



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern betreffend Festsetzung der Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 Abs.1 Z 1 Gebührengesetz 1957,(GebG) entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Am 15 .März 2005 wurde zwischen der Bw, und ihrem Kunden I. ein Vertrag, abgeschlossen, wodurch dem Kunden. von der Bw. gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr, eine Rechnungsleistung inklusive Betriebssoftware/betriebsnaher Software sowie die damit

zusammenhängende Wartung zur Nutzung überlassen wurde. Dieser Vertrag wurde befristet vom 1. März 2005 bis zum 28. Februar 2010 gegen eine Gesamtgebühr idHv € 24.369.000,00.- abgeschlossen. Die monatlichen Zahlungen wurden vertraglich für das Kalenderjahr 2005 mit € 269.800,00.- für das Kalenderjahr 2006 mit € 394.583,00.- für das Kalenderjahr 2007 mit € 430.917,00.- für das Kalenderjahr 2008 mit € 441.750,00.-, für das Kalenderjahr 2009 mit € 455.750,00.- und für 2010 mit € 497.500,00.- bestimmt. Mit diesem Vertrag wurden frühere mit dem Kunden abgeschlossene Verträge ersetzt, und der Leistungsumfang im vereinbarten Ausmaß erweitert.

Mit Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern vom 27. Februar 2006 wurde gegenüber der Bw. die Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 Abs.1 Z 1 GebG idHv € 292.428,00.-, ausgehend von einer Bemessungsgrundlage im Betrage von € 29.242.800,00.- (Gesamtgebühr idHv € 24.369.000,00.- zuzüglich 20% Umsatzsteuer idHv € 4.873.800,00.-) festgesetzt. Als Begründung dazu wurde im Wesentlichen angeführt, dass der gegenständliche Vertrag - auch wenn er Elemente eines Kauf- und Werkvertrags enthalten würde - sich seinem Wesen nach als eine Art Bestandsvertrag darstellen würde. Gegenstand dieses Vertrages wäre die Überlassung von Rechenleistungen inklusive Betriebssoftware, sowie die damit zusammenhängende Wartung, gegen ein vereinbartes Entgelt, welches der Auftraggeber unabhängig von der tatsächlichen Nutzung zu leisten hätte. Die zusätzlichen Verpflichtungen würden anderstypische Nebenverpflichtungen darstellen.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Bw. dem Kunden ausschließlich die angeführten "Maßstab Leistungswerte", und nicht - wie bei einem Bestandsvertrag üblich - die Überlassung einer Sache zur Nutzung schulden würde. Sie habe sich ausschließlich zur Erbringung einer Rechenkapazitätsleistung und nicht zur Instandgabe einer bestimmten Hardware verpflichtet. Es wäre daher keine Gebührenpflicht gemäß § 33 TP 5 Abs.1 Z 1 entstanden, sondern es würde ein Vertrag gemäß § 1151 ABGB vorliegen. Darüber hinaus wären Softwareverträge grundsätzlich nicht vom Gebührentatbestand des § 33 TP 5 GebG erfasst. Doch selbst wenn die Behörde im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Bestandsvertrages ausgehen sollte, würde ein gebührenfreier Werknutzungsvertrag vorliegen. Die Bw. hätte ihrem Kunden mit der vertraglichen Einräumung, die in Rede stehenden Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz in seinem Unternehmen zu nutzen, ein Verwertungsrecht iSd § 15 UrhG (Installation und Benutzung als Vervielfältigungshandlung) eingeräumt, und somit eine Werknutzungsbewilligung iSd § 24 UrhG erteilt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 24. April 2006 wurde diese Berufung als unbegründet abgewiesen und dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Kunden weder das ausschließliche Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Programms, noch Verwertungsrechte iSd. §§ 14-18 UrhG eingeräumt worden wären. Die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen wäre gemäß § 24 Abs.1 UrhG nur durch den Urheber oder, iSd. Ausnahmeregelung des § 1 Abs.1 VerwGesG, durch Verwertungsgesellschaften vorgesehen. Hinsichtlich der Zuordnung als Bestandsvertrag wurde auf die Ausführungen im Erstbescheid verwiesen.

Dagegen stellte der Bw. fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über diese Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte dazu nachstehendes aus

Grundlage des Bescheids ist der Infrastructure on demand Vertrag Nr. ----- (der „Vertrag“) zwischen XXX. und dem YYY vom 15. März 2005, der der Behörde vorliegt. Vertragsgegenstand sowie inhaltlich und finanziell überwiegender Projekt-Bestandteil ist die Erbringung von Lieferungen und Leistungen (siehe Punkt 1 Ziffer 1 lit b). Weiters kommt als Nebenverpflichtung die Erbringung von Rechenleistung als Service hinzu. Der vorliegende Vertrag ersetzt frühere mit dem Kunden abgeschlossene Verträge und erweitert den Leistungsumfang in dem vereinbarten Ausmaß.

Die Gesamtsumme der im Vertrag festgehaltenen Vergütungen beträgt € 24.369.000,- exkl. USt. Die Vergütungen pro Vertragsleistung lassen sich wie folgt darstellen:

<i>Vertragsleistungen</i>	<i>Vergütung exkl.USt.</i>
<i>Rechenleistung als Service (ab 30.9.2005)</i>	
<i>Rechenleistung-Infrastruktur nach Anhang 1</i>	<i>2.800.000</i>
<i>Software-Infrastruktur nach Anhang 1</i>	<i>8.010.509</i>
<i>Lieferungen und Leistungen (ab 1.3.2005)</i>	
<i>Hardware-Wartung nach Anhang II</i>	<i>2.387.556</i>
<i>Betriebsunterstützung nach Anhang III</i>	<i>6.938.744</i>
<i>Dienstleistungen für Softwareservice und</i>	<i>3.897.935</i>
<i>Softwareentwicklung (der kundeneigenen</i>	

Geschäftsanwendungen) nach Anhang IV

Hardware (1.3.2005 - 30.9.2005)

Cisco Switches samt Installationsleistung nach Anhang V 154.655

Hardware-Upgrade für Tape-Libraries nach Anhang VI 179.601

Insgesamt 24.369.000

Der Vertrag wurde vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern insgesamt als Bestandvertrag nach § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG qualifiziert. Die Rechtsgeschäftsgebühr wurde auf Basis der oben genannten Gesamtsumme vorgeschrieben.

II. Bescheidbegründung

Die Bescheidbegründung geht davon aus, dass es sich bei dem vorliegenden Vertrag um einen gemischten Vertrag handle, der Elemente eines Bestandvertrages aber auch solche eines anderen Vertragstyps enthält, wobei ein Bestandvertrag durch die Aufnahme von Vertragsklauseln, die nicht spezifisch dem Bestandrecht zugeordnet werden können, nicht den Charakter eines Bestandvertrages iSd § 33 TP 5 GebG verliere. Die zusätzlich zur Gebrauchsüberlassung vereinbarten Leistungen würden anderstypische Nebenverpflichtungen zum Hauptvertrag darstellen.

Im weiteren geht die Behörde davon aus, dass dem Kunden mit dem vorliegenden Vertrag keinesfalls Verwertungsrechte im Sinne des §§ 14 - 18 UrhG eingeräumt werden. Werknutzungsbewilligungen sind laut Behörde nicht veräußerbar und nicht übertragbar; Einräumungen von Werknutzungsbewilligungen sind nur durch den Urheber möglich. Es liege daher kein unter die Befreiungsbestimmung des § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 GebG fallender Vertrag vor.

Der Vertrag sei als Bestandvertrag im Sinne des § 33 TP 5 GebG zu qualifizieren.

A. Vertragsleistungen überwiegend gebührenfreie Dienst- und Werkleistungen

Die im gegenständlichen Vertrag festgehaltenen Vertragsleistungen stellen überwiegend gebührenfreie Dienst- und Werkleistungen dar. Dazu verweisen wir auf unsere Ausführungen in der Berufung vom 24.03.2006.

B. Verträge über Rechenleistung keine Bestandverträge gemäß § 33 TP 5 GebG

Vereinbarungen über Rechenleistung, die mit Hilfe von Hardware- und Softwareprodukten erbracht wird, stellen keine Bestandverträge gem. § 33 TP 5 GebG dar. Auch dazu verweisen wir auf die Ausführungen in der Berufung vom 24.03.2006.

C. Softwareverträge grundsätzlich keine Bestandverträge gemäß § 33 TP 5 GebG

Wie oben schon ausgeführt, wird die im gegenständlichen Vertrag genannte Software-Infrastruktur nicht zum Gebrauch überlassen, sondern von IBM zur Leistungserbringung eingesetzt. Aus Gründen der Vorsicht wird dennoch auf die Ausführungen der Behörde zum Thema gebührenpflichtige Softwarenutzungsverträge eingegangen,

Verträge über die Nutzung von Software sind - auch nach Absicht des Gesetzgebers - grundsätzlich nicht vom Gebührentatbestand des § 33 TP 5 GebG erfasst.

1. Der Ausnahmetatbestand § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG

Gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG sind **Werknutzungsverträge** von der Bestandvertragsgebühr **befreit**. Der VwGH legt diese Bestimmung - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung - so aus, dass sich die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge auf **Verträge im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG** bezieht (VwGH 27.11.1980, 240/79, OBI 1981, 165).

Gegenstand eines Werknutzungsvertrages iSd § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG ist somit die **Einräumung eines Werknutzungsrechtes** oder die **Erteilung einer Werknutzungsbewilligung**.

2. Werknutzungsverträge

Das UrhG kennt den Begriff "Werknutzungsverträge" nicht. Dieser Begriff kommt im Gesetz nicht vor. Hingegen enthält das UrhG in § 24 Abs 1 eine Regelung über Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrecht. Dies sind die zwei (einzigen) Varianten, in denen der Urheber anderen die Nutzung seines Werkes gestatten kann.

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob der Inhaber eines Werknutzungsrechts oder einer Werknutzungsbewilligung (also beispielsweise - wie hier - eine juristische

Person) seinerseits Werknutzungsbewilligungen im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann, die dann der Gebührenbefreiung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG zu unterstellen sind.

In § 24 Abs 1 werden die Definitionen für das Werknutzungsrecht und die Werknutzungsbewilligung festgehalten. § 24 Abs 1 zweiter Satz UrhG hält die Bestimmungen für das Werknutzungsrecht fest. Dieses unterscheidet sich dadurch von der Werknutzungsbewilligung, dass dem Vertragspartner das ausschließliche Recht zur Benutzung eingeräumt wird.

§ 24 Abs 1 UrhG definiert die **Werknutzungsbewilligung** so, dass einem anderen gestattet wird, "das Werk auf einzelne oder alle nach dem §§ 14 bis 18a dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsarten zu benutzen".

Dazu hat die gemeinschaftsrechtliche Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABI Nr. L 122/44 vom 17.5.1991) gemeinschaftsrechtlich folgende Vorgaben gemacht: Gemäß Art 4 ComputerRL umfassen die Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers (u.a.) folgende Handlungen vorzunehmen oder zu gestatten: "die dauerhafte oder vorübergehende Vervielfältigung ganz oder teilweise eines Computerprogramms mit jedem Mittel und in jeder Form. Soweit das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms eine Vervielfältigung erforderlich macht, bedürfen diese Handlungen der Zustimmung des Rechtsinhabers" (Art 4 lit a ComputerRL).

Der österreichische Gesetzgeber hat für diese Vorgabe keinen speziellen Umsetzungsbedarf gesehen. Die Erläuterungen zur UrhGNov 1993 (596 BİgNR 18. GP 4) merken dazu an: "Das Urheberrechtsgesetz entspricht schon in seiner geltenden Fassung einem Großteil der Bestimmungen der Computerrichtlinie". Dazu wird aufgelistet, welche Bestimmungen des österreichischen UrhG bereits den Vorgaben der ComputerRL entsprechen. Zu Art 4 lit a ComputerRL verweist der Gesetzgeber in den Erläuterungen auf § 14 UrhG. Damit knüpft der Gesetzgeber unmittelbar an § 24 Abs 1 UrhG an, der seinerseits zur Gestattung der Benutzung auf § 14 ff UrhG verweist.

§ 14 UrhG bestimmt, dass der Urheber mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen das ausschließliche Recht hat, das Werk auf die ihm durch die folgenden Vorschriften vorbehaltenen Arten zu verwerten (Verwertungsrechte). Zu diesen **Verwertungsrechten** gehören insbesondere das hier interessierende Vervielfältigungsrecht (§ 15 UrhG).

Tatsächlich ist das Abspeichern eines Programms in der Computeranlage eines Kunden eine **Vervielfältigung**. Weitere Vervielfältigungen finden im Zuge der Benutzung des Computerprogramms durch den Programmaufstart statt (vgl. etwa OLG Wien 26.7.2002, 18 Bs 205/02 - Softwaregebrauch 11- ecolex 2003, 429 [Braunböck]).

Bei der Einräumung von Nutzungsrechten an Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz im Unternehmen, gestattet der Berechtigte im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einem anderen, das Werk auf einzelne nach den §§ 14 bis 18a UrhG vorbehaltenen Verwertungsarten (Installation und Benutzung als Vervielfältigungshandlung) zu benutzen. Dies entspricht der Definition der **Werknutzungsbewilligung**.

Die Argumentation in der Berufungsvorentscheidung, dass das Recht zur Vervielfältigung und Verarbeitung des Programms durch den zur Nutzung berechtigten Kunden - soweit dies für die bestimmungsgemäße Programmnutzung in seinem Betrieb notwendig ist - sich aus dem § 40 d Abs 3 UrhG ergebe, und keinesfalls Verwertungsrechte im Sinne der §§ 14-18 UrhG darstellen, ist urheberrechtlich falsch.

3. Wer kann Werknutzungsbewilligungen erteilen?

Der Bescheid beruht offenbar auf einer Vorjudikatur des VwGH (27.11.1980, 240/79). Danach beziehe sich die Befreiung für Werknutzungsverträge auf Verträge im Sinne des § 24 UrhG. Dieser sehe die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen nur durch den Urheber vor. Lediglich für Verwertungsgesellschaften sei eine Sonderregelung in § 1 Abs 1 VerwGesG geschaffen worden. Aus dieser Bestimmung sei aber nicht ableitbar, dass Werknutzungsbewilligungen weiter übertragbar seien. Dieser Ausnahmebestimmung hätte es nicht bedurft, wäre der Gesetzgeber von einer allgemeinen Verkehrsfähigkeit der Werknutzungsbewilligung ausgegangen. Demnach wird die Ausnahmebestimmung auf Lizenzverträge, die eine juristische Person abschließt, nicht angewendet.

Diese Rechtssprechung des VwGH (wie auch das VwGH Erk 19.4.1995, 94/16/0193, ÖStZB 1996, 23) ist aber, wie die jüngere Rechtsentwicklung zeigt, nicht mehr aufrecht zu erhalten:

Die Frage, wer eine Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann, wurde mit der Umsetzung der ComputerRL geklärt. Hier ist der VwGH zunächst davon ausgegangen, dass eine solche Rechtseinräumung nur durch den Urheber selbst erfolgen könne, zumal § 24 Abs 1 UrhG

dem Wortlaut nach den Urheber anspricht ("der Urheber kann anderen gestatten ... ") [Hervorhebung in Kursivdruck durch Schriftsatzverfasser.]. Dieser Auffassung wurde von der herrschenden Lehre schon früh **widersprochen**.

Durch die Umsetzung der ComputerRL hat sich nun auch die Rechtslage insoweit geändert, als nunmehr klargelegt ist, dass jedenfalls im Bereich der Rechtseinräumung an Computerprogrammen eine Kette von Rechtseinräumungen vom Programmierer als Urheber an seinem Arbeitgeber und von

diesem an den Kunden rechtlich möglich und als Werknutzungsrecht bzw.

Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG zu qualifizieren ist.

3.3.1 Urheberschaft

Art 2 Abs 1 ComputerRL ordnet die Urheberschaft an einem Computerprogramm grundsätzlich demjenigen zu, der das Programm geschaffen hat, also dem Programmierer. Dies stimmt mit der österreichischen Rechtslage überein (§ 10 UrhG).

3.3.2. Arbeitgeberrechte

Gerade bei Computerprogrammen ist es aber weithin üblich, dass nicht die Programmierer selbst die Programme verwerten, sondern der Arbeitgeber, in dessen Auftrag die Urheber als Arbeitnehmer die Computerprogramme erstellt haben. Dementsprechend ordnet Art 2 Abs 3 ComputerRL an: "Wird ein Computerprogramm von einem Arbeitnehmer in Wahrung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers geschaffen, so ist ausschließlich der Arbeitgeber zur Ausübung aller wirtschaftlichen Rechte an dem so geschaffenen Programm berechtigt, sofern keine andere vertragliche Vereinbarung getroffen wird." Damit hat der europäische Gesetzgeber klar angeordnet, dass der Arbeitgeber zur **Ausübung aller wirtschaftlichen Rechte** berufen ist. Arbeitgeber kann eine **natürliche oder juristische Person** sein. Konsequenz ordnet daher Art 3 ComputerRL an, dass "schutzberechtigt [...] alle natürlichen und juristischen Personen gemäß dem für Werke der Literatur geltenden innerstaatlichen Urheberrecht" [Hervorhebung in Kursivdruck durch Schriftsatzverfasser] sind.

Hier hatte der österreichische Gesetzgeber also Umsetzungsbedarf. Im UrhG war - noch zu Zeiten, als der VwGH seine Rechtsprechung zur Ausnahmebestimmung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG begründet hat - keine Regelung über das Arbeitnehmerurheberrecht enthalten. Die UrhGNov 1993 hat daher in das Gesetz § 40b UrhG eingefügt: "Wird ein Computerprogramm von einem Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten geschaffen, so steht dem Dienstgeber hieran ein unbeschränktes Werknutzungsrecht zu, wenn er mit dem Urheber nichts anderes vereinbart hat." Damit hat der Gesetzgeber eine gesetzliche Lizenz geschaffen (Dittrich, *Ausgewählte zivilrechtliche Fragen der Software-Piraterie*, ÖBI 1999, 219).

Diese Rechtsposition des Arbeitgebers hat der Gesetzgeber noch dadurch weiter ausgebaut, dass § 40b zweiter Satz UrhG anordnet, dass in solchen Fällen der Arbeitgeber auch zur Ausübung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Rechte gemäß § 20 UrhG (Urheberbezeichnung) und § 21 Abs 1 UrhG (Werkschutz) berechtigt ist. Ähnlich wie bei gewerbsmäßig hergestellten Filmwerken (*cessio legis* in § 38 UrhG) wurde also eine Sonderregelung für Computerprogramme getroffen, die dem Arbeitgeber die **umfassende wirtschaftliche Verwertung** sichern soll. Aufgrund dieses gesetzlich angeordneten Werknutzungsrechts kann nun der **Arbeitgeber** anderen **Werknutzungsrechte oder Werknutzungsbewilligungen** im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG erteilen.

3.3.3. Verwertung durch den Arbeitgeber

Die ComputerRL geht von einem urheberrechtlichen Verwertungssystem aus, das ausgehend von den Ausschließungsrechten des Urhebers über die abgeleiteten (ausschließlichen) Rechte des Arbeitgebers (als physische oder juristische Person) bis hin zum Letztverbraucher (gemeint nicht im Sinn des KSchG) eine **Kette von Rechtseinräumungen** (umgangssprachlich Lizenzen oder, wie das GebG trefflich sagt, Werknutzungsverträgen) ermöglicht und absichert:

Die ComputerRL geht zunächst davon aus, dass der Rechtsinhaber bestimmte Ausschließungsrechte am Computerprogramm hat (Art 4). Bewusst wird nicht das Wort Urheber verwendet; denn Art 2 Abs 3 ComputerRL ordnet im Arbeitsverhältnis die umfassenden Nutzungsrechte dem Arbeitgeber zu, der durchaus eine juristische Person sein kann. Dazu definiert Art 2 UrhG auch noch ausdrücklich: "Schutzberechtigt sind alle natürlichen und juristischen Personengemäß dem für Werken der Literatur geltenden innerstaatlichen Urheberrecht". [Hervorhebung in Kursivdruck durch XXX.]

Art 4 lit a ComputerRL zählt die klassischen Nutzungshandlungen des Benützers auf (Laden, Anzeigen, Ablaufen, Speichern) etc. und behält gerade diese dem Rechtsinhaber vor

Dies schafft also eine **lückenlose Kette von Rechtseinräumungen** von den Programmierern als Rechtsinhabern an den Arbeitgeber (so Art 2 Abs 3 UrhG für die Arbeitnehmerwerke) und vom Arbeitgeber als Inhaber des Werknutzungsrechts **direkt oder über einen Unterlizenznahmer, der seinerseits eine Werknutzungsbewilligung** einräumt, an den **Endkunden** (zur nicht ausschließlichen Nutzung) - genau so, wie es ja in der Praxis millionenfach geschieht.

3.3.4. Umsetzung in Österreich

Würde man also annehmen, dass in Österreich diese Handlungen (Laden, Anzeigen, Ablaufen, Speichern durch den Benutzer) nicht an den Endkunden lizenziert werden können, so wäre damit die ComputerRL nicht umgesetzt.

Der **Gesetzgeber** ist aber mit zutreffender Selbstverständlichkeit von einer gehörigen Umsetzung ausgegangen und verweist in den EB (596 BİgNR 18. GP 4) darauf, dass § 14 UrhG Art 4 lit a ComputerRL entspricht. Er geht davon aus, dass auch nach österreichischem Recht ohnehin eine solche **Lizenzierung** durch Werknutzungsrecht und Werknutzungsbewilligungen in einer **Kette von Verträgen** von den Urhebern bis zu den Nutzern möglich und zulässig ist. Deshalb wurde kein weiterer Umsetzungsbedarf gesehen.

3.3.5. Das weltweite System der Lizenzierung von Software

Eine gegenteilige Rechtsansicht, dass wir keine Werknutzungsbewilligung einräumen könnten, weil wir keine physische Person und nicht Urheber sind, stünde in krassem Widerspruch zum international und auch speziell in Österreich anerkannten System der Lizenzierung von Software:

Es ist Allgemeinwissen von Unternehmern und Verbrauchern, dass Software weltweit lizenziert wird. Es ist Allgemeinwissen, dass Softwarelizenzen nicht von hunderten Urhebern, die als Programmierer in tausenden Mannstunden zusammengearbeitet und eine komplexe Software (wie ein Betriebssystem oder eine Anwendungssoftware) erstellt haben, persönlich in Millionen von Verträgen mit Endusern erteilt werden. Es ist Allgemeinwissen, dass Softwarelizenzen von den betreffenden Unternehmen (Microsoft, Apple oder eben wie hier IBM) eingeräumt werden. Es ist Allgemeinwissen, dass die Nutzung von Software ohne Lizenz eine Urheberrechtsverletzung mit schwerwiegenden zivilrechtlichen und strafrechtlichen Folgen ist. Dies dokumentieren auch zahlreiche Eingriffsverfahren und gerichtliche Entscheidungen, in denen die betreffenden Unternehmen selbstverständlich die von den Arbeitnehmern abgeleiteten Rechte gegen denjenigen, der ohne Werknutzungsbewilligung nutzt, auch strafrechtlich durchsetzen konnten (vgl. etwa OLG Wien 26.7.2002, 18 Bs 205/02 - Softwaregebrauch 11- ecolex 2003, 429 [Braunböck]).

3.3.6. Unvertretbarkeit der gegenteiligen Auffassung

*Eine gegenteilige Auslegung ließe sich auch nicht formalistisch daraus begründen, dass § 24 Abs 1 UrhG von **Werknutzungsbewilligungen** und **Werknutzungsrecht** spricht und bei beiden die Einräumung durch den Urheber anspricht. Eine **dritte Rechtsform** kennt das UrhG nämlich gar **nicht** und es kann sie nach dem System des Urheberrechts auch nicht geben: Das Urheberrechtssystem ist so aufgebaut, dass der Gesetzgeber dem Urheber bestimmte, im Gesetz taxativ aufgezählte Verwertungsrechte (§§ 14ff UrhG, insbesondere Vervielfältigungsrecht) gewährt. Einem Dritten kann also nur die Nutzung nach einer dieser gesetzlich definierten Nutzungsarten gewährt werden und dies auch nur in zwei denkbaren Varianten: Entweder als ausschließliche Rechtseinräumung oder als nicht ausschließliche Rechtseinräumung. Dies entspricht den beiden Typen Werknutzungsrecht und Werknutzungsbewilligung. Eine dritte Variante ist gar nicht denkbar. Jede Rechtseinräumung (Lizenz oder eben Werknutzungsvertrag genannt) ist also entweder eine ausschließliche oder eine nicht ausschließliche und daher entweder ein Werknutzungsrecht oder eine Werknutzungsbewilligung.*

*Der Gesetzgeber ist bei der Konstruktion des Urheberrechtssystems im Übrigen stets davon ausgegangen, dass diese Rechtseinräumungen an den Endbenutzer **nicht einstufige** sind (Erteilung einer Werknutzungsbewilligung oder eines Werknutzungsrechts unmittelbar vom Urheber an den Endbenutzer als seinen Vertragspartner). Der Gesetzgeber ist vielmehr schon bei der Schaffung des UrhG davon ausgegangen, dass es selbstverständlich **mehrstufige Vertragssysteme** gibt: So räumt der Autor im Verlagsvertrag dem Verleger das ausschließliche*

Vervielfältigungsrecht ein (Werknutzungsrecht) und der Verleger kann seinerseits wieder aufgrund dieser Rechtsposition einer Zeitschrift ein nicht ausschließliches Vorabdruckrecht (Werknutzungsbewilligung) einräumen. Oder ein anderes Beispiel: Komponist und Textautor räumen dem Produzenten eines Schallträgers (Schallplatte oder heute CD) das ausschließliche Recht ein, solche Schallträger herzustellen und dafür ihre Werke zu vervielfältigen und zu verbreiten. Andere an der Nutzung interessierte Unternehmen müssen daher vom Erstproduzenten abgeleitete Rechte (Werknutzungsbewilligungen) erwerben. Genau an dieses Beispiel knüpft der Gesetzgeber an, wenn er beispielsweise schon in der Stammfassung 1936 zu § 58 UrhG annimmt, dass die Urheber dem Unternehmen zur Herstellung von Schallplatten ein Werknutzungsrecht einräumen und dass dieses Unternehmen seinerseits berechtigt wäre, anderen Tonträgerproduzenten eine Werknutzungsbewilligung zu erteilen (so die EB zu § 58 in der Stammfassung des UrhG 1936; abgedruckt bei Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, ÖSGRUM Bd 3 [1986] 135 ff). Verweigert das Unternehmen eine solche Lizenzerteilung, so kann dies zu Missbrauch führen. Deshalb sieht § 59 UrhG eine Zwangslizenz vor, mit der die Erteilung dieser Werknutzungsbewilligung erzwungen werden kann. Das Besondere ist hier lediglich die Regelung, dass die Einräumung der Werknutzungsbewilligung zwangsweise durchsetzbar ist. Wie aus den Erläuterungen ganz deutlich hervorgeht, geht aber der Gesetzgeber davon aus, dass grundsätzlich der Inhaber des Werknutzungsrechts freiwillig solche Werknutzungsbewilligungen erteilen könnte, um Zwangslizenzen zu vermeiden. Ganz selbstverständlich geht also der Gesetzgeber davon aus, dass der Inhaber des Werknutzungsrechts seinerseits Werknutzungsbewilligungen im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG erteilen kann.

Am deutlichsten wird dies aber aus dem **Text des § 24 UrhG**:

§ 24 Abs 2 UrhG ordnet nämlich an: Wird mit dem Inhaber einer Werknutzungsbewilligung nichts anderes vereinbart, so bleibt sie bei Einräumung oder Übertragung eines Werknutzungsrechts gegenüber dem (neuen) Werknutzungsberechtigten wirksam. Diese Regelung war notwendig, um die Frage zu klären, was mit einer vom Werknutzungsberechtigten eingeräumten Werknutzungsbewilligung geschieht, wenn das Werknutzungsrecht auf einen Dritten übertragen wird? Dieser Spezialfall ist im Gesetz somit ausdrücklich gelöst: Bei Übertragung des Werknutzungsrechts gehen die vom "alten" Werknutzungsberechtigten eingeräumten Werknutzungsbewilligungen auf den

"neuen" Werknutzungsberechtigten über. Dies setzt voraus, dass der "alte" Werknutzungsberechtigte überhaupt Werknutzungsbewilligungen erteilen konnte. Nach der Regelung in § 24 Abs 2 UrhG kann dies keinem Zweifel unterliegen. Es ist somit in § 24 UrhG ausdrücklich vorgesehen, dass nicht bloß der Urheber selbst, sondern auch der **Inhaber eines vom Urheber abgeleiteten Werknutzungsrechts** eine **Werknutzungsbewilligung** im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann.

§ 24 Abs 2 UrhG wurde durch die UrhGNov 1982 eingefügt. In den Erläuterungen zur RV wird eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass nicht nur der Urheber selbst, sondern auch ein Werknutzungsberechtigter seinerseits Werknutzungsrechte und -bewilligungen erteilen kann (EB RV 385 dB, [XV. GP](#) 11): "Hat der Urheber oder **Werknutzungsberechtigte** an einem Werk zuerst eine Werknutzungsbewilligung

erteilt, später aber einem anderen ein Werknutzungsrecht eingeräumt oder übertragen, dann taucht die Frage auf, ob dadurch die früher erteilte Werknutzungsbewilligung hinfällig wird, soweit beide Rechte zeitlich, räumlich und inhaltlich konkurrieren." [Hervorhebung in **Fettdruck** durch XXX.]

Damit erweist sich aber auch der zur Begründung der gegenteiligen Ansicht angeführte Verweis der Berufungsvorentscheidung auf § 1 Verwertungsgesellschaftengesetz (VerwGesG) als nicht tragfähig:

Es ist richtig, dass Verwertungsgesellschaften Werknutzungsbewilligungen erteilen. Unbestritten ist auch, dass Verwertungsgesellschaften einer Betriebsbewilligung gemäß § 1 Abs 1 VerwGesG bedürfen. Daraus kann aber nicht der Gegenschluss gezogen werden, dass (neben dem Urheber selbst) nur Verwertungsgesellschaften Werknutzungsbewilligungen erteilen können oder dass jeder, der eine Werknutzungsbewilligung erteilen will, einer Betriebsgenehmigung als Verwertungsgesellschaft bedürfte, denn:

- Das VerwGesG ist ein neben dem UrhG stehendes Sondergesetz für bestimmte Unternehmen. Das UrhG selbst enthält an keiner Stelle die Einschränkung, dass nur Urheber oder Verwertungsgesellschaften Werknutzungsbewilligungen erteilen können.
- § 1 Abs 1 VerwGes gibt vielmehr lediglich eine Definition der vom Genehmigungszwang erfassten Gesellschaften und führt dazu (ua) an, dass Verwertungsgesellschaften Werknutzungsbewilligungen erteilen. Die rechtliche Möglichkeit, Werknutzungsbewilligungen zu erteilen, ergibt sich aber auch für Verwertungsgesellschaften nicht aus dieser Definition, sondern - wie für jede andere natürliche oder juristische Person - aus § 24 UrhG.
- Dass auch Unternehmen, die nicht Verwertungsgesellschaften sind, in einer Kette von Rechtseinräumungen Werknutzungsbewilligungen erteilen können, belegen die oben zu C.3.3.6 dieser Beschwerde zitierten Materialien zu § 58 UrhG.
- Nicht jedes Unternehmen, das Inhaber eines Werknutzungsrechts ist und seinerseits Werknutzungsbewilligungen erteilt, ist eine Verwertungsgesellschaft. Der Betrieb einer Verwertungsgesellschaft liegt vielmehr darin, dass in organisierter Form die Ansprüche mehrerer Berechtigter kollektiv und treuhänderisch wahrgenommen werden, wobei kollektiv bedeutet, dass nicht nur Bewilligungen für einzelne Werke, sondern für ein umfassendes Repertoire erteilt werden (wie beispielsweise bei der Verwertungsgesellschaft AKM). Die Vergabe von Sendelizenzen an zwei Musikstücken fällt beispielsweise noch nicht darunter (vgl VwGH 25.9.1995, VwSlg 14.327 A). Auch der VwGH geht also in dieser Entscheidung davon aus, dass Unternehmen, die nicht Verwertungsgesellschaften sind, durchaus auf Grund des ihnen zustehenden Werknutzungsrechts eine Werknutzungsbewilligung erteilen können (in jenem Fall hatte die Edition Network Production Music Inc. von den Urhebern Rechte erworben und ihrerseits dem ORF eine Werknutzungsbewilligung für die Sendung erteilt).

Wir können also sehr wohl in einer Kette von Rechtseinräumungen auf Grund der uns eingeräumten Rechte an Dritte Werknutzungsbewilligungen im Sinne des § 24 UrhG erteilen und dazu Lizenzverträge schließen.

*Zusammenfassend ist also evident - und seit der Umsetzung der ComputerRL durch die UrhGNov 1993 sogar ausdrücklich angeordnet -, dass Computerprogramme urheberrechtlich geschützt sind und dass an ihnen eine Kette von Rechtseinräumungen (Werknutzungsrecht von den Arbeitnehmern an den Arbeitgeber) und von diesem (sei er eine natürliche oder juristische Person) **direkt oder in einem mehrstufigen Lizenzsystem über einen Unterlizenznehmer** an die Nutzer im Wege von Werknutzungsbewilligungen vertraglich vereinbart werden kann. Da alle diese Verträge entweder **Werknutzungsrechte oder Werknutzungsbewilligungen im Sinn des § 24 UrhG** begründen, sind sie als **Werknutzungsverträge** gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG **gebührenfrei** (dies auch aus gebührenrechtlicher Sicht bestätigend Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 1 13).*

*Es ist urheberrechtlich anerkannt, dass Werknutzungsberechtigte ihrerseits Werknutzungsrechte einräumen oder zumindest Werknutzungsbewilligungen erteilen können (Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 1 13). Gerade im Begriff des Werknutzungsrechts gemäß § 24 Abs 1 Satz 2 UrhG liegt begrifflich die Möglichkeit, dass der **Werknutzungsberechtigte** seinerseits **weitere Rechte an dem Werk** einräumen kann. Wenn der Urheber jemandem ein Werknutzungsrecht, d.h. ein **ausschließliches** Recht, einräumt, so muss der Werknutzungsberechtigte im Rahmen der Verwertung die Möglichkeit haben, die Nutzung des Werks auch Dritten durch die Erteilung von Werknutzungsbewilligungen überlassen zu können. Andernfalls könnte z.B. ein Verlag nicht einem anderen Verlag gestatten, ein Buch als Taschenbuch herauszugeben (der Verleger des gebundenen Buchs und des Taschenbuchs ist keineswegs immer identisch) oder eine Übersetzung des Buchs in einer fremden Sprache zu veröffentlichen.*

Dem UrhG lässt sich auch keine Einschränkung dahingehend entnehmen, dass Werknutzungsberechtigte ausschließlich juristische Personen sein könnten.

Im Übrigen verweisen wir auf unsere Berufung vom 24.03.2006.

4. Gebührenrechtliche Schlussfolgerung

Wollte man den Standpunkt der Abgabenbehörde erster Instanz vertreten, könnte die Nutzungsüberlassung von Software nie als entgeltliche Einräumung einer Werknutzung im Sinne von § 33 TP 5 Abs 1 GebG zu verstehen sein, weil die Einräumung eines derartigen Nutzungsrechtes gar nicht möglich wäre. Es fiel dann auch keine Rechtsgeschäftsgebühr gemäß § 33 TP 5 GebG an (Arnold, Rechtsgebühren § 33 TP 5 RZ 32a).

Die Rechtsprechung des VwGH dazu stammt aus einer Zeit vor Verankerung des Softwareschutzes im UrhG und wurde ohne Berücksichtigung der seither erfolgten Änderungen fortgeschrieben. Wenngleich die bisherige Rechtsprechung schon ursprünglich im Ansatz verfehlt war, so sprechen - jedenfalls heute - zwingende Erwägungen gegen die Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung. Nach der derzeitigen Rechtslage wäre die Nichtanwendung

dieser Ausnahmerebestimmung auf Fälle wie dem vorliegenden Anlassfall krass rechtswidrig, ja sogar als denkunmögliche Gesetzesanwendung im Sinn der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu beurteilen.

*Aus den urheberrechtlichen Vorschriften ergibt sich eindeutig, dass Nutzungsrechte an Computerprogrammen (Software) von der Befreiungsbestimmung gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG **mindestens seit 1.2.1993 erfasst** sind. Diese Auffassung vertreten sowohl Arnold (Rechtsgebühren § 33 TP 5 RZ 32a) als auch Fellner (Gebühren und Verkehrsteuern Band 1 Stempel- und Rechtsgebühren § 33 TP 5 RZ 159 aE). Auch die Rechtsprechung des VwGH hat dies erkannt. In seinem Erkenntnis 19.4.1995 (94/16/0193, ÖStZB 1996, 23) führt der VwGH aus, dass die UrhG Novelle gemäß BGBl 1993/93 und die Einfügung von § 40c UrhG nicht berücksichtigt werden müssten, weil der für diese Entscheidung relevante Vertrag vom 23.12.1991 stamme.*

Der Werknutzungsvertrag im Sinn von § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG (und auch im Sinn von § 24 UrhG) muss nicht vom Urheber (oder einer Verwertungsgesellschaft) abgeschlossen sein; auch der Inhaber eines vom Urheber abgeleiteten Werknutzungsrechts bzw. Werknutzungsbewilligung kann eine Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einräumen.

*Als Ergebnis ist festzuhalten, dass Vereinbarungen über die Nutzung von Software als **Werknutzungsverträge** im Sinn von § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG zu beurteilen und von der Bestandvertragsgebühr **befreit** sind*

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 33 TP 5 Abs.1 Z 1 des Gebührengesetzes 1957(GebG) beträgt der Tarif der Gebühren für Bestandverträge (§§ 1090ff ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, nach dem Wert im Allgemeinen 1vH.

Nach Abs.4 Z 2 der zitierten Gesetzesstelle sind u.a. Werknutzungsverträge gebührenfrei.

Gemäß § 10 Abs.1 Urhebergesetz (UrhG) Urheberrechtsgesetz- Novelle 1993,BGBl.Nr.93 ist Urheber eines Werkes, wer es geschaffen hat.

Im Sinne des § 14 Abs.1 UrhG hat der Urheber mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen, das Werk auf die ihm durch die folgenden Vorschriften vorbehaltenen Arten (§§15-18a UrhG) zu verwerten.

Gemäß § 15 Abs.1 UrhG hat der Urheber das ausschließliche Recht das Werk - gleichviel in welchem Verfahren und in welcher Menge- zu vervielfältigen.

Gemäß § 16 Abs.1 hat der Urheber das ausschließliche Recht, Werkstücke zu verbreiten. Kraft dieses Rechtes dürfen Werkstücke ohne seine Einwilligung weder feilgehalten noch auf eine Art, die das Werk der Öffentlichkeit zugänglich macht, in Verkehr gebracht werden.

Gemäß § 24 Abs.1 leg. cit kann der Urheber anderen gestatten, dass Werk auf einzelne oder alle nach §§ 14 bis 18a dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsarten zu benützen (Werknutzungsbewilligung). Auch kann er einem anderen das ausschließliche Recht dazu einräumen. (Werknutzungsrecht).

Gemäß § 40a Abs.1 Urheberrechtsgesetz (UrhG) idF Urheberrechtsgesetz-Novelle 1993, BGBl. Nr. 93 - UrhG Nov 1993 sind Computerprogramme Werke im Sinne dieses Gesetzes, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers sind. Gemäß Abs.2 leg. cit. umfasst in diesem Gesetz der Ausdruck "Computerprogramme" alle Ausdrucksformen einschließlich des Maschinencodes sowie das Material zur Entwicklung des Computerprogramms.

Wird ein Computerprogramm von einem Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstlichen Obliegenheiten geschaffen, so steht dem Dienstgeber hieran ein unbeschränktes Werknutzungsrecht zu, wenn er mit dem Dienstgeber nichts anderes vereinbart hat. In solchen Fällen ist der Dienstgeber auch zur Ausübung der in § 20 und § 21 bezeichneten Rechte berechtigt; das Recht des Urhebers, nach § 19 die Urheberschaft für sich in Anspruch zu nehmen bleibt unberührt. (§ 40 b UrhG)

Werknutzungsrechte an Computerprogrammen können, wenn mit dem Urheber nichts anderes vereinbart worden ist, ohne dessen Bewilligung auf einen anderen übertragen werden. Die Vorschriften des § 29 gelten für Werknutzungsrecht an Computerprogrammen nicht. (§ 40c UrhG)

Gemäß § 40d Abs.2 UrhG dürfen Computerprogramme vervielfältigt und bearbeitet werden, soweit dies für ihre bestimmungsgemäße Benutzung durch den zur Benutzung Berechtigten notwendig ist; hierzu gehört auch die Anpassung an dessen Bedürfnisse.

Gemäß Abs.3 leg. cit. darf die zur Benutzung eines Computerprogramms berechtigte Person

1. Vervielfältigungsstücke für Sicherungszwecke (Sicherungskopien) herstellen, soweit dies für die Benutzung des Computerprogramms notwendig ist;

2. das Funktionieren des Programms beobachten, untersuchen oder testen, um die einen Programmelement zu Grunde liegenden Ideen und Grundsätze zu ermitteln, wenn sie dies

durch Handlungen zum Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Programms tut, zu denen sie berechtigt ist

Gemäß Abs.4 leg.cit. kann auf die Rechte nach Abs.2 und 3 nicht wirksam verzichtet werden; dies schließt Vereinbarungen über den Umfang der bestimmungsgemäßen Benutzung im Sinne des Abs.2 nicht aus.

§ 33 TP 5 Abs1 GebG in der geltenden Fassung ordnet an, dass jedenfalls alle Miet- oder Pachtverträge, die nach den Bestimmungen der §§ 1090 ff ABGB zu beurteilen sind, darüber hinaus aber auch jene Verträge, die an sich zwar den Tatbestand des § 1090 erfüllen, aber in der Literatur oder Rechtssprechung verschiedentlich wegen Nichterfüllung sonstiger Voraussetzungen nicht als Bestandverträge gewertet werden, der Gebühr unterliegen.

Von § 33 TP 5 GebG sind daher auch gemischte Rechtsgeschäfte, die sowohl Elemente eines Bestandvertrages als auch solche eines anderen Vertrages enthalten, dann erfasst, wenn sie die für Bestandverträge charakteristischen Merkmale enthalten und somit eine Art Bestandvertrag darstellen. (Vgl.VwGH v.21 .März 2002,99/16/0160)

Ein gültiger Bestandvertrag setzt nach den Vorschriften der §§ 1090 ff ABGB, jedenfalls die Vereinbarung eines bestimmten oder zumindest bestimmbaren Preises voraus.

Gegenstand des Bestandvertrages sind unverbrauchbare Sachen, also Sachen die durch den vertragsmäßigen Gebrauch nicht verbraucht werden können; wozu auch nutzbare Rechte gehören.

Das Wesen einer Vereinbarung ISd. § 33 TP 5 GebG besteht darin eine Sache auf bestimmte Zeit- hierin liegt auch das für die Abgrenzung zum Kaufvertrag maßgebliche Merkmal- gegen Entgelt zum Gebrauch zu erhalten, wobei es gleichgültig ist, auf welche Weise aus der übergebenen Sache Nutzen gezogen wird.(vgl. VwGH vom 19 .Dezember 1986,Zlen 85/15/0249-0253)

Im gegenständlichen Vertrag wird unter Punkt erstens dem Kunden das Recht eingeräumt, die im Anhang I angeführte Rechenleistung und die damit verbundene Software zu nutzen.

In Punkt zweitens wird die Vertragsdauer von 1 .März 2005 bis zum 28 .Februar 2010 bestimmt und in Punkt fünftens wird die Gesamtsumme der dafür zu leistenden monatlichen Zahlungen mit € 24.369.000,00.- bestimmt und ausdrücklich festgehalten, dass der Auftraggeber diese Zahlungen unabhängig von der tatsächliche Nutzung der in Ziffer 1.1. genannten Lieferungen und Leistungen zu leisten hat.

Es geht im gegenständlichem Fall also im Wesentlichen darum, dass dem Kunden das Recht eingeräumt wurde, eine unverbrauchbare Sache für einen bestimmten Zeitraum gegen ein bestimmtes Entgelt zu nutzen. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen liegt somit, unbeschadet, dass der in Rede stehende Vertrag auch Elemente eines Dienst bzw. Werkleistungsvertrages aufweist, (z.B. zur Verfügung stellen von Serviceleistungen, Erbringung von Rechnungsleistungen) und dass lt. Anhang I Zif.2.lit.a und d dieses Vertrages auch nutzungsabhängige Nachzahlungen erfolgen können, ein Bestandvertrag im Sinne des § 33 TP 5 vor.

Zur Ansicht der Bw, Softwareverträge würden grundsätzlich nicht der Gebühr gemäß § 33 TP 5 unterliegen, wird festgestellt:

Bereits im Erkenntnis ZI 94/16/0193 vom 19 .April 1995 wird vom Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass ein Vertrag über die Einräumung der entgeltlichen Nutzung einer Software zu Recht der Gebühr des § 33 TP 5 Abs.1 Z1 GebG unterworfen wurde. Vom VwGH wurde auch in jüngster Rechtsprechung (Erkenntnis ZI.2006/16/0054 vom 7 .September 2006) diese Rechtsansicht bestätigt.

Es liegen daher keine Bedenken vor, Verträge über die vorübergehende Nutzung von Softwareprogrammen grundsätzlich der Gebührenpflicht des § 33 TP 5 Abs.1 Z 1 GebG zu unterwerfen; es sei denn es liegt ein gemäß § 33 TP 5 Abs.4 Z 2 GebG gebührenbefreiter Werknutzungsvertrag vor.

Unter Werknutzungsverträge sind Verträge über die Erteilung einer Werknutzungsbewilligung oder die Überlassung eines Werknutzungsrechtes zu verstehen (vgl. Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren, Rz 158 zu § 33 TP 5 GebG.).

Die Bw. sieht- für den Fall, dass die erkennende Behörde zum Schluss kommt, es wäre mit dem gegenständlichen Vertrag, ein nicht ausschließliches, befristetes und entgeltliches Recht zur Nutzung einer Software eingeräumt worden- das Vorliegen eines Werknutzungsvertrages gemäß § 33 TP5 Abs.4 Z 2 vor allem darin, dass dem Kunden vertraglich eingeräumt wird, die genannten Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz in seinem Unternehmen zu nutzen, diesem, iSd. § 24 Abs.1 UrhG, gestattet wird, das Werk auf einzelne nach den §§ 14-18a UrhG vorbehaltenen Verwertungsarten (Installation und Benutzung als Vervielfältigungshandlung) zu benutzen. Nach Ansicht der Bw. wäre damit eine Werknutzungsbewilligung erteilt worden.

Es ist unbestritten, dass es sich bei den vom gegenständlichen Vertrag umfassten Computerprogrammen um Werke iSd § 40 a UrhG handelt und dass die Bw. als Dienstgeber iSd. § 40 b UrhG anzusehen ist.

§ 14 UrhG räumt dem Urheber, unter den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen, das ausschließliche Recht ein, das Werk auf die ihm durch die folgenden Vorschriften vorbehaltenen Arten, etwa durch Vervielfältigung und Verbreitung zu verwerten (Verwertungsrechte). Das Urheberrechtsgesetz bestimmt solche Beschränkungen der Verwertungsrechte unter anderem in seinem VII. Abschnitt für freie Werknutzungen; für freie Werknutzungen von Computerprogrammen iSd. Urheberrechtsgesetzes regelt wiederum § 40d UrhG besonderes. Das bloße Recht zur freien Werknutzung nach § 40 d UrhG leitet sich weder aus der Erteilung einer Werknutzungsbewilligung noch aus der Überlassung eines Werknutzungsrechtes ab und ist daher nicht Gegenstand eines Werknutzungsvertrages. (VwGH vom 7. September 2006, Zl. 2006/16/0054)

Daraus folgt, dass das dem Kunden eingeräumte Recht zur Installation und Vervielfältigung der genannten Computerprogramme, soweit dies für die bestimmungsgemäße Benutzung der Programme in seinem Unternehmen notwendig ist, sich aus der Bestimmung des § 40 d Abs. 3 UrhG ergibt, und keine Ausübung des Verwertungsrechtes iSd. § 15 UrhG darstellt.

Weder aus den Einlassungen der Bw. noch aus dem vorliegenden Vertrag geht hervor, dass dem Kunden ein vertraglich weitergehendes Recht, etwa auf Vervielfältigung, Verbreitung oder auf anderweitige Verwertung des Computerprogramms nach den Bestimmungen der §§ 15 ff UrhG eingeräumt worden wäre.

Da im gegenständlichen Fall, aus den aufgezeigten Gründen, vom Vorliegen eines Bestandvertrages ausgegangen wird, und dem Kunden keine Nutzung des Computerprogramms in einem solchen Umfang eingeräumt wurde, die einem Verwertungsrecht nach dem §§ 14 ff UrhG gleichzuhalten wäre, ist schon aus diesem Grunde die Gebührenpflicht iSd § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 gegeben.

Der Berufung war daher der Erfolg zu versagen und spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 12. März 2007

