

# Das Zweitverwertungsrecht der Urheber nach 15 Jahren (Teil II)

## Überlegungen zu § 31 a UrhG

**BEITRAG.** Teil II der Beitragsserie über den mit der UrhR-Nov 2021 neu eingeführten § 31 a UrhG<sup>1)</sup> befasst sich mit der in seinem Abs 3 geregelten Ausnahme, wonach das Zweitverwertungsrecht nicht gelten soll für Werke, die im Rahmen von Arbeitsverhältnissen geschaffen wurden. **ecolex 2024/242**



Univ.-Prof. MMag. Dr. **Philipp Homar** ist Universitätsprofessor für Intellectual Property an der JKU Linz und Leiter des LIT Law Labs sowie Universitätsprofessor für Immaterialgüterrecht an der WU Wien.  
Mag.<sup>a</sup> **Ines Karollus** ist Universitätsassistentin am Lehrstuhl für Intellectual Property an der JKU Linz.

### A. Ausnahme für Arbeitsverhältnisse

Das Recht des Urhebers, der ein Werknutzungsrecht gegen pauschale Vergütung eingeräumt hat, sein Werk nach 15 Jahren anderweitig zu verwerten, enthält in § 31 a Abs 3 UrhG eine Reihe von Ausnahmen. Etwa erstreckt es sich nicht auf ein Werk, welches „im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geschaffen wurde“.<sup>2)</sup> Fraglich ist dabei insb, ob damit nur Werke von echten Arbeitnehmern (AN) oder auch Werke von freien Dienstnehmern (DN) oder Werkunternehmern vom Zweitverwertungsrecht ausgenommen sind. Relevant ist dies etwa im Bereich der Berufsfotografie und der kommerziellen Kommunikation, da Berufsfotografen, Mitarbeiter in Werbeagenturen oder sonstige Content-Kreatoren (zB Influencer) oftmals als freie DN oder im Rahmen eines Werkvertrags tätig werden. Sind diese Werke nicht von der Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG erfasst, wäre eine dauerhafte Einräumung exklusiver Nutzungsrechte in diesen Fällen erst nach fünf Jahren möglich und bedürfte einer gesonderten schriftlichen Vereinbarung.<sup>3)</sup> Dementsprechend ist zu ermitteln, welche Arbeitsleistungen betreffende Vertragstypen die Ausnahmebestimmung adressiert.

#### 1. Ausgangspunkt: Arbeitsverhältnis als Begriff des Arbeitsrechts

Die Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG stellt auf den Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ ab.<sup>4)</sup> Der allgemeine Sprachgebrauch bedingt dabei noch keine zwingende Einschränkung auf bestimmte Dienstverhältnisse.<sup>5)</sup> Anders ist dies aber, wenn man das Arbeitsverhältnis als Rechtsbegriff<sup>6)</sup> im arbeitsrechtlichen Kontext (zB § 1 Abs 1 ArbVG und § 1 Abs 1 AVRAG) betrachtet: Auch dabei wird darauf hingewiesen, dass auf freien Dienstverträgen oder Werkverträgen beruhende Beschäftigungsverhältnisse sich durchaus begrifflich als Arbeitsverhältnis erfassen ließen.<sup>7)</sup> Allgemein werden unter Arbeitsverhältnissen iSd § 1 Abs 1 ArbVG oder § 1 Abs 1 AVRAG jedoch lediglich auf die Erbringung von Dienstleistungen gerichtete Dauerschuldverhältnisse, nicht aber als Zielschuldverhältnisse ausgestaltete Werkverträge verstanden.<sup>8)</sup> Dieses auf Dauerschuldverhältnisse eingeschränkte Verständnis liegt auch den §§ 1151 ff ABGB zugrunde, die explizit zw dem Dienst- und dem Werkvertrag differenzieren.<sup>9)</sup> Trotz seiner Qualifikation als Dauerschuld-

verhältnis<sup>10)</sup> ist der freie Dienstvertrag ebenso wenig als Arbeitsverhältnis iS der oben genannten arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu verstehen und von deren Anwendungsbereichen jeweils ausgenommen.<sup>11)</sup>

Im Ergebnis erfasst der Begriff des Arbeitsverhältnisses – im Kontext des Arbeitsrechts – daher nur echte AN und klammert sowohl freie DN als auch Werkunternehmer aus. Der Hintergrund der Differenzierung liegt darin, dass die aus der persönlichen Abhängigkeit bzw strukturellen Unterlegenheit abgeleitete arbeitsrechtliche Schutzbedürftigkeit nur bei AN als gegeben erachtet wird, die auf Basis eines echten Arbeitsvertrags beschäftigt sind.<sup>12)</sup>

<sup>1)</sup> Für Teil I s ecolex 2024/190, 328.

<sup>2)</sup> § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG.

<sup>3)</sup> § 31 a Abs 2 UrhG; zur vertraglichen (Un-)Abdingbarkeit s Homar/Karollus, 2024/190, 328 (329).

<sup>4)</sup> Ebenso ergibt sich aus dem Wortlaut die Erforderlichkeit eines hinreichenden Konnexes des Werkschaffens zum Arbeitsverhältnis („im Rahmen“).

<sup>5)</sup> Vgl <https://www.duden.de/rechtsschreibung/Arbeitsverhaeltnis> („Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer(in) und Arbeitgeber“, „die berufliche Arbeit betreffende Verhältnisse“, [abgerufen am 2. 4. 2024]).

<sup>6)</sup> Vgl für die Relevanz der Auslegung im fachsprachlichen Sinn Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 69.

<sup>7)</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 1 Rz 12.

<sup>8)</sup> Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1 ArbVG Rz 7; Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 1 Rz 12; Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>03</sup> § 1151 Rz 97; vgl für die Rsp des EuGH C-66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Rn 17.

<sup>9)</sup> § 1151 Abs 1 ABGB; vgl auch Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 97; RIS-Justiz RSO021344.

<sup>10)</sup> Rebhahn in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>03</sup> § 1151 Rz 97; OGH 9 Oba 99/91 DRdA 1992, 294 (Löschnigg).

<sup>11)</sup> Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1 ArbVG Rz 7; Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 89; Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 2.

<sup>12)</sup> Strasser in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 1 Rz 12; Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 1; Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 56 ff.

## 2. Arbeitsverhältnis als Begriff im UrhG

**Das UrhG definiert den Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht näher, sondern baut auf der arbeitsrechtlichen Terminologie auf.**

Das UrhG definiert den Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht näher, sondern baut auf der arbeitsrechtlichen Terminologie auf.<sup>13)</sup> Ausgangspunkt der Auslegung des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG ist daher das enge (freie DN und Werkunternehmer ausklammernde) arbeitsrechtliche Verständnis. Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass das urheberrechtliche Verständnis des Arbeitsverhältnisses davon abweicht;<sup>14)</sup> jedenfalls ist das arbeitsrechtliche Begriffsverständnis unter Berücksichtigung urheberrechtlicher Erwägungen kritisch zu reflektieren.

### a) Einreihung in das Begriffsspektrum des UrhG

Das Urheberrecht bietet mit der sprachlichen Differenzierung (insb in § 81 Abs 1 S 2, § 88 Abs 1 UrhG) zw Bediensteten (iSv abhängig Beschäftigten)<sup>15)</sup> und Beauftragten (zu denen der OGH eine durch Werkvertrag beauftragte Werbeagentur zählt)<sup>16)</sup> einen Anhaltspunkt, der gegen eine Einbeziehung von Werkverträgen in den Kanon der Arbeitsverhältnisse spricht. In weiterer Folge ist zu berücksichtigen, dass § 40 b UrhG auf das Schaffen eines Computerprogramms „von einem Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten“ abstellt. Insofern ist allg anerkannt, dass der in § 40 b UrhG<sup>17)</sup> verwendete Begriff des DN (im Gleichklang mit dem Arbeitsrecht) eine persönliche Abhängigkeit voraussetzt und daher freie DN und Werkunternehmer nicht erfasst.<sup>18)</sup>

Dass § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG davon abweichend auf das Werkschaffen „im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses“ abstellt, wird in der Lit als Argument für ein (im Vergleich zu § 40 b UrhG) großzügigeres Verständnis gewertet.<sup>19)</sup> Obwohl ein abweichender Sprachgebrauch des jeweiligen Normengebers grds zu berücksichtigen ist,<sup>20)</sup> erschließen sich jedoch keine tragfähigen Anhaltspunkte für ein abweichendes (erweitertes) Verständnis: Der Begriff des Arbeits- anstatt des Dienstverhältnisses bewirkt keine inhaltliche Abweichung.<sup>21)</sup> Das Abstellen auf das Werkschaffen „im Rahmen“ des „Arbeitsverhältnisses“ anstatt „in Erfüllung“ von „dienstlichen Obliegenheiten“ spricht weniger für eine Öffnung in Richtung freier Dienst- als eher in Richtung der Werkverträge;<sup>22)</sup> dieser erweiternde Argumentationsansatz wird aber zunichte gemacht, indem die Mat § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG als Ausnahme für Arbeitnehmerwerke bezeichnen.<sup>23)</sup>

Wiederum abweichend stellen der Zweckübertragungsgrundsatz<sup>24)</sup> und die Regelung über unbekannt Verwertungsarten<sup>25)</sup> auf das Werkschaffen „im Rahmen eines arbeitsrechtlichen Verhältnisses“ ab. Dass damit ein Unterschied zum Begriff des Arbeitsverhältnisses iSd § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG intendiert war, kann bezweifelt werden.<sup>26)</sup> Allerdings mutet der Begriff des Arbeitsverhältnisses tendenziell strenger als jener des arbeitsrechtlichen Verhältnisses an.<sup>27)</sup> Damit sind Ansichten, welche von einer großzügigen Auslegung des arbeitsrechtlichen Verhältnisses im Kontext des § 24 c UrhG ausgehen,<sup>28)</sup> nicht zwingend auch auf § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG übertragbar.

Im Ergebnis bietet die (zu bedauernde) begriffliche Vielfalt im UrhG keine eindeutigen Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff des Arbeitsverhältnisses im ggst Kontext über das enge (freie Dienstverträge und Werkverträge ausklammernde) arbeitsrechtliche Verständnis hinausgeht.

### b) Teleologische Erwägungen unter Berücksichtigung der involvierten Interessen

Berücksichtigt man abseits der Begrifflichkeiten teleologische Erwägungen, zeigt sich Folgendes: Die Gründe für das enge Begriffsverständnis im Arbeitsrecht lassen sich nicht in den ggst Kontext übertragen. Schließlich steht hinter der engen Auslegung im Arbeitsrecht die Erwägung, dass aufgrund der persönlichen Abhängigkeit grds nur echte AN (im arbeitsrechtlichen Sinn) schutzwürdig sind.<sup>29)</sup> Im ggst Kontext ist die Wertung aber gerade umgekehrt, indem in echten Arbeitsverhältnissen beschäftigte Urheber als nicht schutzwürdig qualifiziert und folglich vom Zweitverwertungsrecht des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG ausgeschlossen werden.<sup>30)</sup> Die Gründe liegen darin, dass

- ein Arbeitnehmerurheber „sein Entgelt unabhängig von der Verwertbarkeit seines Werkes empfängt, also das wirtschaftliche Risiko nicht zu tragen hat“, und
- der AG „das Werk für seine spezifischen Betriebszwecke herstellen“ lässt und der Arbeitnehmerurheber durch „die anderweitige Verwertung und die damit verbundene Eigenauswertung oder Weiterveräußerung an Dritte die berechtigten Interessen des AG verletzen“ würde.<sup>31)</sup>

<sup>13)</sup> Ciresa, Softwareentwicklung durch Arbeitnehmer, ZAS 2006, 15.

<sup>14)</sup> Ohne Begründung Thiele in Thiele/Burgstaller, UrhG<sup>4</sup> § 88 Rz 6.

<sup>15)</sup> Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht<sup>21</sup> § 81 Rz 27 (unter Einschluss von freien Mitarbeitern).

<sup>16)</sup> Vgl OGH 4 Ob 279/01k MR 2002, 156 (Walter).

<sup>17)</sup> Ebenso wie §§ 6ff PatG.

<sup>18)</sup> Feiel in Thiele/Burgstaller, UrhG<sup>4</sup> § 40b Rz 10f; Ciresa, ZAS 2006, 15; Spindler in Schrickler/Loewenheim, UrhR<sup>6</sup> § 69b Rz 2f. Vgl auch OGH 4 Ob 182/20y, *Ärztsoftware – Produktfamilie S*, ecolex 2021/187, 241 (Zemann). Ob dies auch im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben überzeugt, hat der EuGH aufgrund der Zurückziehung einer entsprechenden Vorlagefrage (vgl EuGH C-313/18, *Dacom*) bislang nicht entschieden.

<sup>19)</sup> Vgl im Kontext von § 24 c UrhG Hofmarcher in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht<sup>3</sup> § 24c Rz 40; Jonas in Thiele/Burgstaller, UrhG<sup>4</sup> § 24c Rz 17.

<sup>20)</sup> Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 70; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>102</sup> § 6 Rz 7.

<sup>21)</sup> Vgl zur Synonymie *Rebhahn* in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 8.

<sup>22)</sup> Schließlich treffen auch freie DN dienstliche Obliegenheiten (vgl *Rebhahn* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>103</sup> § 1151 Rz 9).

<sup>23)</sup> EriRV 1178 BlgNR 27. GP 14.

<sup>24)</sup> § 24c Abs 1 UrhG.

<sup>25)</sup> § 24c Abs 2 UrhG.

<sup>26)</sup> Die Mat sprechen in beiden Fällen von „Arbeitnehmerwerke[n]“ (EriRV 1178 BlgNR 27. GP 13f).

<sup>27)</sup> Mit dem Arbeitsverhältnis wird derselbe (freie DN und Werkunternehmer ausschließende) Begriff wie unter § 1 ArbVG verwendet. Dagegen lässt sich ein freies Dienstverhältnis, auf welches arbeitsrechtliche Normen zT analog anwendbar sind (*Rebhahn* in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 130; Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB<sup>4</sup> § 1151 Rz 95), ggf als arbeitsrechtliches (da durch arbeitsrechtliche Normen geprägtes) Verhältnis erfassen (vgl für dieses Verständnis des arbeitsrechtlichen Verhältnisses iSd § 24c Abs 1 und 3 UrhG auch Jonas in Thiele/Burgstaller, UrhG<sup>4</sup> § 24c Rz 17).

<sup>28)</sup> Für die Erfassung von arbeitnehmerähnlichen Personen und freien DN durch § 24c UrhG vgl Hofmarcher in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht<sup>3</sup> § 24c Rz 40; Jonas in Thiele/Burgstaller, UrhG<sup>4</sup> § 24c Rz 17.

<sup>29)</sup> Vgl dazu Strasser/Jabornegg/Resch, § 1 ArbVG Rz 12; *Rebhahn* in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 37.

<sup>30)</sup> Dieselbe Wertung wird hinter § 40b UrhG (der AN räumt dem AG *ex lege* ein Werknutzungsrecht ein), § 24c Abs 1 UrhG (Hofmarcher in Handig/Hofmarcher/Kucsko, urheber.recht<sup>3</sup> § 24c Rz 38: keine Aufzählungslast des AG) und Abs 2 *leg cit* (der AN hat kein Widerspruchsrecht) erkennbar.

<sup>31)</sup> BT-Drs 18/8625, 30; vgl zur Relevanz der dt Mat den Verweis in EriRV 1178 BlgNR 27. GP 13.

Klar ist, dass die Interessen der Werknutzungsberechtigten für eine Ausweitung der Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG auf freie DN und Werkunternehmer sprechen. Schließlich würde dann ein Unternehmen, welches ein Foto nutzen möchte, die exklusive Verwertungsbefugnis (über den 15-jährigen Zeitraum hinausgehend) unabhängig davon behalten, ob es zur Herstellung des Fotos einen AN oder freien DN heranzieht oder einen selbständigen Fotografen mittels Werkvertrag beauftragt. Gerechtfertigt ist dies aber nur, wenn die oben wiedergegebenen Gründe auch bei einem Werkschaffen durch freie DN und beauftragte Werkunternehmer zutreffen.

**Klar ist, dass die Interessen der Werknutzungsberechtigten für eine Ausweitung der Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG auf freie DN und Werkunternehmer sprechen.**

Der erste Begründungsansatz (kein wirtschaftliches Risiko des AN) verdeutlicht, dass es im Lichte des unabhängig von der erfolgreichen Verwertung bestehenden Lohnanspruchs des AN unbillig wäre, ihm die Zweitverwertung zu gestatten. Insofern ist anzuerkennen, dass ein freier DN das wirtschaftliche Risiko der (Nicht-)Verwertbarkeit des Werks grds genauso wenig trägt wie ein Arbeitnehmerurheber. Schließlich schuldet der freie DN (wie der Arbeitnehmerurheber) lediglich eine sorgfältige Arbeitsleistung (iSe Bemühens) und er hat grds auch bei Ausbleiben eines Erfolgs Anspruch auf das Entgelt.<sup>32)</sup> Damit liegt das Risiko eines nicht (oder nur unzureichend) verwertbaren Werks beim Arbeitslohn leistenden AG.<sup>33)</sup> Dasselbe gilt, wenn ein Urheber im Rahmen eines Werkvertrags mit der Schöpfung eines Werks beauftragt wird. Zwar schuldet der Werkunternehmer nicht nur ein Bemühen, sondern die Herstellung eines Erfolgs,<sup>34)</sup> aber lediglich bezogen auf die Werkherstellung, nicht auch auf die (in der Zukunft liegende) erfolgreiche Werkverwertung durch den Werkbesteller.<sup>35)</sup>

**Interessen der Urheber sprechen klarerweise gegen eine extensive Auslegung der Ausnahme vom Zweitverwertungsrecht.**

Hinter dem zweiten Begründungsansatz steht die Erwägung, dass es dem AG selbst nach Ablauf der 15-jährigen Frist nicht zumutbar ist, sich in einer Konkurrenzsituation mit dem AN (oder einem Mitbewerber) zu finden, da er das Werk finanziert hat.<sup>36)</sup> Ob aber auch eine Zweitverwertung durch einen freien DN berechnete Interessen des AG verletzt, ist fraglich. Freie DN werden aufgrund des Vertragsverhältnisses zwar einer gewissen Treuepflicht unterliegen, das in § 7 AngG vorgesehene Konkurrenzverbot gilt für sie aber gerade nicht;<sup>37)</sup> umso weniger unterliegen dann Werkunternehmer (zumal 15 Jahre nach Ende des Werkvertrags) einem solchen Konkurrenzverbot ggü ihrem ehemaligen Auftraggeber. Damit rechtfertigt der zweite Begründungsansatz durchaus eine Differenzierung zw Werken von Arbeitnehmerurhebern auf der einen sowie Werken von freien DN und Werkunternehmern auf der anderen Seite.

Interessen der Urheber sprechen klarerweise gegen eine extensive Auslegung der Ausnahme vom Zweitverwertungsrecht. Schließlich werden freie DN und insb Werkunternehmer (typischerweise) eher auf Einnahmen aus der Zweitverwertung angewiesen sein als Urheber, die sich (weiterhin) in dauerhaften Arbeitsverhältnissen befinden. Dass sie mit § 37 c UrhG ggf auch einen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung haben, kann dies nicht ändern, schließlich besteht der Anspruch des § 31 a UrhG gerade neben dem des § 37 c UrhG.

Berücksichtigt man ferner Interessen von Personen, die exklusive Nutzungsbefugnisse<sup>38)</sup> an Werken nicht unmittelbar von den Urhebern, sondern von zwischengeschalteten Dritten (zB einer Agentur) ableiten, würde eine weite Auslegung der Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG die Rechtssicherheit erhöhen. Etwa wäre dann ein Unternehmen, welches eine Agentur mit der Herstellung von Fotos beauftragt hat, keiner Zweitverwertung ausgesetzt, und zwar unabhängig davon, ob die Agentur die Fotos durch einen AN oder freien DN herstellen hat lassen oder dazu einen Subauftragnehmer herangezogen hat.<sup>39)</sup> Ob diese Interessen schutzwürdig sind, ist aber zweifelhaft. Schließlich sieht § 31 a Abs 1 UrhG mit der Abgrenzung zw einer pauschalen und einer nutzungsabhängigen Vergütung ein weiteres Kriterium vor, welches für Personen, die in keinen direkten Vertragsbeziehungen mit den Urhebern stehen, schwer beurteilbar ist und damit Rechtsunsicherheit bewirkt. Zudem weisen die dt Mat explizit darauf hin, dass auch Unterlizenznehmer des ersten Vertragspartners des Urhebers die Zweitverwertung hinzunehmen haben.<sup>40)</sup>

**3. Ergebnis**

Im Ergebnis erschließen sich keine eindeutigen Argumente für ein Abweichen vom engen, auf echte AN begrenzten Verständnis des Arbeitsverhältnisses iS des Arbeitsrechts. Gleichwohl scheint es nicht (gänzlich) unvertretbar, die Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG auf freie Dienstverhältnisse anzuwenden. Für Werkverträge lässt sich dieses Ergebnis (*de lege lata*) aber wohl nicht erzielen. Es ist auch fraglich, welcher Anwendungsbereich dem Zweitverwertungsrecht verbleiben würde, wenn selbst im Rahmen von Werkverträgen geschaffene Werke der Ausnahme des § 31 a Abs 3 Z 2 UrhG unterfallen. Dann würden nur freischaffende Urheber, welche bereits fertig (und auf eigenes wirtschaftliches Risiko) erstellte Werke Verwertern überlassen, in den Genuss des Zweitverwertungsrechts kommen. Auch ein Vergleich mit der dt Rechtslage spricht für die hier vertretene Auffassung.<sup>41)</sup> Im Schrifttum kursieren zwar

<sup>32)</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>03</sup> § 1151 Rz 49f; *Reissner/Neumayr* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln<sup>2</sup> Rz 0.28.

<sup>33)</sup> Vgl *Gerhartl*, ASoK 2022, 366 (366f).

<sup>34)</sup> *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>03</sup> § 1151 Rz 107.

<sup>35)</sup> Dies folgt aus dem Charakter des Werkvertrags als Zielschuldverhältnis; vgl auch *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 135 („vertragsgemäße Herstellen des körperlichen oder unkörperlichen Werkes“).

<sup>36)</sup> *Hofmarcher* in *Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht<sup>3</sup> § 31a Rz 33; OGH 4 Ob 248/07k, *Internetportal V*, MR 2008, 157 (*Walter*).

<sup>37)</sup> *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZelliKomm<sup>3</sup> § 1 AngG Rz 12; vgl für die Freiheit der freien DN auch *Reissner/Neumayr* in *Reissner/Neumayr*, ZelliHB AV-Klauseln<sup>2</sup> Rz 0.15.

<sup>38)</sup> In Form der Weiterübertragung des Werknutzungsrechts oder der Einräumung einer exklusiven Sublizenz.

<sup>39)</sup> Da ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten im Urheberrecht nach hM nicht möglich ist (*Bücheler/Handig/Hofmarcher* in *Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht<sup>3</sup> Vor § 23 Rz 31ff) und die Ansprüche der §§ 81, 82 und 86 UrhG verschuldensunabhängig sind, könnte sich der Auftraggeber nicht gegen eine Zweitverwertung durch den freien DN oder Subauftragnehmer absichern, indem die Agentur die Herstellung durch einen AN zusichert; natürlich kommt dann aber ein Regress gegen die Agentur in Betracht.

<sup>40)</sup> BT-Drs 18/8625, 29.

<sup>41)</sup> Im deutschen Schrifttum besteht nicht einmal Einigkeit darüber, ob echte AN iSd § 40a iVm § 43 dUrhG vom Zweitverwertungsrecht ausgeschlossen sind (vgl *Peifer* in *Schricker/Loewenheim*, UrhR<sup>6</sup> § 40a Rz 15; aA *Hofmarcher* in *Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht<sup>3</sup> § 24c Rz 3). Freie DN und Werkunternehmer werden wohl jedenfalls vom Zweitverwertungsrecht des § 40a dUrhG profitieren (vgl *Rojahn/Frank* in *Schricker/Loewenheim*).

Ansichten, wonach das Zweitverwertungsrecht ggf teleologisch zu reduzieren sei, wenn Urheber nicht schutzbedürftig sind.<sup>42)</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die für schwächere Vertragsparteien geltenden Schutzvorschriften idR auf eine typisierte<sup>43)</sup> Schutzbedürftigkeit abstellen und jedenfalls Begründungen, welche eine Differenzierung der Schutzbedürftigkeit aus der DSM-RL ableiten,<sup>44)</sup> für das Zweitverwertungsrecht des § 31 a UrhG (mangels Harmonisierung) nicht verfangen.

### **Schlussstrich**

Eine Zusammenschau der arbeits- und urheberrechtlichen Bestimmungen liefert keine überzeugenden Argumente dafür, dass die in

§ 31a Abs 2 Z 3 UrhG vorgesehene Ausnahme vom Zweitverwertungsrecht auch auf Werke anwendbar ist, die auf Basis von Werkverträgen geschaffen wurden; auch Werke von freien DN fallen (wohl) nicht unter die Ausnahme.

*heim*, UrhR<sup>6</sup> § 43 Rz 11: keine unterschiedliche Bedeutung des Arbeitsverhältnisses im Urheberrecht als im Arbeitsrecht, Rz 14 und 18: Werkunternehmer und arbeitnehmerähnliche Personen sind keine AN).

<sup>42)</sup> Vgl *Hofmarcher* in *Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht<sup>3</sup> § 31a Rz 11.

<sup>43)</sup> Vgl auch ErlRV 1178 BlgNR 27. GP 13: regelmäßig schwächere Vertragspartei. Vgl für das KSchG *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1 KSchG Rz 1.

<sup>44)</sup> Vgl im Kontext von § 24c UrhG *Hofmarcher* in *Handig/Hofmarcher/Kucsko*, urheber.recht<sup>3</sup> § 24c Rz 3.