



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 29. Juni 2005 wurde zwischen der Bw. und ihrem Kunden der W. ein "Enterprise Software and Services Option"-Vertrag, (ESSO-Vertrag) abgeschlossen, wodurch der W. von der Bw. gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr, Lizenzen, Subscriptions und Support bzw. Maintenance für bestimmte Computerprogramme and Services erhielt. Dieser Vertrag wurde befristet vom 30. Juni 2005 bis zum 31. Dezember 2008 gegen eine Gesamtgebühr idHv.

€ 4.560.000,00 abgeschlossen. In diesem Vertrag wurde festgestellt, dass der B. die Lizenz zur Nutzung des Programms nicht ausschließlich erteilt wurde.

Mit Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrsteuern vom 13. Februar 2006 wurde gegenüber der Bw. die Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 GebG idHv. € 54.720,00, ausgehend von einer Bemessungsgrundlage im Betrage von € 5.472.000,00 (Gesamtgebühr idHv € 4.560.000,00 zuzüglich 20% Umsatzsteuer idHv € 912.000,00) festgesetzt.

Die dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet abgewiesen und dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass dem Kunden weder das ausschließliche Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Programms, noch Verwertungsrecht iSd. §§ 14-18 UrhG eingeräumt worden wären. Darüber hinaus wäre die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen nur durch den Urheber oder durch die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 1 VerwGesG durch Verwertungsgesellschaften vorgesehen.

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

I.	Vorbemerkungen
----	-----------------------

*Grundlage des Bescheids ist der Enterprise Software and Services Option Vertrag zwischen der Bw. und der B. vom 29. Juni 2005 (der "**Vertrag**"), der der Behörde vorliegt. Im Wesentlichen räumt die Bw. der W. im Vertrag gegen die Entrichtung eines wiederkehrenden Entgelts das Recht ein, Software zu nutzen sowie Serviceleistungen in Anspruch zu nehmen.*

II.	Berufungsbegründung
A.	Softwareverträge keine Bestandverträge gemäß § 33 TP 5 GebG

Der Befreiungsbestimmung für Werknutzungsverträge gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG, die im vorliegenden Fall anwendbar ist (wie unten Punkt B. näher ausgeführt wird), bedürfte es für Verträge über die **Nutzung von Software** nicht. Durch die GebG Novelle 1976 wurde der Gebührentatbestand gemäß § 33 TP 5 GebG um sonstige Verträge, wodurch jemandem der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis überlassen wird, ergänzt. Aus diesem Anlass wurde auch die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG eingeführt. Werknutzungsverträge sind zunächst **keine Bestandverträge** gemäß §§ 1090 ff ABGB. Die Einräumung von Werknutzungsrechten und Werknutzungsbewilligungen ist im Urheberrechtsgesetz (UrhG) eingehend geregelt; die Regelungen im UrhG schließen die Anwendung der Bestimmungen von §§ 1090 ff ABGB aus. Werknutzungsverträge fallen freilich auch nach der Erweiterung des Gebührentatbestands durch die GebG Novelle 1976 nicht unter § 33 TP 5 GebG, auch nicht als "sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält. Dieser Gebührentatbestand entstand nach dem Entwurf für ein Gebührengesetz 1975 (das schließlich nicht verabschiedet wurde). Der der Regierungsvorlage (RV) vorausgehende Ministerialentwurf (für ein Gebührengesetz 1974) enthielt neben einer TP für Bestandverträge und sonstige Verträge eine eigene TP mit der Überschrift **Lizenzen**. Diese Tarifpost für Lizenzen nannte neben Lizenzverträgen weiters "Verträge über die Einräumung der Werknutzung (Werknutzungsbewilligungen, Werknutzungsrecht) iS des UrhG". Nach dieser RV fielen Werknutzungsverträge unzweifelhaft nicht unter den Begriff der sonstigen Rechtsgeschäfte zur entgeltlichen Gebrauchsüberlassung. Nichts Anderes gilt für § 33 TP 5 GebG idF GebG Novelle 1976, weil § 33 TP 5 GebG durch die GebG Novelle 1976 unter wörtlicher Übernahme der entsprechenden Bestimmung der RV gebildet wurde. Ein eigener **Gebührentatbestand für Lizenzen** wurde hingegen **nicht** geschaffen. Verträge über die Nutzung von Software sind daher - auch nach der Absicht des Gesetzgebers - **nicht vom Gebührentatbestand gemäß § 33 TP 5 GebG erfasst**. Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass dem GebG nicht eine Bedeutung beigemessen werden dürfe, nach der eine Bestimmung - nämlich die Befreiungsbestimmung gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG - überflüssig sei. Dies ist im Hinblick auf das sehr kasuistische und in legistischer Hinsicht teilweise mangelhafte GebG kein überzeugendes Argument. Überflüssige

Regelungen gibt es im GebG häufig (siehe dazu ausführlich Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 1 13).

B.	Anwendbarkeit der Befreiungsbestimmung gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG
-----------	--

Der Bescheid beruht offenbar auf einer Vorjudikatur des VwGH (27.11.1980, 240/79,). Danach beziehe sich die Befreiung für Werknutzungsverträge auf Verträge im Sinn 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 Werknutzungsbewilligungen ausgegangen. Demnach wird die Ausnahmebestimmung auf Lizenzverträge, die eine juristische Person abschließt, nicht angewendet.

Diese Argumentation des angefochtenen Bescheids liegt zwar auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des VwGH, sie ist aber, wie die jüngere Rechtsentwicklung zeigt, aus zwingenden Gründen nicht mehr aufrecht zu erhalten.

1.	Der Ausnahmetatbestand
-----------	-------------------------------

Gemäß § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG sind Werknutzungsverträge von der Bestandgebühr befreit. Der VwGH legt diese Bestimmung so aus, dass sich die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge auf Verträge im Sinne des § 24 Abs. 1 UrhG beziehe (VwGh 27. November 1980, 240/79, ÖBI 1981/165).

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

2.	Verträge nach § 24 Abs 1 UrhG
-----------	--------------------------------------

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 **Werknutzungsbewilligung und Werknutzungsrecht**. Dies sind die zwei (einzigen) Varianten, in denen der Urheber anderen die Nutzung seines Werkes gestatten kann. Im vorliegenden Fall geht es - erneut - um die Frage, ob der Inhaber eines Werknutzungsrechtes oder einer Werknutzungsbewilligung (also beispielsweise - wie hier - eine juristische Person) seinerseits Werknutzungsbe-*

willigungen im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann, die dann der Gebührenbefreiung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG zu unterstellen sind.

Diese Rechtsprechung des VwGH stammt aus einer Zeit vor Verankerung des Software-schutzes im UrhG und wurde ohne Berücksichtigung der seither erfolgten Änderungen fortgeschrieben. Wenngleich die bisherige Rechtsprechung des VwGH schon ursprünglich im Ansatz verfehlt war, so sprechen - jedenfalls heute - zwingende Erwägungen gegen die Fortschreibung der bisherigen Rechtsprechung. Nach derzeitiger Rechtslage wäre die Nichtanwendung dieser Ausnahmebestimmung auf Fälle wie dem vorliegenden Anlassfall krass rechtswidrig, ja sogar als denkbare Gesetzesanwendung im Sinn der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu beurteilen.

2.1	<i>Geschütztes Werk</i>
2.1.1	<i>Gesetzliche Vorgaben</i>

Tatbestandsvoraussetzung für die Annahme einer Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG ist zunächst, dass sich die Rechtseinräumung auf ein Werk bezieht. Was ein Werk im Sinn des Urheberrechts ist, definiert § 1 UrhG. Demnach sind "Werke im Sinne dieses Gesetzes "eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst."

Es war zunächst zweifelhaft und auch umstritten, ob Computerprogramme überhaupt als Werke im Sinn des UrhG beurteilt werden können. Die bereits zitierte Rechtsprechung des VwGH wurde zu jener Zeit begründet, als diese Zweifel noch argumentierbar waren, zumal damals Computerprogramme nicht speziell im UrhG geregelt waren.

Inzwischen ist allerdings die gemeinschaftsrechtliche Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABI Nr L 122/144 vom 17.5.1991) in Kraft getreten. Diese Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Computerprogramme urheberrechtlich als literarische Werke zu schützen (Art 1 ComputerRL).

*Der österreichische Gesetzgeber hat diese Vorgabe mit der UrheberrechtsgesetzNovelle 1993 (UrhGNov 1993, BGBl 1993/93) umgesetzt. Er hat dazu § 2 Z 1 UrhG (Definition der Werke der Literatur) neu gefasst, sodass dieser nunmehr lautet "Sprachwerke aller Art einschließlich Computerprogrammen (§ 40a)". Damit ist klargestellt, dass **Computerprogramme** ihrer Gattung nach als Werke im Sinn des UrhG in Betracht kommen.*

*Das UrhG schützt allerdings nicht alle Leistungen auf dem Gebiet der Literatur, sondern nur **eigentümliche** geistige Schöpfungen. Auch dazu hat der europäische Gesetzgeber eine Vorgabe normiert. Nach Art 1 Abs 3 ComputerRL werden Computerprogramme geschützt, 'Wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden.'*

Auch insoweit musste der Gesetzgeber der UrhGNov 1993 Umsetzungsmaßnahmen treffen. Er hat daher § 40a UrhG eingefügt. Dieser bestimmt: "Computerprogramme sind Werke im Sinne dieses Gesetzes, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind." Dazu führen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage (596 BlgNR 18. GP 9) aus:

"§ 40a Abs 1 entspricht Art 1 Abs 3 der Computerrichtlinie. Diese Bestimmung über den Werkcharakter von Computerprogrammen wurde in die Richtlinie vor allem deswegen aufgenommen, um der Rechtsprechung in Mitgliedstaaten, vor allem der Bundesrepublik Deutschland, die Grundlage zu entziehen, an den Werkcharakter von Computerprogrammen höhere Anforderungen zu stellen als bei anderen Werkarten, indem eine besondere Werkhöhe verlangt wird. Wenngleich es eine solche Rechtsprechung in Österreich nicht gibt, wurde die Bestimmung vorsorglich in den Entwurf übernommen."

*Dementsprechend geht die Rechtsprechung des OGH davon aus, dass **Computerprogramme urheberrechtlichen Schutz** genießen, wenn es sich um eine individuell geprägte Problemlösung handelt, die durch die Kombination vieler Programmschritte erreicht wird (OGH 9.11.1999, 4 Ob 282/99w - **Ranking** - MR 1999, 346).*

2.1.2	Zum vorliegenden Fall
--------------	------------------------------

Im vorliegenden Fall geht es um einen Vertrag, mit dem die Nutzung der in Anlage A zum Vertrag im Detail angeführten Computerprogramme eingeräumt wird. Dabei handelt es sich um folgende von IBM entwickelte Computerprogramme, die IBM jeweils als IBM Standardsoftware vertreibt:

<i>DB2</i>	<i>eines der weltweit führenden Datenbanksysteme</i>
<i>CICS</i>	<i>Transaktionssystem bzw. -monitoring</i>
<i>IBM Tivoli</i>	<i>Systemmanagement-Software</i>

<i>z/VM</i>	<i>Großrechnerbetriebssystem</i>
<i>Lotus</i>	<i>Eine der weltweit führenden Kommunikationssoftware</i>
<i>Domino</i>	<i>eines der weltweit führenden Mailing- und Anwendungs-programmsysteme</i>
<i>Rational</i>	<i>Applikationsentwicklungs- und Testsoftware</i>
<i>weitere Großrechnersoftware wie</i>	<i>Betriebssystem, Datenbanksystem, Transaktionssystem, Entwicklungssystem, Systemmanagement, etc.</i>

*Im vorliegenden Fall kann nicht zweifelhaft sein, dass die Computerprogramme, an denen unser Vertragspartner mit dem **Vertrag** die Nutzungsbefugnis eingeräumt erhalten hat, **urheberrechtlich geschützte Werke** im Sinn der §§ 1, 2 und 40a UrhG sind.*

2.2	Werknutzungsbewilligung
-----	--------------------------------

*§ 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".*

Auch dazu hat die ComputerRL gemeinschaftsrechtlich Vorgaben gemacht: Gemäß Art 4 ComputerRL umfassen die Ausschließlichkeitsrechte des Rechtsinhabers (ua) 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, Ablufen, 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 B1gNR 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** gehört insbesondere das hier interessierende Vervielfältigungsrecht (§ 15 UrhG).*

Tatsächlich ist das Abspeichern eines Programms in der Computeranlage unseres Kunden eine Vervielfältigung. Weitere Vervielfältigungen finden im Zuge der Benutzung des Computerprogramms durch den Programmlauf statt (vgl etwa OLG Wien 26. 7. 2002, 18 Bs 205/02 - Softwaregebrauch 11 - ecolex 2003, 429 [Braunböck]).

*Der hier zu beurteilende **Vertrag** gewährt dem Vertragspartner die Nutzung der genannten Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz im Unternehmen des Kunden (vgl Pkt*

5. des Vertrags). Damit gestattet der Berechtigte im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einem anderen (Kunden), das Werk auf einzelne nach den §§ 14 bis 18a UrhG vorbehaltene Verwertungsarten (Installation und Benutzung als Vervielfältigungshandlung) zu benutzen. Dies entspricht der Definition der **Werknutzungsbewilligung**.

Anzumerken ist noch, dass § 24 Abs 1 zweiter Satz UrhG als Variante zur Werknutzungsbewilligung das Werknutzungsrecht regelt. Dieses unterscheidet sich dadurch von der Werknutzungsbewilligung, dass dem Vertragspartner das ausschließliche Recht zur Benutzung eingeräumt wird. Im vorliegenden Fall liegt keine Einräumung eines ausschließlichen -Nutzungsrechts vor, sodass -es nicht um die Beurteilung eines Werknutzungsrechts, sondern einer Werknutzungsbewilligung geht

Die Begründung des Bescheids knüpft daran an, dass im vorliegenden Fall keine Übertragung eines Werknutzungsrechts vorliege. Weiters sei aus dem Gesetz nicht ableitbar, dass Werknutzungsbewilligungen an sich weiter übertragbar sind. Diese Begründung ist urheberrechtlich verfehlt. Es geht hier nicht darum, dass eine Werknutzungsbewilligung übertragen wird, sondern darum, dass ein Werknutzungsberechtigter bzw. der Inhaber einer Werknutzungsbewilligung, einem anderen eine Werknutzungsbewilligung einräumt.

2.3	Wer kann eine Werknutzungsbewilligung erteilen?
------------	--

Der entscheidende Punkt im vorliegenden Fall ist die Frage, wer eine Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann. 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 ..."). Dieser Auffassung wurde von der herrschenden Lehre schon früh widersprochen.

Auch dazu hat sich die Rechtslage aber durch die Umsetzung der ComputerRL insoweit geändert, als nunmehr klargestellt ist, dass jedenfalls im Bereich der Rechtseinräumung an Computerprogrammen eine Kette von Rechtseinräumungen vom Programmierer als Urheber an seinen Arbeitgeber und von diesem an den Kunden rechtlich möglich und als Werknutzungsrecht bzw Werknutzungsbewilligung im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG zu qualifizieren ist.

2.3.1	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).

2.3.2	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" 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.

2.3.3	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 Personen gemäß dem für Werken der Literatur geltenden innerstaatlichen Urheberrecht". 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 Programmieren 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 Unterlizenznehmer, der seinerseits eine Werknutzungsbewilligung** einräumt, an den **Endkunden** (zur nicht ausschließlichen Nutzung) - genau so, wie es ja in der Praxis millionenfach geschieht.

2.3.4	Umsetzung in Österreich
--------------	--------------------------------

Würde man also annehmen, dass in Österreich diese Handlungen (Laden, Anzeigen, Ablaufen, Speichern durch den Benützer) 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 BlgNR 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 Werknutzungsbe-
willigungen in einer **Kette von Verträgen** von den Urhebern bis zu den Nutzern möglich und
zulässig ist. Deshalb wurde kein weiterer Umsetzungsbedarf gesehen.*

2.3.5	<i>Das weltweite System der Lizenzierung von Software</i>
--------------	--

*Die gegenteilige Rechtsansicht, dass wir keine Werknutzungsbe-
willigungen einräumen könnten, weil wir keine physische Person und nicht Urheber sind, stünde in krassem Wider-
spruch 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 usw, oder eben wie hier IBM) eingeräumt
werden. Es ist Allgemeinwissen, dass die Nutzung von Software ohne Lizenz eine Urheber-
rechtsverletzung 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 Werknutzungsbe-
willigung nutzt, auch strafrechtlich
durchsetzen konnten (vgl etwa OLG Wien 26.7.2002, 18 Bs 205/02 - Softwaregebrauch 11
-ecolex 2003, 429 [Braunböck]).*

2.3.6	<i>Unvertretbarkeit der gegenteiligen Auslegung</i>
--------------	--

*Eine gegenteilige Auslegung ließe sich auch nicht formalistisch daraus begründen, dass § 24
Abs 1 UrhG von **Werknutzungsbe-
willigung 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 ge-
ben: 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 Werknutzungsbe-
willigung. 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 Werknutzungsbe-
willigung.*

*Der Gesetzgeber ist bei der Konstruktion des Urheberrechtssystems im Übrigen stets davon
ausgegangen, dass diese Rechtseinräumungen an den Endbenutzer **nicht einstufige** sind
(Erteilung einer Werknutzungsbe-
willigung 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 aus-
schließliche Vervielfältigungsrecht ein (Werknutzungsrecht) und der Verleger kann seinerseits
wieder aufgrund dieser Rechtsposition einer Zeitschrift ein nicht ausschließliches Vorabdruck-
recht (Werknutzungsbe-
willigung) einräumen. Oder ein anderes Beispiel: Komponist und Text-
autor räumen dem Produzenten eines Schallträgers (Schallplatte oder heute CD) das aus-
schließliche 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 (Werknutzungsbe-
willigungen) 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 Werknutzungsbe-
willigung 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 Lizenz-
erteilung, so kann dies zu Missbrauch führen. Deshalb sieht § 59 UrhG eine Zwangslizenz vor,
mit der die Erteilung dieser Werknutzungsbe-
willigung erzwungen werden kann. Das Beson-
dere ist hier lediglich die Regelung, dass die Einräumung der Werknutzungsbe-
willigung
zwangsweise durchsetzbar ist. Wie aus den Erläuterungen ganz deutlich hervorgeht, geht
aber der Gesetzgeber davon aus, dass grundsätzlich der Inhaber des Werknutzungsrechts
freiwillig solche Werknutzungsbe-
willigungen erteilen könnte, um Zwangslizenzen zu ver-
meiden. Ganz selbstverständlich geht also der Gesetzgeber davon aus, dass der Inhaber des
Werknutzungsrechts seinerseits Werknutzungsbe-
willigungen 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."*

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

Das VerwGesG ist ein neben dem UrhG stehendes Sondergesetz für bestimmte Unternehmen. Das UrhG enthält an keiner Stelle die Einschränkung, dass nur Urheber oder Verwertungsgesellschaften Werknutzungsbewilligungen erteilen können.

§ 1 Abs. 1 VerwGesG 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 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.2.3.6. dieser Beschwerde zitierten Materialien zu § 58 UrhG.

Nicht jedes Unternehmen, das Inhaber eines Werknutzungsrechtes 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 Werknutzungsrechtes 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 Unterlizenz-

nehmer an die Nutzer im Wege von Werknutzungsbewilligungen vertraglich vereinbart werden kann. Da alle diese Verträge entweder **Werknutzungsrechte oder Werknutzungsbe- willigungen 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/HügellPopp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 BI 13).

Es ist urheberrechtlich anerkannt, dass Werknutzungsberechtigte ihrerseits Werknutzungs- rechte einräumen oder zumindest Werknutzungsbewilligungen erteilen können (Frotz/HügellPopp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 BI 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, dh ein **ausschließliches** Recht, ein- räumt, so muss der Werknutzungsberechtigte im Rahmen der Verwertung die Möglichkeit haben, die Nutzung des Werks auch Dritten durch die Erteilung von Werknutzungsbe- willigungen überlassen zu können. Andernfalls könnte zB ein Verlag nicht einem anderen Ver- lag 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 Werknutzungs- berechtigte ausschließlich juristische Personen sein könnten.

3.	Gebührenrechtliche Schlussfolgerungen
-----------	--

Wollte man den Standpunkt der Abgabenbehörde erster Instanz vertreten, könnte die Nutzungsüberlassung von Software **nie als entgeltliche Einräumung einer Werknutzung** im Sinn von § 33 TP 5 Abs 1 GebG zu verstehen sein, weil die Einräumung eines derartigen Nutzungsrechts gar nicht möglich wäre. Es fiel dann auch keine Rechtsgeschäftsgebühr gemäß § 33 TP 5 GebG an (Arnold, Rechtsgebühren 7 § 33 TP 5 Rz 32a).

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 7 § 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 TP5 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. Werknutzungsbe-
willigung kann eine Werknutzungsbe-
willigung im Sinn des 24 Abs. 1 UrhG einräumen.*

Wie verweisen im Übrigen auf unser Vorbringen in der Berufung.

*Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Vertrag als **Werknutzungsvertrag** im Sinn von § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG zu beurteilen und von der Bestandvertragsgebühr **befreit** ist.*

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 (Werk-

nutzungsbewilligung). Auch kann er einem anderen das ausschließliche Recht dazu einräumen (Werknutzungsrecht).

Gemäß § 40a Abs. 1 UrhG 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; hiezu 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.

Im gegenständlichen Fall ist unbestritten, dass Gegenstand des Vertrages die Berechtigung zur nicht ausschließlichen Nutzung eines Computerprogramms iSd Urhebergesetzes ist.

Eingangs wird von der Bw. bestritten, dass Verträge über die befristete Nutzung von Softwareprogrammen Bestandsverträge sind, welche unter den Tatbestand des § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 fallen.

Dazu ist festzustellen:

Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 19. Dezember 1986, Zlen 85/15/0249 bis 0253, kann von der Überlassung einer Sache zur Nutzung auch dann gesprochen werden, wenn ein dem Nutzungsberechtigten übergebenes Programm von diesem dazu verwendet wird, mit Zustimmung des Nutzungsgebers Kopien herzustellen und die Kopie - allenfalls in abgewandelter Form- zu nutzen. Das Wesen einer Vereinbarung im Sinne des § 33 TP 5 GebG bestehe nämlich darin, eine Sache auf bestimmte Zeit - hierin liege auch das für die Abgrenzung zum Kaufvertrag maßgebende Merkmal- gegen Entgelt zum Gebrauch zu erhalten, wobei es gleichgültig sei, auf welche Weise aus der übergebenden Sache Nutzen gezogen wird (*vgl. Fellner Gebühren und Verkehrsteuern Band 1 2. Teil Stempel und Rechtsgebühren § 33 TP 5, Ergänzung 4S*)

Auch im Erkenntnis ZI 94/16/0193 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 Z 1 GebG unterworfen wurde. Diese Rechtsansicht wurde vom VwGH, in jüngster Rechtssprechung, im Erkenntnis zu ZI. 2006/16/0054 vom 7. September 2006, in welchem über eine, wegen der gleichen Rechtsfrage, anhängigen Beschwerde der Bw. abgeprochen wurde, bestätigt.

Es liegen daher keine Bedenken vor, Verträge über die vorübergehende Nutzung eines Softwareprogramms 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 gebührenbefreiter Werkvertrag vor.

Der Bw. sieht das Vorliegen eines Werknutzungsvertrages 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.

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.).

§ 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, ZI.2006/16/0054)

Daraus folgt, dass das Recht ein Softwareprogramm vertraglich als Endkunde zu nutzen, nur dann unter die Bestimmungen der §§14bis 18 UrhG zu subsumiert, wenn daneben sonstige dort angeführte Verwertungsrechte eingeräumt worden sind.

Das dem Kunden mit dem gegenständlichen Vertrag eingeräumte Recht zur Vervielfältigung und Verarbeitung des in Rede stehenden Computerprogramms, soweit dies für die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms in ihrem Unternehmen notwendig ist, ergibt sich aus der Bestimmung des § 40 d Abs. 3 UrhG, und ist keine Ausübung des Verwertungsrechtes iSd. § 15 UrhG.

Auch aus dem Inhalt des Vorlageantrages geht nicht hervor, dass dem Kunden ein vertraglich weitergehendes Recht, etwa auf Vervielfältigung, Verbreitung oder auf anderweitige Verwertung des Computerprogramms nach den Bestimmungen der §§ 15 ff. eingeräumt worden wäre.

Da dem Kunden keine Nutzung des Computerprogramms in einem solchen Umfang eingeräumt wurde, die einem Verwertungsrecht nach dem §§14 ff UrhG gleichzuhalten wäre, liegt schon deshalb kein Werknutzungsvertrag iSd. § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 GebG vor.

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

Wien, 2 .März 2007