/oder die Dokumentation seiner wissenschaftlichen Arbeit frei von Immaterialgüterrechten sind. Der Wissenschaftler genießt damit freilich keinen absoluten Schutz wie im Fall immaterialgüterrechtlich geschützter Leistungen, wohl aber einen relativen, nämlich in seiner (universitätsrechtlichen) Beziehung zur Universität.[197])

Die Parallelität von Immaterialgüterrecht und § 106 Abs 1 UG 2002 kann vor allem bei gemeinschaftlicher wissenschaftlicher Arbeit mehrerer Wissenschaftler zu relevanten Komplikationen führen, weil in bestimmten Konstellationen Asynchronitäten der subjektiven Berechtigung der beteiligten Wissenschaftler auftreten können. Unstrittig ist der Kreis der Mitautoren, wie ihn § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 vor Augen hat, sehr weit gefasst und umfasst alle Universitätsangehörigen, *„die einen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beitrag"* zu einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit geleistet haben. Dies schließt jene Universitätsangehörigen mit ein, die etwa am Forschungsdesign, an der Literaturrecherche, der Datenerhebung, Verarbeitung, Interpretation und/oder der Formalisierung von Daten oder am Verfassen der gemeinsamen Dokumentation der Forschungsergebnisse in einer „wissenschaftlichen" Art und Weise mitgewirkt haben.[198]) Rechtsfolge der Mitautorenschaft ist die verpflichtende Nennung als Mitautor im Rahmen der wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeit. Die

196) ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP.
197) Vgl zur Schutzrichtung des § 106 Abs 1 UG 2002 *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.2.
198) Vgl *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 4.

Mitautorenschaft ist, wie einleitend ausgeführt, auch im Hinblick auf die Publikationsfreiheit bedeutsam. Die aus § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 abgeleitete subjektive Rechtsposition steht im Fall von gemeinschaftlicher Forschungsarbeit allen Mitautoren gemeinschaftlich zu.

Häufig wird die Dokumentation wissenschaftlicher Ergebnisse urheberrechtlichen Schutz genießen. Das Urheberrecht an gemeinschaftlichen Schöpfungen steht gemäß § 11 UrhG allen Miturhebern gemeinschaftlich zu.[199]) Die Miturheberschaft knüpft, im Unterschied an die universitätsrechtliche Mitautorenschaft, nicht am Inhalt sondern nur am eigenschöpferischen – dh originellen – Beitrag[200]) zur konkreten Dokumentation (Ausdrucksform) des wissenschaftlichen Werkes an. Als Miturheber eines wissenschaftlichen Werkes kommen daher nur jene Personen in Betracht, die insb im Hinblick auf Aufbau, Anordnung und Gliederung der wissenschaftlichen Arbeit oder die anschauliche Darstellung komplexer Sachverhalte einen originellen Beitrag leisten.[201]) Zu bedenken ist im Fall wissenschaftlicher Werke auch, dass wissenschaftliche Lehren, Theorien und Forschungsergebnisse als solche – dh in ihrem abstrakten Informationsgehalt – urheberrechtsfrei verbleiben. Folglich kommt als Miturheber nur derjenige Wissenschaftler in Betracht, der nicht bloß forscht, sondern sich (auch) an der konkreten Darstellung der Erkenntnisse beteiligt.[202]) Umfang und Bedeutung des Beitrags im Gesamtwerk sind indes nicht relevant.[203]) Nach hA[204]) begründen allgemeine Anweisungen,[205]) Anregungen,[206]) Ideen oder kritische Stellungnahmen[207]) sowie bloße Hilfstätigkeiten zur Materialbeschaffung[208]) keine Miturheberschaft.

Der Beitrag muss, damit Miturheberschaft eintritt, mit den anderen Beiträgen dergestalt „verschmolzen" sein, dass sich dieser nicht isoliert – wenn auch bloß theoretisch – verwerten lässt.[209]) Miturheberschaft verlangt, dass sich die Beteiligten der Gesamtidee eines einheitlichen Werkes unterordnen,[210]) sodass durch gemeinschaftliches, gewolltes und vor allem eigenschöpferisches Zusam-

199) S dazu ausführlich *Appl*, ZVglRWiss 2014, 444 (451 f).
200) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 7 und 12; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 352. S dazu auch OGH 4 Ob 409/87 – *Codo*, MR 1988, 54 (*Walter*); OGH 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserhaus II*, ÖBl 2003, 142 (*Gamerith*); vgl aber mit aA *Szalai*, UFITA 2012, 5 (11 ff).
201) S dazu oben, I.B.
202) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 8 dUrhG Rz 4; *Hornsteiner* in *Kucsko*, urheber.recht § 11 UrhG, 197.
203) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 9; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 352 f. S auch OGH 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserhaus II*, ÖBl 2003, 142 (*Gamerith*) und BGH I ZR 47/91 – *Buchhaltungsprogramm*, NJW 1993, 3136.
204) *Hornsteiner* in *Kucsko*, urheber.recht § 11 UrhG, 196 f; *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 8; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 356.
205) OGH 4 Ob 229/02h – *Hundertwasserhaus II*, ÖBl 2003, 142 (*Gamerith*).
206) OGH 4 Ob 319/66 – *Viktor Leon*, ÖBl 1966, 121; vgl auch betreffend Pflichtenheft: BGH I ZR 52/83 – *Inkasso-Programm*, GRUR 1985, 1041.
207) OGH 4 Ob 319/66 – *Viktor Leon*, ÖBl 1966, 121.
208) OGH 3 Ob 422/50 – *Scheinmiturheberschaft*, SZ 24/112.
209) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 10; *Hornsteiner* in *Kucsko*, urheber.recht § 11 UrhG, 198; *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 351.
210) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 8 dUrhG Rz 8 f.

menwirken ein einheitliches Werk entsteht. Eine horizontale Arbeitsteilung, bei welcher die Schöpfer nebeneinander auf der gleichen Werkestufe tätig werden, ist dabei ebenso möglich wie eine vertikale Arbeitsteilung, bei der die Schöpfer nacheinander auf unterschiedlichen Werkestufen tätig werden.[211])

Zwischen den Miturhebern entsteht nach hA eine Gesamthandgemeinschaft.[212]) MaW entsteht ein einheitliches Urheberrecht, dessen Inhaber – die Gesamthand – aus mehreren Personen konstituiert ist. Dies bedeutet weiters, dass die Miturheber zwar negatorische Ansprüche autonom durchsetzen können (§ 11 Abs 1 S 1 UrhG), die Entscheidung über die Verwertung aber der Zustimmung sämtlicher Miturheber bedarf (§ 11 Abs 1 S 2 UrhG). Von der Miturheberschaft ist die Teilurheberschaft (§ 11 Abs 3 UrhG) zu unterscheiden. Letztere entsteht, wenn Werke verschiedener Werkarten kombiniert werden (zB Sprachwerke mit Werken der angewandten Kunst, wie zB Fotografien oder Grafiken). Teilurheberschaft bedeutet, dass jeder Teilurheber in seiner Verwertungsmacht von anderen Teilurhebern autonom agieren kann. Es entsteht demgemäß keine gesamthänderische Bindung, die einer Verwertung der einzelnen Teilwerke durch den Teilurheber entgegenstünde; für Teilurheber gilt § 10 UrhG.[213])

Miturheberschaft erfordert nicht die wissenschaftliche Mitwirkung am Erkenntnisgewinn, sondern vielmehr einen eigenschöpferischen Beitrag bei der Dissemination (Publikationen und/oder Vorträge). Miturheber iSd § 11 UrhG müssen nicht zwingend auch Mitautoren iSd § 106 Abs 1 UG 2002 sein und vice versa. Schließlich können zum Kreis der Miturheber auch externe Wissenschaftler, dh nicht Universitätsangehörige iSd § 94 UG 2002, zählen. Für die Publikation wissenschaftlicher Arbeiten, die von mehreren Wissenschaftlern gemeinschaftlich geschaffen wurden und die sowohl § 106 Abs 1 UG 2002 als auch dem Urheberrecht unterliegen, gilt, dass eine Veröffentlichung die Zustimmung *aller* Mitautoren und *aller* Miturheber erfordert.

4. Patentrechtliche Implikationen

Wie für das Urheberrecht ergeben sich auch für das Patentrecht spezifische Implikationen, die vor allem das Erfinderrecht betreffen. Das Erfinderrecht[214]) entsteht durch den Realakt des Findens einer technischen Lehre (Erfindung) in der Person des Erfinders oder Miterfinders.[215]) Es handelt sich dabei um ein *unvollkommen absolutes* Immaterialgüterrecht,[216]) das aus § 4 Abs 1 PatG abgeleitet wird und den Anspruch des Erfinders oder der Miterfinder oder deren Rechtsnachfolger auf Erteilung eines Patents sowie das Erfinderpersönlichkeitsrecht (§ 20 PatG) umfasst.

---

211) *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 8 dUrhG Rz 9; *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG[4] § 8 dUrhG, Rz 3.
212) *Appl*, ZVglRWiss 2014, 444 (451 ff) mwN; s auch OGH 4 Ob 155/01z – *C-Villas*, MR 2001, 311 = ecolex 2001, 923 (*Schanda*).
213) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 11 UrhG Rz 3.
214) S zum Erfinderrecht *Jestaedt*, Patentrecht[2] 173 ff.
215) OPMS Op 5/07, PBl 2008, 146.
216) *Appl*, ZVglRWiss 2014, 444 (455) mwN.

Hinsichtlich des Erfinderrechts gelten die Ausführungen zum Urheberrecht sinngemäß, zumal *Mitautoren* nicht zwingend auch als *Miterfinder* (und umgekehrt) zu qualifizieren sind. Voraussetzung für die Miterfinderschaft ist, dass mehrere Personen gemeinschaftlich an der Lösung eines technischen Problems arbeiten und solcherart eine technische Lehre (er)finden. Als Miterfinder gilt derjenige, der einen schöpferischen Anteil am Erfindungsgedanken hat.[217]) Liegt eine Miterfinderschaft vor, erfordert die Anmeldung zum Patent die Mitwirkung *aller* Miterfinder.[218]) Ein (oder mehrere) Miterfinder allein ist (sind) mangels besonderer Berechtigung grds nicht ermächtigt, die Erfindung zum Patent anzumelden.[219]) Es ist mE auch für das Patentrecht davon auszugehen, dass Miterfinder hinsichtlich des Erfinderrechts – dh vor der Patenterteilung – gesamthandschaftlich verbunden sind, zumal es auch im Patentrecht einen, wenn auch rudimentär ausgeprägten, Schutz der Erfinderpersönlichkeit gibt.[220]) Insofern sind Ausführungen zum Urheberrecht übertragbar.

Im Ergebnis bedeutet dies für die Publikation wissenschaftlicher Ergebnisse, die zugleich eine patentfähige Erfindung darstellen, dass – vorbehaltlich des Aufgriffsrechts nach § 106 Abs 2 UG 2002 – sowohl *alle* Mitautoren als auch *alle Miterfinder* einer den Patentschutz ausschließenden Veröffentlichung der Ergebnisse zustimmen müssen. Ist die Patentanmeldung bereits erfolgt, ist eine Rücksichtnahme auf die Miterfinder und/oder Patentinhaber, die nicht zugleich Mitautoren sind, nicht (mehr) erforderlich.

In diesem Kontext ist freilich zu erwähnen, dass im Fall der Ausübung des Aufgriffsrechts nach § 106 Abs 2 UG 2002 durch die Universität diese mit universitätsfremden Miterfindern Konsens betreffend die Patentanmeldung herzustellen hat.

5. Selbstständiges Veröffentlichen

Die Bestimmung des § 106 Abs 1 S 1 UG 2002 berechtigt zur „selbstständigen" Publikation. Selbstständigkeit[221]) bedeutet dabei (rechtliche) Unabhängigkeit des Universitätsangehörigen von seiner Dienstherrin, der Universität, in Bezug auf seine wissenschaftliche Publikationstätigkeit. Sie ist nicht Voraussetzung, sondern vielmehr Folge eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Arbeitens. Ausdruck dieser Unabhängigkeit ist insb die Freiheit zu entscheiden, in welcher Art und Weise eigene Erkenntnisse veröffentlicht werden. Dies umfasst auch das Recht frei zu entscheiden, ob eine traditionelle entgeltliche Verwertung erfolgt und/oder im Open Access publiziert wird. Konsequenterweise bedeutet Selbstständigkeit in diesem Kontext auch, dass der Berechtigte in wirtschaftlicher Hinsicht auf eigene Rechnung und Gefahr handelt. Folglich hat der Berechtigte sämtliche Kosten der Publikation aus Eigenem zu bestreiten. Umgekehrt stehen ihm aber auch allfällige Erträge, die aus der Publikation herrühren, unmittelbar

217) *Jestaedt*, Patentrecht[2] 182; *Gassauer-Fleissner*, ÖBl 2009, 148 (182).
218) OPMS Op 6/95, PBl 1999, 12.
219) *Friebel/Pullitzer*, Österreichisches Patentrecht[2] § 49 PatG Rz 410.
220) *Appl*, ZVglRWiss 2014, 444 (455 ff).
221) Vgl dazu § 1 UGB: *Straube* in *Straube*, UGB I[4] (46. ErgL) § 1 UGB Rz 56 ff.

und persönlich zu. Werden vom Berechtigten bspw freiwillige universitätsinterne Förderprogramme zur Finanzierung von Publikationen in Anspruch genommen, kann in den Förderbedingungen hinsichtlich allfälliger Erträge selbstverständlich Abweichendes vereinbart werden.

Klauseln in Dienstverträgen, wonach der Dienstnehmer der Universität (als Dienstgeberin) ein ausschließliches Werknutzungsrecht an – wenn auch im Auftrag – geschaffenen Werken einräumt ist, sind wohl betreffend wissenschaftliche oder künstlerische Arbeiten iSd § 106 Abs 1 UG 2002 aus dienstrechtlicher Sicht unwirksam. Hätte der Gesetzgeber den Universitäten eine solche Befugnis zugestehen wollen, hätte er dies – ähnlich dem Aufgriffsrecht nach § 106 Abs 2 UG 2002 – wohl ausdrücklich vorgesehen. Der Gesetzgeber betont aber vielmehr das Recht auf *selbstständige* Veröffentlichung, sodass kein Raum für eine Verwertung durch die Universität verbleibt.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass zwar Forschung und Lehre, nicht aber die Schöpfung oder die Verwertung von Immaterialgütern, zu den genuinen Aufgaben von Universität (§ 3 UG 2002) und ihrem wissenschaftlichen Personal (§ 99 und § 100 UG 2002) zählen. Vor diesem Hintergrund schuldet der Universitätsangehörige im Rahmen seines Dienstvertrags in erster Linie Forschungsbemühen und, im Rahmen forschungsgeleiteter Lehre, das Zugänglichmachen (eigener) wissenschaftlicher Erkenntnis. Letzteres geschieht in den Lehrveranstaltungen oder in Vorträgen. Damit unterscheidet sich aber das Dienstverhältnis des Universitätsangehörigen von anderen Dienstverhältnissen im Hinblick auf die Produktion verwertbarer immaterieller Güter, weil dies nicht Dienstpflicht des wissenschaftlichen Personals ist.[222]) Zu Recht wird daher im Schrifttum einhellig vertreten, dass die Verwertungsbefugnis betreffend wissenschaftliche Werke ihrem Schöpfer vorbehalten bleibt und nicht auf die Universität übergeht.[223])

C. Das Recht auf Nennung als Mitautor

Gemäß § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 sind bei einer Veröffentlichung der Forschungsergebnisse oder der Entwicklung und Erschließung der Künste Universitätsangehörige (§ 94 UG 2002), die einen eigenen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beitrag zu dieser Arbeit geleistet haben, als Mitautoren zu nennen. Zu den Voraussetzungen der Mitautorenschaft und den Modalitäten der Ausübung des Publikationsrechts ist auf die vorangegangenen Ausführungen zu verweisen.

Die Bestimmung des § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 entspricht weitgehend § 24 dHRG,[224]) wonach bei der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen Mitarbeiter, „*die einen eigenen wissenschaftlichen oder wesentlichen sonstigen Beitrag geleistet haben*“, als Mitautoren zu nennen und deren Beiträge, soweit möglich, zu

222) Vgl BGH I ZR 179/82 – *Happening*, GRUR 1985, 529 (*Jacobs*).
223) Vgl mwN zum deutschen Schrifttum *Haberstrumpf*, ZUM 2001, 819 (825 f); *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553).
224) Deutsches Hochschulrahmengesetz idF dBGBl I 1999/18 zuletzt geändert durch dBGBl I 2007/506.

kennzeichnen sind. Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs ist diese Vorschrift deutlich enger als die österreichische Parallelregelung und erfasst nicht schlechthin jeden Universitätsangehörigen, sondern lediglich *Mitarbeiter*. Es ist demnach eine rein dienstrechtliche Vorschrift, die – wie in Österreich – urheberrechtliche Ansprüche flankiert.[225])

Der universitätsrechtliche Anspruch auf Nennung als Mitautor schützt die wissenschaftliche Reputation, die mit der Veröffentlichung von Forschungsergebnissen einhergeht, wovon idR Nachwuchswissenschaftler profitieren.[226]) Die Bestimmung § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 statuiert damit freilich eine akademische Selbstverständlichkeit, die regelmäßig in Universitätsrichtlinien zur Sicherung der guten wissenschaftlichen Praxis ausdrückliche Erwähnung findet.[227]) Ebenso wie das Recht der selbstständigen Publikation eigener wissenschaftlicher Ergebnisse besteht auch das Recht auf Nennung als Mitautor unabhängig davon, ob das gemeinsam geschaffene Arbeitsergebnis selbst immaterialgüterrechtlichen Schutz genießt.

Vor dem Hintergrund der deutschen Urheberrechtslage, insb mit Blick auf § 43 dUrhG und der darin statuierten Sonderregelung für Dienstnehmerschöpfungen, hält *Katzenberger*[228]) für das Urheberrecht fest, dass es nicht im Wesen des wissenschaftlichen Arbeits- oder Dienstverhältnisses gelegen sei, dem Urheber einen Verzicht auf sein Recht auf Namensnennung zuzumuten. Es sei nicht mehr zeitgemäß, dem angestellten wissenschaftlichen Autor zu unterstellen, dass er stillschweigend damit einverstanden sei, dass ein anderer – zB der Vorgesetzte – entgegen der tatsächlichen Verhältnisse als Mit- oder Alleinurheber benannt werde. Dass dies überhaupt möglich ist, führt *Katzenberger* auf die im wissenschaftlichen Bereich bestehenden Abhängigkeitsverhältnisse zurück. Er spricht in diesen Fällen daher völlig zu Recht von einem *Missbrauch*. Diesem – sicherlich auch in der österreichischen akademischen Welt nicht unüblichen – Missbrauch hat der Gesetzgeber im Bereich der universitären Forschung zumindest einen universitätsrechtlichen Riegel vorgeschoben, wenngleich eine § 43 dUrhG vergleichbare allgemeine Regelung im österreichischen Urheberrecht fehlt.

Alle Mitautoren (§ 106 Abs 1 S 2 UG 2002) und *alle* Miturheber (§ 11 iVm § 20 UrhG) haben ein Recht auf Namensnennung. Aus urheberrechtlicher Sicht kann auf das Recht auf Namensnennung (§ 20 UrhG) ausdrücklich oder konkludent rechtswirksam verzichtet werden.[229]) Ein Verzicht wird mE auch hinsichtlich des universitätsrechtlichen Nennungsrechts wirksam möglich sein, sofern er freiwillig, ausdrücklich[230]) und in Kenntnis eines konkreten Sachverhalts erfolgt; ein Vorabverzicht betreffend unbestimmte künftige wissenschaftliche Arbeiten

225) *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG[4] § 43 dUrhG Rz 36; *Rojahn* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 43 dUrhG Rz 134.
226) Vgl *Mönch/Nödler* in *Spindler*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen 34.
227) S bspw die RL der Universität Wien betreffend die Ombudsstelle der Universität Wien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis, Mitteilungsblatt vom 31. 1. 2006, 15. Stück.
228) *Katzenberger*, GRUR 1984, 319 (322).
229) *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 20 UrhG Rz 5.
230) *Katzenberger*, GRUR 1984, 319 (322).

wird daher unzulässig sein und würde dem Zweck des § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 klar zuwiderlaufen. Wenngleich die Nennung als Mitautor unabhängig von der Nennung als Miturheber dem Betreffenden zusteht, wird bei Mitautoren und Miturhebern – insb im sozial- und geisteswissenschaftlichen Bereich – häufig Identität vorliegen.

Die Art und Weise der Namensnennung (insb die Reihenfolge) ergibt sich aus den Gepflogenheiten der jeweiligen Wissenschaftsdisziplin. Eine Unterscheidung in *Mitautoren* – Universitätsangehörige, die einen wissenschaftlichen Beitrag zur Forschungsarbeit und/oder zu deren Dissemination geleistet haben – und *Miturheber* – Mitwirkende an der Dokumentation der Ergebnisse als wissenschaftliches Werk – ist in der Praxis kaum vorzufinden. Zu betonen ist jedoch, dass der urheberrechtliche Anspruch auf Namensnennung, im Unterschied zu § 106 Abs 1 S 2 UG 2002, eine dingliche Befugnis darstellt und auch gegen bloße Mitautoren, die nicht zugleich Miturheber sind, durchsetzbar ist. Dies kann uU dann zu Konflikten führen, wenn externe (internationale) Wissenschaftler mitwirken, die kein Interesse daran haben, alle nach § 106 Abs 1 S 2 UG 2002 Berechtigten – etwa einen Studierenden – zu benennen. Eine konsensuale Vorgehensweise von Mitautoren und Miturhebern ist daher (auch rechtlich) geboten. Schließlich darf das universitätsrechtliche Nennungsrecht auch nicht einseitig dergstalt ausgehöhlt werden, dass sich der die Publikation betreibende Hauptautor mit einer „Danksagung" an die weiteren Mitautoren in der Fußnote begnügt.[231])

Mit Blick auf das Patentrecht ist festzuhalten, dass gemäß § 20 PatG – als Ausdruck des Erfinderpersönlichkeitsrechts – alle Miterfinder ein *Recht auf Nennung im Patentregister* haben. Der Kreis dieser Miterfinder ist, wie bereits ausgeführt, idR enger als jener der Mitautoren nach § 106 Abs 1 S 2 UG 2002. Insoweit tritt hinsichtlich der „Publikation" im Patentregister der universitätsrechtliche Nennungsanspruch hinter zwingende patentrechtliche Vorgaben, namentlich dem Schutz der Erfinderehre, zurück.

D. Zur Rechtsnatur des § 106 Abs 1 UG 2002 und seiner Durchsetzung

Die in § 106 Abs 1 UG 2002 statuierten subjektiven Rechte, namentlich das Publikationsrecht und das Recht auf Nennung als Mitautor, gehen dienstrechtlichen Vorschriften vor. Folglich dürfen weder Weisungen noch andere dienstrechtliche Maßnahmen eine selbstständige Publikation oder die Nennung von Mitautoren behindern.[232]) Die selbstständige Publikation oder die Nennung als Mitautor bedarf keiner Zustimmung oder Weisung des Dienstvorgesetzten.[233]) Genehmigungsvorbehalte oder gar eine „wissenschaftliche Zensur" durch Dritte (insb Fördergebern[234])) sind ebenso wenig mit § 106 Abs 1 UG 2002 vereinbar.[235])

231) Vgl *Leuze*, GRUR 2006, 552 (553).
232) Vgl *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.2.
233) Vgl *Perthold-Stoitzner*, UG 2002[3] § 106 UG Rz 1.
234) S dazu oben III.A.
235) *Grimm* in *Pfeil*, Personalrecht an Universitäten § 106 UG Rz 3.

Mit *Ch. Nowotny* ist davon auszugehen, dass § 106 Abs 1 UG 2002 zunächst nur die Beziehung zwischen Universität und Universitätsangehörigen betrifft und daher der in seinen Rechten verkürzte Universitätsangehörige seine Ansprüche nur gegen die Universität unmittelbar geltend machen kann. *Ch. Nowotny* lehnt etwa mit Blick auf das Recht der Nennung als Mitautor eine unmittelbare Inanspruchnahme des die Publikation betreibenden Autors auf Basis des § 106 Abs 1 UG 2002 ab. Vielmehr obliege es der Universität,[236]) durch dienstrechtliche Maßnahmen dem Anspruch des Mitautors zur Durchsetzung zu verhelfen. ME kann jedoch der die Publikation betreibende (Haupt)autor, der entgegen § 106 Abs 1 UG 2002 die Mitautorennennung in subjektiv vorwerfbarer Weise unterlässt, vom verkürzten Mitautor auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Insofern ist § 106 Abs 1 UG 2002 auch als Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) zu deuten, das die mit der Veröffentlichung verbundene und für eine wissenschaftliche Karriere bedeutsame Reputation zugunsten all jener Personen sichert, die einen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beitrag geleistet haben. Insofern leitet *Grimm* aus § 106 Abs 1 UG 2002 auch zutreffend die Pflicht der Hauptautoren ab, all jene Universitätsangehörigen, die einen „*wesentlichen Beitrag zur Publikation*" geleistet haben, entsprechend als Mitautoren zu nennen.

E. Sonderfall: Computerprogramme und Datenbanken als Ergebnis wissenschaftlicher Forschung

Eine Sonderstellung nehmen in diesem Zusammenhang, Computerprogramme und Datenbanken ein, die Ergebnis wissenschaftlicher Forschung sind. Hier ergibt sich insofern ein Problem, als das Urheberrecht im Fall von sogenannten Dienstnehmerschöpfungen zwar originär dem Dienstnehmer, aber sämtliche Verwertungsrecht ex lege dem Dienstgeber eingeräumt werden.

Computerprogramme[237]) und Datenbanken[238]) können bei Vorliegen der (nicht allzu strengen) Schutzvoraussetzungen urheberrechtlichen Schutz genießen. Gemäß § 40b UrhG steht, im Unterschied zum urheberrechtlichen Grundmodell (§§ 10 f UrhG), mangels abweichender Vereinbarung ausnahmsweise dem Dienstgeber das Werknutzungsrecht (dh die ausschließliche Verwertungsbefugnis) an Computerprogrammen zu, die der Dienstnehmer „*in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten*" geschaffen hat. Die in § 40b UrhG umgesetzte Computerprogramm-RL[239]) spricht hier von Programmen, die der Urheber „*in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen*" hat. Dasselbe gilt wegen § 40 f Abs 3 UrhG auch für Datenbankwerke. Das sind Datenbanken, die infolge der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigentümliche geistige Schöpfung darstellen. Ferner genießt derjenige, der für die Datenbank eine „*wesentliche Investition*" getätigt hat (Datenbankhersteller), den vergleichbaren Schutz nach §§ 76c ff UrhG. Das Datenbankherstellerrecht

236) *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.2.
237) *Wiebe* in *Kucsko*, urheber.recht § 40a UrhG, 556 ff.
238) *Dittrich* in *Kucsko*, urheber.recht § 40 f UrhG, 601 ff.
239) RL 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABl L 2009/111, 16.

kann parallel aber jedenfalls autonom vom Datenbankurheberrecht bestehen. Anders als im Patentrecht bedarf es bei Computerprogrammen und Datenbanken keiner „Aufgriffserklärung"; dem Dienstgeber kommen die Verwertungsrechte bereits nach dem Gesetz zu. Im universitären Bereich ergeben sich aus § 106 Abs 1 UG 2002 keine Abweichungen von diesen Regeln.[240]) Im Lichte richtlinienkonformer Auslegung (Art 3 Abs 2 Computerprogramm-RL) kann § 106 Abs 1 UG 2002 auch nicht in dem Sinn als lex specialis zu § 40b UrhG angesehen werden, dass der Rechteerwerb völlig verdrängt wird.[241])

Damit scheinen Universitätsangehörige, die Dienstnehmer der Universität sind und deren wissenschaftliche Arbeit in urheberrechtlich geschützte Computerprogramme oder Datenbanken münden, gegenüber universitären Urhebern anderer Werkarten benachteiligt, gehen doch die Verwertungsrechte automatisch auf die Universität über.

Allerdings setzt § 40b UrhG voraus, dass das Computerprogramm oder iVm § 40f UrhG die Datenbank in Erfüllung dienstlicher Obliegenheiten des Dienstnehmers geschaffen wurde. Unter dienstlichen Obliegenheiten sind Anweisungen des Dienstgebers sowie alles zu verstehen, was durch einzel- oder kollektivvertragliche Regelungen vereinbart wurde sowie zum typischen Berufsbild zählt. Nach hA wird ein *enger innerer Zusammenhang* zwischen Dienstpflicht und Schöpfung verlangt.[242]) Die bloße Verwendung von Betriebsmitteln des Dienstgebers reicht nicht aus.[243]) Damit ist klar, dass außerdienstliche Programmierleistungen eines Dienstnehmers nicht erfasst sind.

Für das wissenschaftliche Universitätspersonal zählt das Erstellen von Computerprogrammen oder Datenbanken nicht zu den dienstlichen Obliegenheiten. Insofern hat § 40b UrhG idR nur für das allgemeine Personal, etwa die Mitarbeiter des universitätsinternen Informatikdienstes, Relevanz.[244]) Soweit Mitglieder des wissenschaftlichen Universitätspersonals bloß anlässlich der Erfüllung dienstlicher Obliegenheiten (Forschung und Lehre) ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk schaffen, obliegt die Verwertung nach allgemeinen Grundsätzen allein dem Urheber.[245]) Denn insb bei Begleitprodukten wissenschaftlicher Tätigkeit, die aus eigenem Antrieb geschaffen wurden, besteht kein enger innerer Zusammenhang mit dienstlichen Obliegenheiten.

Dies spiegelt sich auch in der Rsp des OGH wider: Es besteht kein Werknutzungsrecht zu Gunsten der Universität, wenn ein Universitätsassistent, der insb zur Abhaltung von Übungen für Studierende und zur Erstellung von Prüfungsfällen angestellt ist, für seine Lehrtätigkeit ein entsprechendes Computerprogramm aus eigenem Antrieb und ohne dienstliche Verpflichtung erstellt. Eine solche Leistung ist nicht Teil einer *„weisungsgebundenen Arbeitsleistung, die, einge-*

240) S dazu die ErläutRV 1134 BlgNR 21. GP, wonach § 106 UG 2002 keine vom Urheberrecht abweichenden Bestimmungen statuiert; vgl auch *Leuze*, GRUR 2006, 552 (558).
241) Insofern verfehlt *Titscher* zfhr 2008, 171 (174 f).
242) *Wiebe* in *Kucsko*, urheber.recht § 40b UrhG, 570.; vgl auch *Ciresa*, Urheberrecht (17. ErgL) § 40b UrhG Rz 25 ff; *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 69b dUrhG Rz 6.
243) MwN *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht[4] § 69b dUrhG, Rz 9.
244) *Ch. Nowotny* in *Mayer*, UG[2.03] § 106 UG Rz I.1.
245) Vgl *Rojahn* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG[4] § 43 dUrhG Rz 131 ff.

bettet in den betrieblichen Organismus und auf wirtschaftliches Risiko des Arbeitgebers, erbracht worden ist." Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Entwicklung durch das dienstliche Umfeld angeregt und durch Erfahrungen bzw Hilfsmittel des Dienstgebers wesentlich erleichtert wurde.[246])

Erstellt jedoch ein Mitglied des wissenschaftlichen Universitätspersonals auf Weisung oder im Auftrag des Dienstgebers schutzfähige Werke, etwa eine E-Learning-Software, kommt § 40b UrhG uneingeschränkt zur Anwendung.

F. Verlagsvertrag und Zweitverwertung

1. Verlagsvertrag

Der Verlagsvertrag (§ 1172 ABGB) ist ein formfreier Konsensualvertrag zwischen dem Autor oder den Mitautoren und einem Verlag. Gegenstand dieses Vertrags ist, im wissenschaftlichen Kontext, die Übernahme eines Manuskripts mit dem Zweck dieses der Öffentlichkeit (mittels Vervielfältigung und Verbreitung) auf eigene Rechnung zugänglich zu machen. Unterliegt das Manuskript (hier das Ergebnis wissenschaftlicher Arbeit) urheberrechtlichem Schutz, hat im Verlagsvertrag eine Rechteeinräumung zu erfolgen. IdR wird dem Verlag dabei ein (ausschließliches) Werknutzungsrecht eingeräumt, wodurch sich der Urheber oder die Miturheber von der (weiteren) Verwertung des Manuskripts selbst ausschließt und diese exklusiv dem Verlag überträgt. Häufig werden dabei sämtliche Rechte (§§ 14 – 18a UrhG) erfasst, sodass den Urhebern – abgesehen von den freien Werknutzungen – kein Raum für eine eigene Verwertung verbleibt. Mitunter üblich sind aber Vereinbarungen dahin, dass Verlage den Urhebern die (nicht-ausschließliche) Möglichkeit zur nicht-kommerziellen Verwertung (etwa durch Onlinestellen auf der Website des Wissenschaftlers) einräumen. Es besteht dabei ganz allgemein ein großer vertraglicher Gestaltungsspielraum, wenngleich nur selten auf Augenhöhe verhandelt wird und regelmäßig große Abhängigkeiten existieren.

Häufig räumen Autoren ihrem Verleger ein ausschließliches Werknutzungsrecht ein. Damit geht grds eine *Enthaltungspflicht* des Urhebers oder der Miturheber einher.[247]) Diese Enthaltungspflicht unterliegt jedoch einer wichtigen Einschränkung: Der Gegenstand der wissenschaftlichen Arbeit (Thesen, Theorien, Erkenntnisse usw) ist in seinem abstrakten Informationsgehalt, wie bereits ausführlich dargelegt, urheberrechtsfrei und kann von jedermann aufgegriffen werden. Folglich reicht die Enthaltungspflicht nicht soweit, dass dem Wissenschaftler die Nutzung seiner eigenen Erkenntnisse pro futuro verboten wäre. Der Wissenschaftler hat sich lediglich der Verwertung der im Manuskript niedergelegten Dokumentation seiner Erkenntnisse, also der konkreten Ausdrucksform, zu enthalten.[248])

246) OGH 4 Ob 65/92 – *Übungsprogramm*, SZ 65/89 = MR 1992, 244 (*Walter*) = ÖBl 1992, 281.
247) *Büchele* in *Kucsko*, urheber.recht § 24 UrhG, 364.
248) Vgl *Wegner* in *Ahlberg/Götting*, BeckOK UrhR[8] § 2 VerlG Rz 14.

Sind am Manuskript *mehrere Miturheber* gemeinschaftlich oder *Teilurheber* (§ 11 Abs 3 UrhG) beteiligt, bedarf die Verwertung durch den Verlag (allein) der Zustimmung sämtlicher Miturheber (§ 11 Abs 1 UrhG) und Teilurheber (§ 10 UrhG). Demgegenüber ist aus Sicht des Verlags völlig unerheblich, wer als universitätsrechtlicher Mitautor gilt. Damit ist beim Verlagsvertrag sicherzustellen, dass sämtliche verfügungsberechtigten Miturheber, deren Rechtsnachfolger oder Werknutzungsberechtigte zustimmen und sich idealerweise bereits auf die Art und Weise der Ausübung des urheberrechtlichen Namensnennungsrecht nach § 20 UrhG im Lichte des § 106 Abs 1 UG 2002 geeinigt haben. Die Zustimmung von Mitautoren, die nicht zugleich Miturheber sind, ist aus urheberrechtlicher Sicht unerheblich.

Von der Enthaltungspflicht sind *Konkurrenzklauseln* strikt zu unterscheiden. Die Klausel, wonach sich der Autor zur Unterlassung von konkurrierenden Publikationen verpflichtet, ist rein schuldrechtlicher Natur; eine Missachtung stellt keine Urheberrechtsverletzung wohl aber eine Verletzung von vertraglichen Pflichten dar, die Schadenersatzansprüche auslösen kann.

2. Zweitverwertung wissenschaftlicher Werke

In Deutschland ist im Zuge der Umsetzung der Verwaiste-Werke-RL ein unabdingbares Zweitverwertungsrecht zugunsten bestimmter Urheber wissenschaftlicher Beiträge eingeführt worden (§ 38 Abs 4 dUrhG) und am 1. 1. 2014 in Kraft getreten. Danach hat 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*“, das unabdingbare Recht auf Online-Zweitveröffentlichung (Öffentliches Zugänglichmachen nach § 19a dUrhG) dieses Beitrags. Dies gilt auch dann, wenn der Urheber an dem Beitrag ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat.[249]) Das Zweitverwertungsrecht unterliegt vielfältigen Einschränkungen: Die Zweitverwertung ist a) nur dem Urheber,[250]) b) nur an Beiträgen, die aus überwiegend mit öffentlichen Mitteln geförderter Forschungstätigkeit herrühren, c) erst nach Ablauf von 12 Monaten ab Erstveröffentlichung (Embargofrist), d) nur in der „akzeptierten Manuskriptform“, e) nur[251]) durch öffentliches Zugänglichmachen (§ 19a dUrhG) und f) nur zu nicht kommerziellen Zwecken gestattet. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. In dogmatischer Hinsicht ist das Zweitverwertungsrecht eine zwingende Beschränkung des Urhebervertragsrechts[252]) und keine freie Werknutzung.[253])

249) *Wiebe* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3] § 38 dUrhG Rz 5; *Soppe* in *Ahlberg/Götting*, BeckOK UrhR[8] § 38 dUrhG Rz 74.
250) *Soppe* in *Ahlberg/Götting*, BeckOK UrhR[8] § 38 dUrhG Rz 73.
251) *Soppe* in *Ahlberg/Götting*, BeckOK UrhR[8] § 38 dUrhG Rz 74.
252) Bundestagdrucksache BT 17/13423, 10; *Wiebe* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien[3] § 38 dUrhG Rz 6.
253) Bundestagsdrucksache 17/13423, 10; *Soppe* in *Ahlberg/Götting*, BeckOK UrhR[8] § 38 dUrhG Rz 73.

Im deutschen Schrifttum zu § 38 Abs 4 dUrhG steht, soweit nicht bereits die Zulässigkeit eines Zweitverwertungsrechts im Grundsatz abgelehnt wird,[254]) vor allem der enge Anwendungsbereich der Norm im Schlaglicht der Kritik. Dabei leuchtet die Anknüpfung an öffentlich geförderte Forschungstätigkeit besonders heraus. Darunter sind ausweislich der Mat im Grunde nur zwei Arten von Forschungstätigkeit zu verstehen, namentlich jene, *„die im Rahmen der öffentlichen Projektförderung oder an einer institutionell geförderten außeruniversitären Forschungseinrichtung durchgeführt wird.“*[255]) Wenngleich die Einführung des Zweitverwertungsrechts damit begründet wurde, dass ein freier Zugang zu Wissen die Grundlage für positive gesamtwirtschaftliche Effekte darstelle (Steigerung der Innovationskraft), wird zugleich die grundlegende Einschränkung auf öffentlich geförderte Forschung vorgenommen. Dies deshalb, weil in den genannten Bereichen *„das staatliche Interesse an einer Verbreitung der Forschungsergebnisse besonders hoch ist.“*[256]) Damit ist hingegen die rein universitäre Forschung, die ohne (öffentliche) Drittmittel auskommt, nicht vom Anwendungsbereich des § 38 Abs 4 dUrhG erfasst. Diese Beschränkung wird im Schrifttum vielfach kritisiert; verschiedentlich wird sogar vertreten, dass eine weite Auslegung angezeigt und folglich jedwede überwiegend öffentlich finanzierte Forschung erfasst sei.[257]) Ebenfalls im Schlaglicht der Kritik steht, dass die Zweitverwertung nur in der „akzeptierten Manuskriptform“, nicht aber in der tatsächlich publizierten Verlagsversion – dh im Format der Erstveröffentlichung – erfolgen darf.[258]) Damit wird zwar dem Bedürfnis der Wissenschaft an einem freien Zugang zur Information Rechnung getragen. Für eine wissenschaftliche Folgennutzung ist die Zweitveröffentlichung jedoch insofern nutzlos, als ein korrektes Zitieren den Rückgriff auf die Verlagsversion erfordert.[259]) *Wandtke/Grunert*[260]) und *Bruch/Pflüger*[261]) plädieren jedoch überzeugend dafür, dass auch eine zitierfähige, mit der publizierten Verlagsversion inhaltsgleiche Fassung dem Zweitverwertungsrecht unterliegt; andernfalls liefe das Zweitverwertungsrecht ins Leere.

Mit der Urh-Nov 2015[262]) wird vor dem Hintergrund der – kontrovers diskutierten – deutschen Rechtslage auch im österreichischen Urheberrecht ein Zweitverwertungsrecht für wissenschaftliche Beiträge („Green Road Open Access“) verankert.[263]) Nach der Bestimmung des § 37a UrhG nF hat 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 erschei-*

254) S dazu mit verfassungs- und europarechtlichen Bedenken; *Sprang*, ZUM 2013, 461; *Klass*, GRURInt 2013, 881; *Hirschfelder*, MMR 2009, 444.
255) Bundestagsdrucksache 17/13423, 9, 14.
256) Bundestagsdrucksache 17/13423, 9.
257) *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht[4] § 38 dUrhG Rz 20.
258) Bundestagsdrucksache 17/13423, 14.
259) *Peifer*, NJW 2014, 6 (11); *Sandberger*, ZUM 2013, 466 (470).
260) *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht[4] § 38 dUrhG Rz 23; s auch *Heckmann/Weber*, GRURInt 2006, 995 (999).
261) *Bruch/Pflüger*, ZUM 2014, 389.
262) ErläutRV Urh-Nov 2015, 687 BlgNR 25. GP.
263) Die Mat verweisen ausdrücklich auf die Vorbildbestimmung des § 38 Abs 4 dUrhG: ErläutRV Urh-Nov 2015, 687 BlgNR 25. GP 4.

nenden Sammlung erschienen ist", das unabdingbare Recht, den Beitrag nach Ablauf einer Embargofrist von 12 Monaten in der „*akzeptierten Manuskriptfassung*" unter Angabe der Quelle der Erstveröffentlichung „*öffentlich zugänglich zu machen*".

Der Anwendungsbereich des § 37a UrhG nF unterscheidet sich zwar von der deutschen Vorbildbestimmung, ist aber – angesichts der erklärten Zielsetzung – zu eng gefasst und vermag nicht zu überzeugen. Vielfach beruht die Dissemination wissenschaftlicher Forschung auf Zusammenarbeit mehrerer Forscher und gerade in diesen Fällen wird die Neuregelung vielfach unanwendbar bleiben: Die Bestimmung des § 37a UrhG nF stellt auf Angehörige des wissenschaftlichen Personals einer zumindest zur Hälfte öffentlich finanzierten Forschungsstätte ab. Das UG 2002 untergliedert ganz allgemein die Gesamtheit der Universitätsangehörigen (§ 94 UG 2002) insbesondere in das allgemeine Personal, Studierende und das wissenschaftliche Personal. In Zusammenschau mit § 37a UrhG nF bedeutet dies, dass nur Beiträge von Angehörigen der letzten Gruppe (§§ 97 ff UG 2002) privilegiert sind. Dies kann im Fall der gemeinschaftlichen Dissemination von Forschungsergebnissen insbesondere dann problematisch werden, wenn etwa an einem wissenschaftlichen Beitrag Miturheberschaft (§ 11 UrhG) zu Gunsten eines Studierenden und eines Angehörigen des wissenschaftlichen Personals entsteht. In diesem Fall wird das Zweitverwertungsrecht des § 37a UrhG nF ebenso wenig anwendbar sein, wie im Fall der zur Miturheberschaft führenden Kooperation zwischen Wissenschaftlern von überwiegend öffentlich-finanzierten Forschungseinrichtungen mit Wissenschaftlern privat finanzierter Einrichtungen (zB in- oder ausländische Privatuniversitäten). Zudem ist fraglich, ob auch Angehörige von ausländischen Forschungseinrichtungen, die nur im Ausland öffentliche Mittel beziehen, durch §37a UrhG privilegiert werden. Schließlich sind Publikationen rein privater wissenschaftlicher Arbeiten gänzlich von der vorgeschlagenen Privilegierung ausgenommen. Folglich könnte etwa ein Rechtsanwalt mit Lehrauftrag an einer öffentlich finanzierten Forschungseinrichtung im Hinblick auf seine Publikationen in das Zweitverwertungsrecht optieren, wenn dieser seine Beiträge *als* Angehöriger des wissenschaftlichen Personals der Forschungseinrichtung verfasst. Demgegenüber sind wissenschaftliche Beiträge von Urhebern ohne Bezug zu solchen Forschungseinrichtungen keinesfalls privilegiert. Eine Zweitverwertung bedarf im Fall der Unanwendbarkeit des § 37a UrhG nF einer „Rücklizensierung" durch den Verleger. Das Allgemeininteresse einer wissensbasierten Gesellschaft an einem freien Zugang zu wissenschaftlicher Erkenntnis besteht aber unabhängig davon, ob die Forschungsergebnisse aus einer überwiegend privat oder überwiegend staatlich finanzierten Forschungseinrichtung stammen. Damit überzeugt die Wertung des § 37a UrhG nF nicht. Auch bleiben die Mat eine sachliche Rechtfertigung für die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs und die daraus resultierende Differenzierung schuldig.

Anders als die deutsche Vorbildbestimmung ermöglicht § 37a UrhG nF ein „öffentlich *zugänglich* machen" des Beitrags und ist nicht auf eine Online-Zweitverwertung iSd § 18a UrhG (arg „öffentlich zur *Verfügung* stellen") beschränkt. Unklar ist indes, ob § 37a UrhG nF auch die für ein Zugänglichmachen erforderlichen Vervielfältigungshandlungen mitumfasst, zumal § 42 UrhG nicht einschlägig sein wird.

Die Zweitverwertung darf nach § 37a UrhG nF nur erfolgen, soweit damit kein „gewerblicher Zweck" verfolgt wird. Eine Definition des „gewerblichen Zwecks" fehlt im UrhG; auch die Mat enthalten keine weiteren Anhaltspunkte.[264]) Damit stellt sich zunächst die Frage, ob zwischen „nicht kommerziellen Zwecken" (vgl § 42 UrhG) und „nicht gewerblichen Zwecken" ein Unterschied besteht oder ob diese Wendungen synonym zu verstehen sind. Aus den Mat zu § 38 dUrhG, der ebenfalls auf „gewerbliche Zwecke" Bezug nimmt, geht hervor, dass abweichend vom gewerbe- oder steuer- rechtlichen Gewerbebegriff jede Handlung (Zugänglichmachung iSd § 19a UrhG) erfasst sei, *„die mittelbar oder unmittelbar der Erzielung von Einnahmen dient"* oder *„die im Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit steht."*[265]) Dieses weite Verständnis ist – auch für die Auslegung des § 37a UrhG nF – problematisch und abzulehnen: Die Bestimmung des § 37a UrhG nF ist in erster Linie dem Interesse am wissenschaftlichen Fortschritt durch freie Zugänglichkeit zu wissenschaftlicher Erkenntnis geschuldet und dient (völlig zu Recht) keinesfalls dazu, dem Urheber eine (neue oder zusätzliche) Einnahmenquelle zu erschließen. Der Ausschluss kommerzieller Zwecke darf aber nicht dermaßen weit ausgelegt werden, dass jedweder Bezug zu einer Erwerbstätigkeit schadet; ein solches Ergebnis wäre überschießend und würde letztlich den intendierten Zweck vereiteln. ME ist der Begriff des gewerblichen Zwecks dahin zu verstehen, dass mit einer Zweitverwertung weder die Erzielung von direkten Einnahmen bezweckt noch tatsächlich bewirkt werden darf. Dass aber ein publizierender Wissenschaftler beruflich motiviert handelt und damit indirekt eigene (auch wirtschaftliche) Zwecke verfolgt, steht mE einer Anwendung des § 37a UrhG nF nicht entgegen;[266]) andernfalls wäre der Bestimmung jedweder praktische Anwendungsbereich genommen.[267])

Im Übrigen wird die Attraktivität der Zweitverwertung deutlich darunter leiden, dass – nicht einmal in Bezug auf den deutschsprachigen Markt – einheitliche Rahmenbedingungen dafür herrschen. Vor dem Hintergrund des Territorialitätsprinzips laufen daher Wissenschaftler bei einer (in der Regel international ausgerichteten) Zweitverwertung im Internet Gefahr, ausschließliche Rechte des (ansonsten idR exklusiv) berechtigten Verlags in Drittländern zu verletzen. Insofern wird bei einer Zweitverwertung durch entsprechende technisch-organisatorische Maßnahmen sicherzustellen sein, dass nur der nationale Markt adressiert wird.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die urheberrechtlich relevante Weiternutzung von Manuskripten (iSv Pre-Prints), die als Working Papers in öffentlich zugängliche Repositorien (zB SSRN) eingespeichert sind, mitunter problematisch werden kann. Dazu ist anzumerken, dass bereits erteilte Werknutzungsbewilligungen von einer späteren Einräumung eines Werknutzungsrechts unberührt bleiben; diese Rechte „belasten" vielmehr das später eingeräumte Werknutzungsrecht (§ 24 Abs 2 UrhG).[268]) Werden etwa Pre-Prints vor Erteilung

264) Vgl aber Bundestagsdrucksache 17/13423, 14.
265) Vgl aber Bundestagsdrucksache 17/13423, 14.
266) Vgl dazu § 42 Abs 2 UrhG: *Walter*, HdB Urheberrecht I Rz 1011.
267) Vgl *Wandtke/Grunert* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht[4] § 38 dUrhG Rz 20.
268) *Büchele* in *Kucsko*, urheber.recht § 24 UrhG, 365.

eines Werknutzungsrechts online zu Verfügung gestellt oder sonst zugänglich gemacht, bleibt diese Nutzung von einer späteren verlagsmäßigen Verwertung unberührt. Jedoch ist der Verlag – unter dem Blickwinkel der Gewährleistung – auf das Bestehen von diesbzl Werknutzungsbewilligungen aufmerksam zu machen, zumal dies die verlagsmäßige Verwertung beeinträchtigen könnte.

IV. Fazit

Universitäre Forschung und ihre Dissemination unterliegen in vielfältiger Weise immaterialgüter- und universitätsrechtlichen Vorgaben, die nicht völlig frei von Wertungswidersprüchen sind. So unstrittig der Grundsatz, das Wissen „frei" ist, sein mag, zeigen Urheber- und Patentrecht in einer Gesamtbetrachtung relevante Einschränkungen für den wissenschaftlichen Betrieb auf. Dabei zeigt sich, dass nicht nur in wissenschaftlicher sondern auch in immaterialgüterrechtlicher Hinsicht eine Abhängigkeit zwischen neuen und vorbestehenden Leistungen (Werke und Erfindungen) besteht. Die Benutzung vorbestehender Leistungen ist – selbst für wissenschaftliche Aufgaben – nicht frei, sondern unterliegt neben sozialen Normen (Good Scientific Practice) vielfach zwingenden immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen, die eine Nutzung mitunter signifikant beschränken.

Die Dissemination eigener wissenschaftlicher Leistungen von Universitätsangehörigen behält das UG 2002 im Grundsatz den jeweiligen Autoren oder Mitautoren vor. Diese haben gegenüber der Universität ein Recht auf selbstständige Publikation und Autorennennung. Die universitätsrechtlichen Ansprüche weichen von den – parallel und vollumfänglich geltenden – immaterialgüterrechtlichen Rahmenbedingungen deutlich ab, was sich vor allem im persönlichen Anwendungsbereich der jeweiligen Regelungen widerspiegelt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es rechts- und wissenschaftspolitisch geboten, die universitäre Forschung und ihre Lehre im Immaterialgüterrecht – und nicht bloß in einzelnen Teilbereichen – neu zu positionieren. Diese Neupositionierung erfordert eine klare Konzeption, die einerseits neuen technischen Rahmenbedingungen (Digitalisierung und Vernetzung in Wissenschaft und Lehre) und andererseits dem Allgemeininteresse an leichtem Zugang zu wissenschaftlicher Erkenntnis Rechnung trägt.