



GZ. RV/1984-W/05

### **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Schönherr Rechtsanwälte OEG, gegen den Bescheid des Finanzamtes Gebühren und Verkehrsteuern betreffend Festsetzung der Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 Gebührengesetz 1957, (GebG), BGBl.Nr. 267/1957 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben und der angefochtene Bescheid wie folgt abgeändert: Bemessungsgrundlage gemäß § 33 TP 5 GebG: € 21.847.478,40 davon 1.v.H = € 218.474,78.

Im Übrigen wird die Berufung 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 30. Dezember 2004 wurde zwischen der Bw, und ihrem Kunden der B. ein "Enterprise Software and Services Option" - Vertrag (Essovertrag) abgeschlossen, wodurch der B von der

Bw. gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr idHv. € 532,866,00 (Gesamt € 18.206.232,00), Lizenzen, Subscriptions und Support bzw. Maintenance für bestimmte Computerprogramme and Services erhielt. Dieser Vertrag wurde befristet vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Dezember 2007 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 8. Juli 2005 wurde gegenüber der Bw. die Rechtsgebühr gemäß § 33 TP 5 GebG idHv. € 384,196,40, ausgehend von einer Bemessungsgrundlage im Betrage von € 38.419.640,40 festgesetzt.

Der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung insoweit stattgegeben, als dass die Gebühr unter Zugrundelegung der Bemessungsgrundlage idHv. € 21.847.478,40 im Betrage von € 218.474,78 festgesetzt wurde. Im übrigen wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und dazu ausgeführt, dass die Befreiung für Werknutzungsverträge iSd. § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 GebG auf Werknutzungsverträge iSd. § 24 UrhG beziehen würden, wobei zwischen Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechte zu unterscheiden wäre. Da im gegenständlichen Fall dem Vertragspartner die Lizenz nicht ausschließlich erteilt worden wäre, wurde keine Übertragung der Werknutzungsrechte vorliegen. § 27 UrhG würde aber eine Veräußerlichkeit ausschließlich für Werknutzungsrechte nicht aber für Werknutzungsbewilligungen vorsehen. § 24 Abs. 1 erster Satz würde die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen nur durch den Urheber vorsehen. Um den Verwertungsgesellschaften die Erteilung von Werknutzungsbewilligungen zu ermöglichen, wäre durch den Gesetzgeber die Sonderregelung des § 1 Abs. 1 Verwertungsgesellschaftengesetz (VerwGesG) geschaffen worden. Aus dieser Bestimmung wäre aber die allgemeine Verkehrsfähigkeit von Werknutzungsbewilligungen nicht ableitbar.

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

### **A. Vorbemerkungen**

*Grundlage des Bescheids ist der Enterprise Software and Services Option Vertrag zwischen der Bw. und der B. vom 30.12.2004 (der "**Vertrag**"), der der Behörde vorliegt.*

### **B. 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 zu C. 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/HügellPopp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 1 13).

### **C. 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, ÖBl 1981, 165). 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**

*§ 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG bestimmt: "Gebührenfrei sind ... Werknutzungsverträge*

*Der Bescheid geht daher zutreffend davon aus, dass "im GebG selbst kein Hinweis darauf zu finden" ist, "dass der Vertrag mit dem Urheber selbst abgeschlossen werden muss".*

*Der VwGH legt diese Bestimmung - in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung - so aus, dass sich die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge auf **Verträge im Sinn des § 24 Abs 1 UrhG** bezieht (VwGH 27.11.1980, 240/79, ÖBI 1981, 165).*

## **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 Werknutzungsrechts oder einer Werknutzungsbewilligung (also beispielsweise - wie hier - eine juristische Person) seinerseits Werknutzungsbewilligungen 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 denkunmögliche Gesetzesanwendung im Sinn der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu beurteilen.*

## 2.1 Geschütztes Werk

### 2.1.1 Gesetzliche Vorgaben

*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 einschließlic 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>Computerprogramm (Produktfamilie)</i>	<i>Kurzbeschreibung</i>
<i>DB2</i>	<i>eines der weltweit führenden Datenbanksysteme</i>
<i>WebSphere (inklusive WBI)</i>	<i>Laufzeit- und Entwicklungsumgebung für JAVA Applikationen</i>
<i>IBM Tivoli</i>	<i>Systemmanagement-Software</i>
<i>Programme in Anlage A7</i>	<i>Die in Anlage A7 aufgelistete Großrechnersoftware ist des Herzstück der IT Landschaft des Kunden: Betriebssystem, Datenbanksystem, Transaktionssystem, Entwicklungssystem, Systemmanagement</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**.

### **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 ver-*

wendet; 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 Werknutzungsbewilligungen 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 Das weltweite System der Lizenzierung von Software

Die gegenteilige Rechtsansicht, dass wir keine Werknutzungsbewilligungen 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 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 Werknutzungsbewilligung 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 Unvertretbarkeit der gegenteiligen Auslegung

Wollte man wirklich die Meinung vertreten, dass derartige Lizenzen (Werknutzungsbewilligungen) nach österreichischem Recht gar nicht erteilt werden können? Wollte man wirklich die Meinung vertreten, dass Software daher gar nicht lizenzierbar ist? Wollte man wirklich die Meinung vertreten, dass daher jedermann jede Software frei raubkopieren, vervielfältigen und benutzen darf? Dies wäre ein bizarres Ergebnis.

Dieses Ergebnis ließe sich auch nicht formalistisch daraus begründen, dass § 24 Abs 1 UrhG von **Werknutzungsbewilligung 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."*

*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/HügellPopp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 113).*

*Es ist urheberrechtlich anerkannt, dass Werknutzungsberechtigte ihrerseits Werknutzungsrechte einräumen oder zumindest Werknutzungsbewilligungen erteilen können (Frotz/HügellPopp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B 113). 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, 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 zB 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.*

### **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 fiele 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 1.3.1993 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.

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 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), 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 (§§ 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 § 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).

In § 27 Abs. 1 leg.cit. wird die Vererblichkeit und Veräusserlichkeit von Werknutzungsrechten bestimmt.

§ 1 Abs. 1 Verwertungsgesellschaftsgesetz (VerwGesG) bestimmt, dass ein Unternehmen, das darauf gerichtet ist, Vortrags- oder Senderechte an Sprachwerken oder Aufführungs- oder Senderechte an Werken der Tonkunst (§§ 14-18 des Urheberrechtsgesetzes BGBl.Nr. 111/1936) dadurch nutzbar zu machen, dass den Veranstaltern von öffentlichen Vorträgen, von konzertmäßigen Aufführungen oder von Rundfunksendungen die dazu erforderlichen Werkbenutzungsbewilligungen gegen Entgelt erteilt werden, nur mit besonderer Genehmigung des Bundesminister für Unterricht (§ 28 Abs. 2) betrieben werden darf. Ausgenommen sind Rundfunksendungen von Bühnenwerken, wenn die Sendung eine Bühnenaufführung oder eine nach Art einer solchen Aufführung für Sendezwecke vorgenommene Wiedergabe des Werkes zum Gegenstand hat, sowie Rundfunksendungen von Hörspielen.

Computerprogramme sind Werke im Sinne dieses Gesetzes, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind (§ 40a Abs. 1 UrhG).

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 solche 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).

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob der in Rede stehende Esso Vertrag ein gebührenfreier Werknutzungsvertrag iSd. § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 GebG ist.

Im Erkenntnis der Verwaltungsgerichtshofes vom 27. November 1980, Zl. 240/79 wird festgestellt, dass sich die Gebührenfreiheit für Werknutzungsverträge auf Verträge im Sinne des § 24 UrhG bezieht. Auch in der neueren Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird unter Zl. 94/16/0193, im Zusammenhang mit der vertraglichen Einräumung einer entgeltlichen Softwarenutzung, auf die Ausführungen des vorstehenden Erkenntnisses verwiesen.

In der Richtlinie des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (ABl Nr.L 122/144 vom 17. Mai 1991) werden in Art. 1 Computerprogramme als literarische Werke geschützt, sofern sie individuelle Werke in dem Sinn darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers sind. In Umsetzung dieser Bestimmung wurde mit der Urheberrechtsnovelle 1993 BGBl. 93/1993 § 40 a UrhG eingeführt, wonach Computerprogramme als Werke im Sinne dieses Gesetzes sind, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.

In Art. 2 Abs. 3 wird ausschließlich dem Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmer in Wahrung seiner Aufgaben oder nach den Anweisungen seines Arbeitgebers ein Computerprogramm im Sinne des Art. 1 geschaffen hat, die Ausübung aller Wirtschaftlichen Rechte zuerkannt, sofern keine andere vertragliche Vereinbarung getroffen wird. Unter den Wirtschaftlichen Rechten sind die in Art. 4 angeführten Ausschließungsrechte, welche den in §§ 15-18a UrhG enthaltenen Verwertungsrechten entsprechen, zu verstehen.

In Umsetzung dieser Bestimmung wurde mit der Urheberrechtsnovelle 1993 BGBl. 93/1993 die §§ 40b, 40c eingeführt, wonach einem Dienstgeber an Computerprogrammen, die von dessen Dienstnehmer in Erfüllung seiner dienstrechtlichen Obliegenheiten geschaffen worden sind, nicht nur ein unbeschränktes Werknutzungsrecht eingeräumt, sondern auch das Recht erteilt, dieses Werknutzungsrecht, wenn mit dem Urheber nichts anderes vereinbart ist, auf einen anderen zu übertragen.

Mit dem in Rede stehenden Vertrag wurde der B. von der Bw. die Nutzung bestimmter Softwareprogramme zur Installation und zum Einsatz in deren Unternehmen gestattet. Dass damit die Bw. ihr für diese Programme zustehendes unbeschränktes Werknutzungsrecht eingeräumt hat, ist aus dem Vertragsinhalt nicht ersichtlich und wurde auch nicht behauptet.

Das Recht ein Softwareprogramm vertraglich als Endkunde zu nutzen, ist nur dann unter die Bestimmungen der §§ 14 bis 18 UrhG zu subsumieren, wenn daneben sonstige dort angeführte Verwertungsrechte eingeräumt worden sind. Das Recht zur Vervielfältigung und Verarbeitung des vertragsgegenständlichen Programms, durch die zur Nutzung berechnigte B., 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. Die Einräumung weiterer Verwertungsrechte sind aus dem Vertragsinhalt heraus nicht zu erkennen.

Somit wurden mit dem gegenständlichen Vertrag zwar Nutzungsrechte eingeräumt, diese stellen sich aber deswegen nicht als Werknutzungsrechte dar, weil hiermit nicht die Einräu-



mung einzelner oder aller der in §§ 14 bis 18 UrHG vorbehaltenen Verwertungsarten verbunden war.

Die Berechtigung der B. ein Programm und alle Lizenzrechte und Verpflichtungen an Dritte zu übertragen, kann schon deshalb nicht als Werknutzungsvertrag iSd. § 33 Abs. 4 Z 2 gewertet werden, weil es sich bei der B. weder um den Urheber des Programms oder um den Dienstgeber iSd. § 40 b UrHG handelt, noch um eine nach der Bestimmung § 1 Abs. 1 VerwGesG zur Vergabe von Werknutzungsbewilligungen berechtigte Person handelt.

Zum Einwand der Bw. dass, aufgrund der Bestimmungen der vorstehend angeführten Richtlinie und des § 40c UrHG auch Werknutzungsbewilligungen durch den Inhaber eines Werknutzungsrechtes - unbeschadet des § 1 Abs. 1 VerwGesG - übertragen werden können, ist zum einen auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. April 1995

Zl. 94/16/00193 hinzuweisen, worin zwar festgestellt wurde, dass bei der Frage ob ein Werknutzungsrecht auch von einer anderen Person, als den Urheber auf eine dritte Person, im Wege des gemäß § 33 TP 5 Abs. 4 Z 2 GebG der Gebührenbefreiung zugänglichen Werkvertrages übertragen werden können, die Bestimmungen des seit der Novelle BGBl. 93/1993 geltenden § 40 c UrHG zu berücksichtigen sind, jedoch zur Frage der Erteilung einer Werknutzungsbewilligung nachstehendes feststellt wurde:

*§ 27 UrhG sieht eine Veräußerlichkeit nur für das Werknutzungsrecht vor, wohingegen betreffend die Werknutzungsbewilligung eine entsprechende Regelung fehlt. Werknutzungsbewilligungen sind einer Weiterübertragung nicht zugänglich. (Hinweis Hertin in Nordemann-Vinck-Hertin, Urheberrecht/ 6 Randziffer 1a zu § 31 und Randziffer 1 zu § 34 deutsches UrhG). Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 UrhG kann die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen nur durch den Urheber (und daher niemals durch eine juristische Person) erfolgen. Aus diesen Grund bedurfte es auch einer Sondervorschrift in Gestalt des § 1 Abs. 1 VerwGesG, um den so genannten Verwertungsgesellschaften die Erteilung von Werknutzungsbewilligungen zu ermöglichen. (Hinweis insbesondere die bei Dittrich, MGA Österreichisches und internationales Urheberrecht 2/798 ff ersichtlichen EB z VerwGesG, insbesondere 803, 804). Anders als Schönherr in seiner Glosse zum Erkenntnis des VwGH vom 27. November 1980, 240/79, in ÖBl. 1981, 166 und 167 dies sah, ist § 1 Abs. 1 VerwGesG kein Beleg dafür, dass Werknutzungsbewilligungen an sich weiter übertragbar sind, sondern vielmehr eine Ausnahmebestimmung.*

Auch Fellner weist in *Fellner Gebühren und Verkehrsteuern Band I, 2. Teil Stempel- und Rechtsgebühren zu § 33 TP 5, 51 D*, im Zusammenhang mit der Erteilung von Werknutzungsbewilligungen durch juristische Personen lediglich darauf hin, dass gemäß § 40c

UrhG idF BGBl. 1993/93 Werknutzungsrechte an Computerprogrammen, wenn vom Urheber nichts anderes vereinbart worden ist, ohne dessen Einwilligung auf einen anderen übertragen werden können.

Zum anderen geht es in dieser gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen in erster Linie um den Schutz der Schädigung des gemeinschaftlichen Marktes durch unkontrollierte Vervielfältigungen der von dieser Bestimmung erfassten Computerprogramme. Daher wird den Urhebern bzw. den Dienstgebern, iSd. Art. 2 Abs. 3, das Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt, die nicht erlaubte Vervielfältigung von Computerprogrammen zu untersagen. Dazu werden lediglich einzelnen, für die zur Benutzung dieses Werkes berechtigten, Personen begrenzte Ausnahmen eingeräumt, welche in § 40 d UrhG Niederschlag fanden. Über die Veräußerung aller oder einzelner in Artikel 4 dieser Richtlinie enthaltenen, den Verwertungsrechten des UrhG (§§ 15-18a) entsprechenden Ausschließlichkeitsrechten durch einen Dienstgeber, iSd. Art. 2 Abs. 3, an andere finden sich in der Richtlinie keine Regelungen.

Der Ansicht des Bw., dass aufgrund der Bestimmungen dieser Richtlinie der Sondervorschrift des § 1 Abs. 1 VerwGesG keine Geltung zukommt, kann daher nicht gefolgt werden.

Da im vorliegenden Fall zwischen der Bw. der B. das Recht zur entgeltlichen Softwarenutzung im Wege eines befristeten Vertrages begründet wurde, ohne dass die Bw. als Verwertungsgesellschaft iSd. § 1 Abs.1 VerwGesG anzusehen ist, wurde der Vertragspartnerin mit dem in Rede stehenden Vertrag keine Werknutzungsbewilligung im Sinne des § 24 Abs. 1 erster Satz UrhG eingeräumt.

Der Befreiungstatbestand des § 33 TP5 Abs. 4 Z 2 GebG ist somit nicht erfüllt.

Zum Einwand der Bw. das Verträge über die Nutzung einer Software überhaupt nicht unter den Tatbestand des § 33 TP 5 GebG zu subsumieren sind, wird festgestellt:

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 Verkehrssteuern 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.

Das Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern ging daher zu Recht davon aus, die Einräumung der Softwarenutzung dem Gebührentatbestand des § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG zu unterwerfen.

Die Geltendmachung einer zu hohen Bemessungsgrundlage bei der Bemessung der Gebühr erfolgte aus folgendem Grund zu Recht:

Gemäß § 33 TP 5 Abs. 1 Z 1 GebG beträgt die Gebühr grundsätzlich 1v.H.vom Wert. Unter Wert ist im gegenständlichen Fall alles zu verstehen, was die Nutzungsberechtigte aufwendet, um die Nutzung des Software zu erreichen. Dazu gehört die monatliche Gebühr in der Gesamthöhe von € 18.206.232,00 sowie die Umsatzsteuer. Nicht dazu gehören die unter Punkt 5 des Vertrages angeführten Höchstbeträge idHv. € 16.572,162,00. Damit wird lediglich die Höchstleistungsverpflichtung der Bw. gegenüber der B. bestimmt.

Die Gebühr ist daher idHv. € 218.474,78 (= 1.v.H. von der Bemessungsgrundlage im Betrage von € 21.847.478,00 = Gebühr idHv. € 18.206.23,00+20% USt) zu bemessen. Dadurch ergibt sich gegenüber der im Erstbescheid festgesetzten Gebühr idHv. € 384.196,40 eine Gutschrift idHv. € 165.721,62.

Aus den aufgezeigten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 28. März 2006