

■ ÖStZ 2006/1126, 534

Rechtsgeschäftsgebühr bei Softwarelizenzverträgen?

In einem jüngst gefällten Erkenntnis hat sich das fiskale Höchstgericht¹⁾ erneut mit der Frage befasst, ob die vertragliche Einräumung eines befristeten, entgeltlichen Nutzungsrechtes an einem Softwareprogramm durch ein Softwarehaus als Werknutzungsvertrag anzusehen ist?

RA Dr. Clemens Thiele
LL.M. Tax (GGU)^{*)}
Salzburg

1. Einleitung

Nach § 33 TP 5 Abs 1 des Gebührengesetzes 1957 (GebG)²⁾ unterliegen Bestandverträge (§§ 1090 ff ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, einer Rechtsgeschäftsgebühr. Gem § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG sind Werknutzungsverträge sowie Patent-, Marken- und Musterlizenzverträge gebührenfrei. Nach stRsp³⁾ ist die Einräumung der Softwarenutzung der Gebührenpflicht zu unterwerfen; die hL⁴⁾ nimmt demgegenüber eine Gebührenbefreiung an. Ob dies aus urheberrechtlicher Sicht zutrifft, erörtert der folgende Beitrag.

2. Problemstellung

Im Dezember 2004 wurde zwischen dem Softwareunternehmen, der späteren Beschwerdeführerin (kurz: Bf) und ihrer Kundin, der Bundesrechenzentrum GmbH (kurz: BRZ), ein „Enterprise Software and Services Option“-Vertrag (kurz: „Esovertrag“) abgeschlossen, wodurch der BRZ von der Bf gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr iHv 532,866,00 € (Gesamt 18.206.232,00 €), Lizenzen, Subscriptions und Support bzw Maintenance für bestimmte Computerprogramme und Services erhielt. Dieser Vertrag wurde befristet vom 1. 1. 2005 bis zum 31. 12. 2007 abgeschlossen. In diesem Vertrag wurde festgestellt, dass der BRZ die Lizenz zur Nutzung des Programms nicht ausschließlich erteilt wurde.

Mit Bescheid des Finanzamtes für Gebühren und Verkehrssteuern wurde gegenüber der Bf die Rechtsgebühr gem § 33 TP 5 GebG iHv 384,196,40 € festgesetzt und mit Berufungsvorentscheidung dahin gehend korrigiert, dass die Gebühr unter Zugrundelegung der (korrigierten) Bemessungsgrundlage iHv 21.847.478,40 € im Betrag von 218.474,78 € festgesetzt wurde. Der UFS Außenstelle Wien gab der Berufung teilweise

statt und änderte die Bemessungsgrundlage gem § 33 TP 5 GebG auf 21.847.478,40 € davon die Rechtsgebühr iHv auf 218.474,78 €. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen⁵⁾.

Die Bf beschwerte sich gegen die Vorschreibung der Rechtsgeschäftsgebühr dem Grunde nach und brachte im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Wesentlichen vor, Softwareverträge wären gar keine Bestandverträge nach § 33 TP 5 GebG, daher generell gebührenfrei; darüber hinaus käme ihr der Befreiungstatbestand des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG zu gute, da der zu beurteilende Vertrag dem Vertragspartner die Nutzung der genannten Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz im Unternehmen des Kunden gewährte. Damit gestattete der Berechtigte im Sinne 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 entspreche der Definition der Werknutzungsbevollmächtigung, die unter den Befreiungstatbestand falle.

Der VwGH wies die Beschwerde als unbegründet ab, da weder den Feststellungen des angefochtenen Bescheides noch der Abschrift des Vertrages samt seinen Anlagen ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen wäre, dass das dem Kunden eingeräumte Nutzungsrecht am Computerprogramm über das hinausgeht, worüber er ohnehin schon nach § 40d UrhG ex lege verfüge⁶⁾.

3. Meinungsstand

3.1 Gebührenpflicht

Nach stRsp⁷⁾ und einem Teil der Lehre⁸⁾ sind unter „Werknutzungsverträgen“ jene über die Erteilung einer Werknutzungsbevollmächtigung oder die Überlassung eines Werknutzungsrechtes zu verstehen⁹⁾. Es handelt sich um Dauerschuldverhältnisse ähnlich der Miete. Die entgeltliche Überlassung eines Programms an einen Endanwender auf Zeit stellt geradezu einen typischen Fall des Bestandvertrages dar, und zwar unabhängig davon, ob Com-

*) RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at, gerichtlich beedeter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign, sowie Verfasser des Standardkommentars zum Werbeabgabegesetz 2000; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

1) VwGH 7. 9. 2006, 2006/16/0054, nv.

2) BGBl 1957/267, das G stellt eine Wiederverlautbarung des Gebührengesetzes 1946 dar und wurde vielfach novelliert. Die derzeit gültige Fassung ergibt sich aus BGBl I 2006/121.

3) Siehe dazu gleich unten Pkt. 3.1.

4) Arnold, Rechtsgebühren Kommentar³ (2006) § 33 TP 5 Rz 32a; ders, Entscheidungsanmerkung, AnwBl 1981, 464; Fellner, Gebühren und Verkehrssteuern, Band 1, Stempel und Rechtsgebühren, § 33 TP 5 Rz 159 aE; Frotz/Hügell/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz zu § 33 TP 5 B. I. 13; Schönherr, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 1981, 165, 167; Wolff, Softwarelizenzverträge und Rechtsgeschäftsgebühr, EDVuR 1987, 4, 6 f.

5) UFSW 28. 3. 2006, RV/1984-W/05, abrufbar unter <https://findok.bmf.gv.at/findok/showBlob.do?base=UfsBmfPdf&rid=18553> (besucht am 12. 10. 2006).

6) Siehe zur weiteren Begründung gleich unten Pkt 3.1.

7) VwGH 27. 11. 1980, 0240/79, AnwBl 1981, 464 (krit Arnold) = ÖBl 1981, 165 (krit Schönherr); 19. 12. 1986, 85/15/0249-0253, VwSlg 6179 F = EDVuR 1987/1, 7 = wbl 1987, 196.

8) Höller, Die Auswirkungen der Urheberrechtsgesetznovelle im Steuerrecht, EDVuR 1993, 13, 16 f.

9) Vgl Fellner, Stempel- und Rechtsgebühren, Rz 158 zu § 33 TP 5 GebG.

puterprogramme als urheberrechtliche Werke anzusehen sind oder nicht¹⁰).

Die stRsp¹¹ bezieht die Befreiungsbestimmung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG für Werknutzungsverträge nur auf „Vereinbarungen im Sinn des § 24 UrhG“. Die zuletzt genannte Bestimmung¹² sehe die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen nur durch den Urheber vor. Lediglich für Verwertungsgesellschaften wäre eine Sonderregelung in § 1 Abs 1 VerwGesG 1936 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 angewendet¹³.

Diese verfestigte Judikaturlinie geht zurück auf eine frühe Leitentscheidung des VwGH¹⁴, wonach beide Arten von Werknutzungsverträgen – sowohl die Einräumung der Werknutzungsbewilligung als auch die Einräumung des Werknutzungsrechtes – gebührenfrei sind, allerdings nur dann, wenn diese Rechte der Urheber selbst einräumt¹⁵. Diese (dem GebG nicht zu entnehmende) Einschränkung beruhe darauf, dass dem weiten Grundtatbestand des § 33 TP 5 Abs 1 GebG der **enge Befreiungstatbestand des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG** gegenüber zu stellen sei.

Die Befreiungsbestimmung sei weiters auch dann nicht anzuwenden¹⁶, wenn das Softwarehaus dem Kunden zwar das Nutzungsrecht am Computerprogramm einräumt, ihm aber jegliche Untervermietung, Weitergabe oder Übertragung dieser Softwareprodukte ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Softwaregebers untersagt. Da insoweit das Recht zur Vervielfältigung und Verarbeitung des vertragsgegenständlichen Programms durch den zur Nutzung berechtigten Kunden, soweit dies für die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms in seinem Unternehmen notwendig ist, aus der Bestimmung des

§ 40d Abs 3 UrhG folge, liege keine Einräumung der Verwertungsrechte nach §§ 14 bis 18a UrhG vor, sondern vielmehr eine bloß „freie Werknutzung“¹⁷.

Gem § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG beträgt die **Höhe der Gebühr** grundsätzlich 1 % vom sog Wert. Unter dem „Wert“ ist nach stRsp¹⁸ im Sinne des § 304 ABGB alles zu verstehen, was der Nutzungsberechtigte aufwendet, um die Nutzung der Software zu erreichen. Dazu gehört nach § 33 TP 5 Abs 2 GebG die gesamte Lizenzgebühr ebenso wie die Umsatzsteuer, aber auch die im Vertrag vereinbarten Nebenleistungen für Service- und Wartung¹⁹ und die Datenbankunterstützung bestehend aus Schulung für fünf Personen, ad hoc Unterstützung und Applikationsdesign sowie die Einführungsunterstützung²⁰.

3.2 Gebührenfreiheit

Für einen Teil der Lehre²¹ gehören die „Werknutzungsverträge“ weder zu den Bestandverträgen noch zu den sonstigen Verträgen nach § 33 TP 5 Abs 1 GebG. Die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge sei an sich überflüssig und diene nur zur Klarstellung. Dessen ungeachtet müsste aber nach der hL²² die Befreiungsbestimmung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG auch dann anwendbar sein, wenn die Rechtseinräumung nicht durch den Urheber oder einen Rechtsnachfolger von Todes wegen erfolgt, sondern im Rahmen vertraglicher Vereinbarung durchgeführt wird.

Die im zitierten **Schrifttum** zum Teil **heftig** geäußerte **Kritik** an der Auffassung der Rsp, ein Software-Nutzungsvertrag wäre gebührenpflichtig, stellt vor allem auf die geänderten urheberrechtlichen Rahmenbedingungen durch die Computersoftware-Richtlinie der Europäischen Union ab und die Möglichkeit, dass Werknutzungsberechtigte ihrerseits Werknutzungsrechte einräumen und Werknutzungsbewilligungen erteilen können. Aus den urheberrechtlichen Vorschriften ergibt sich für einen Teil der Lehre²³ eindeutig, dass Nutzungsrechte an Computerprogrammen (Software) von der Befreiungsbestimmung gem § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG **mindestens seit 1. 3. 1993** erfasst sind. In einem Erkenntnis²⁴ führt das Höchstgericht denn auch aus,

10) Ertl/Wolff, Die Software im österreichischen Zivilrecht (1991), 183.

11) VwGH 27. 11. 1980, 0240/79, AnwBl 1981, 464 (krit Arnold) = ÖBl 1981, 165 (krit Schönherr); 19. 12. 1986, 85/15/0249-0253, VwSlg 6.179 F = EDVuR 1987/1, 7 = wbl 1987, 196; 24. 3. 1994, 92/16/0129, AnwBl 1994, 828 = ARD 4587/37/94 = ÖStZB 1995, 184 = SWK 1994, R 117; 19. 4. 1995, 94/16/0193, AnwBl 1995/6076, 921 = ARD 4678/6/95 = ecolex 1995, 672 = JUS F/925 = ÖStZB 1995, 405 = ÖStZB 1996, 23 = SWK 1995, R 129 = VwSlg 6.991 F; 21. 3. 2002, 99/16/0160, ARD 5342/19/2002 = ecolex 2002/270, 696 = ÖJZ VwGH F 2004/45, 76 = SWK 2002, R 82 = SWK 2002, 1308; 7. 9. 2006, 2006/16/0054, nv; UFSS 26. 8. 2005, RV/0004-S/05, nv.

12) § 24 UrhG, BGBl 1936/111, zuletzt geändert durch BGBl I 2003/32, lautet: „(1) Der Urheber kann anderen gestatten, das Werk auf einzelne oder alle nach den §§ 14 bis 18a dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsarten zu benutzen (Werknutzungsbewilligung). Auch kann er einem anderen das ausschließliche Recht dazu einräumen (Werknutzungsrecht). (2) Eine Werknutzungsbewilligung, die vor Einräumung oder Übertragung eines Werknutzungsrechts erteilt worden ist, bleibt gegenüber dem Werknutzungsberechtigten wirksam, wenn mit dem Inhaber der Werknutzungsbewilligung nichts anderes vereinbart ist“.

13) Deutlich VwGH 19. 12. 1986, 85/15/0249-0253, VwSlg 6.179 F = EDVuR 1987/1, 7 = wbl 1987, 196.

14) Erkenntnis vom 27. 11. 1980, ZI 0240/79, AnwBl 1981, 464 (krit Arnold) = ÖBl 1981, 165 (krit Schönherr).

15) Dies wird aus der Unübertragbarkeit von Urheberrechten nach § 23 UrhG sowie den §§ 27 ff UrhG abgeleitet.

16) VwGH 19. 12. 1986, 85/15/0249-0253, VwSlg 6.179 F = EDVuR 1987/1, 7 = wbl 1987, 196; 19. 4. 1995, 94/16/0193, AnwBl 1995/6076, 921 = ARD 4678/6/95 = ecolex 1995, 672 = JUS F/925 = ÖStZB 1995, 405 = ÖStZB 1996, 23 = SWK 1995, R 129 = VwSlg 6.991 F.

17) Glega, Der gebührenrechtliche Tatbestand „Bestandverträge“ in § 33 TP 5 GebG unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen über die entgeltliche Überlassung von EDV-Programmen, FJ 1983, 14, 15 f.

18) Statt vieler VwGH 28. 2. 2002, 2001/16/0606, SWK 2002, 1228 = SWK 2002, R 72 = ÖStZB 2002/860, 1076 = ÖBA 2003, 836 = ÖBA 2003, 834.

19) VwGH 21. 3. 2002, 99/16/0160, ecolex 2002/270, 696 = ARD 5342/19/2002 = SWK 2002, R 82 = SWK 2002, 1308 = ÖJZ VwGH F 2004/45, 76; UFSS 26. 8. 2005, RV/0004-S/05, nv.

20) Zur Abgrenzung im Einzelnen instruktiv VwGH 24. 3. 1994, 92/16/0129, ÖStZB 1995, 184 = ARD 4587/37/94 = SWK 1994, R 117 = AnwBl 1994, 828.

21) Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B. I. 13.

22) Arnold, Rechtsgebühren Kommentar⁸ (2006) § 33 TP 5 Rz 32a; ders, Entscheidungsanmerkung, AnwBl 1981, 464; Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band 1, 5tempel und Rechtsgebühren § 33 TP 5 Rz 159 aE; Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz zu § 33 TP 5 B. I. 13; Schönherr, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 1981, 165, 167; Wolff, Softwarelizenzverträge und Rechtsgeschäftsgebühr, EDVuR 1987, 4, 6 f.

23) Arnold, Rechtsgebühren⁸ § 33 TP 5 Rz 32a; Fellner, Gebühren und Verkehrsteuern Band 1, Stempel- und Rechtsgebühren § 33 TP 5 Rz 159 aE.

24) VwGH 19. 4. 1995, 94/16/0193, AnwBl 1995/6076, 921 = ARD 4678/6/95 = ecolex 1995, 672 = JUS F/925 = ÖStZB 1995, 405 = ÖStZB 1996, 23 = SWK 1995, R 129 = VwSlg 6.991 F.

das die UrhGNov 1993 und die Einfügung von § 40c UrhG noch nicht berücksichtigt werden mussten, da der für diese Entscheidung relevante Vertrag vom 23. 12. 1991 stammte.

4. Eigene Stellungnahme

Der skizzierte Ausgangsfall ist typisch für die Vertragsgestaltung bei der Softwarenutzung. Der Kunde, der idR eine Großrechenanlage betreibt, schließt einen „Lizenzvertrag für XY-Software“ mit dem Softwarehersteller ab, der als „Rahmenvertrag“ dient, durch den gleich lautend auf jeweils eine feste Lizenzperiode (zB in der Dauer von 3 Jahren), Softwareleistungen abgerufen werden. Typischerweise sind folgende wesentliche Vertragsbestimmungen enthalten:

„1. Lizenz:

1.1 Dem Kunden wird hiermit gegen Zahlung der vereinbarten Lizenzgebühren eine nicht übertragbare und nicht exklusive Lizenz für den Einsatz der in diesem Vertrag und Anhängen bezeichneten XY-Software („Software“) für drei Jahre und für weitere Zeiträume von einem Jahr erteilt, falls eine Verlängerung stattfindet.

1.2 Jegliche Software befindet sich im urheberrechtlich geschützten Besitz von XY Softwarehouse Inc., USA, und wird für den Einsatz unter dementsprechenden unterstützten Betriebssystem lizenziert, da es von Kunden näher bezeichnet wird. XY-Austria GmbH ist eine eingetragene Tochtergesellschaft von XY Softwarehouse Inc., und ist berechtigt, die Software zu lizenzieren [...].

3. Leistungen des Kunden

3.1 Der Kunde ist verpflichtet, die jeweils unter diesem Vertrag anfallenden Lizenzgebühren zuzüglich der nach der jeweils geltenden gesetzlichen Regelung anfallenden Steuern zu zahlen, außer er bringt den Beweis seiner Steuerbefreiung [...].“

Aus den vereinbarten Lizenzentgelten ergibt sich dann ein Gesamtlizenzvolumen für die vereinbarte Laufzeit, das der 1%igen Rechtsgeschäftsgebühr als Bemessungsgrundlage zugrunde zu legen ist. Ausgehend von der zivil- und urheberrechtlichen Einordnung werden die von der Rsp ins Treffen geführten Argumente geprüft und insbesondere folgende Fragen erörtert:

- Ist der Lizenzvertrag für XY-Software gebührenpflichtig gemäß dem GebG?
- Trifft die Pflicht zur Abfuhr der Gebührenschuld gegenständlich den Lizenzgeber oder den Lizenznehmer?
- Wie lange in die Vergangenheit zurück besteht die Gebührenpflicht?

Vorauszuschicken ist, dass es sich nach der Terminologie der Finanzwissenschaft bei „Gebühren“ um Gegenleistungen für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung handelt²⁵⁾. Demgegenüber sind die „Gebühren“ im Sinne des Gebührengesetzes 1957 **echte Steuern**, da eine Gegenleistung der sie jeweils einhebenden Gebietskörperschaft nicht damit verbunden ist²⁶⁾. Es liegt also eine Geldleistung vor, die eine Gebietskörperschaft kraft öffentlichen Rechts zur Deckung ihres Finanzbedarfs einheben kann.

Im Gebührengesetz 1957 gilt das (inländische) Urkundenprinzip, dh die Gebührenpflicht knüpft an die Errichtung einer rechtsgeschäftlichen Urkunde im Inland an. Werden über ein Rechtsgeschäft mehrere Urkunden errichtet, so unterliegt jede

dieser Urkunden gem § 25 Abs 1 GebG den Rechtsgeschäftsgebühren. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass **für jeden einzelnen Vertrag** bzw schriftliche Vertragsverlängerung eine neue **Gebührenpflicht** ausgelöst wird.

Gem § 31 Abs 1 GebG ist die 1%ige Rechtsgeschäftsgebühr im Wege der **Selbstbemessung** bis zum 15. des zweitfolgenden Monats, in dem die Gebührenschuld entstanden ist, dem Finanzamt anzuzeigen bzw abzuführen. Diese Verpflichtung trifft die am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien **solidarisch** abhängig von ihrer **Gebühreuzahlungspflicht**, die im Beispielsfall auf den Lizenznehmer überwältzt wird. Die Verjährungsfrist beträgt gem § 3 GebG iVm § 207 Abs 2 BAO 5 Jahre, sodass innerhalb dieses Zeitraumes zurück die Gebühren vom Abgabenschuldner eingefordert werden können.

4.1 Zivilrechtliche Qualifikation der Softwarelizenz

Gem § 33 TP 5 Abs 1 Z 1 GebG unterliegen Bestandsverträge (§§ 1090 ff ABGB) und sonstige Verträge, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, einer Rechtsgebühr iHv 1 % nach dem (vereinbarten) Wert. Den Befürwortern der Gebührenpflicht für Softwarenutzungsverträge ist also zunächst darin beizupflichten, dass es ganz entscheidend auf den Inhalt der jeweiligen Vereinbarung ankommt²⁷⁾, insbesondere welche Rechte darin eingeräumt werden. Eine konkrete Aussage zur Gebührenfrage kann demgemäß nur für den jeweiligen Einzelfall bei genauer Kenntnis des Vertragsinhalts gemacht werden²⁸⁾.

Nach stRsp²⁹⁾ umfasst § 33 TP 5 Abs 1 GebG die „lupenreinen“ Bestandsverträge im Sinne der §§ 1090 ff ABGB und Verträge, die sich ihrem Wesen nach „**als eine Art Bestandsvertrag**“ darstellen, dh Verträge, die zwar von den Regeln der §§ 1090 ff ABGB abweichen, aber aufgrund der für Bestandsverträge charakteristischen Merkmalen noch als „Bestandsverträge“ im weiteren Sinne anzusprechen sind. Weder als Bestandsverträge im Sinne der §§ 1090 ff ABGB noch als „sonstige Verträge“ im Sinne des § 33 TP 5 Abs 1 GebG können Vereinbarungen gewertet werden, die ihrem Wesen nach einer anderen Art von Rechtsgeschäft entsprechen, das einer anderen Tarifpost des § 33 GebG unterliegt, oder dass diese von dem auf bestimmte Rechtsgeschäftstypen abgestellten Tarif des § 33 GebG überhaupt nicht erfasst werden. Ob ein Bestandsvertrag oder ein sonstiger Vertrag im Sinne des § 33 TP 5 GebG vorliegt, ist **nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu prüfen**.

Aufgrund des **Urkunds- und Inlandsprinzips** für Rechtsgeschäftsgebühren werden sämtliche Rechtsgeschäfte, die in Österreich abgeschlossen werden vom Gebührengesetz 1957 erfasst. Dabei ist es unerheblich, ob auf den jeweiligen Vertrag zivilrechtlich eine fremde Rechtsordnung zur Anwendung gelangt. Dies bedeutet, dass Softwarelizenzverträge, wie der eingangs skizzierte, zu Zwecken der Gebührenbemessung ausschließlich nach österreichischem Recht zu beurteilen sind. Erst bei Durchführung der zivilrechtlichen Qualifikation des Vertrages ist auf die Hauptleistungen und uU das zwischen den Streitparteien vereinbarte Recht Rücksicht zu nehmen³⁰⁾. Die **österreichische**

27) Glega, FJ 1983, 14, 16.

28) Höller, EDVuR 1993, 13 16; zu undifferenziert hingegen Ertl/Wolf, Software, 183.

29) Vgl VwGH 2. 4. 1990, 89/15/0147, ÖJZ VwGH F 1991/200 = ecolex 1990, 715.

30) Insoweit methodisch richtig VwGH 19. 4. 1995, 94/16/0193, AnwBl 1995/6076, 921 = ARD 4678/6/95 = ecolex 1995, 672 = JUS F/925 =

25) Werndl, Allgemeines Steuerrecht (2000) 8 ff mwN.

26) Doralt/Ruppe, Steuerrecht II³ (2006) Rz 212, 220 ff.

Gebührenpflicht kann freilich nicht durch die Vereinbarung ausländischen Rechts umgangen werden, wenn die schriftliche Urkunde im Inland errichtet wurde.

Vorweg ist einem Teil der Lehre³¹⁾ sowie der Rsp³²⁾ darin zu folgen, dass Werknutzungsverträge an sich keine lupenreinen Bestandsverträge sind, sodass die Gebührenbefreiung schon mangels Erfüllung des Grundtatbestandes überflüssig wäre. Allerdings bleibt zu prüfen, ob Softwarelizenzvereinbarungen den Gebrauch einer unkörperlichen Sache gegen Entgelt verbieten, sodass die Tatbestandsalternative der „sonstigen Verträge“ erfüllt wäre.

Erst im Anschluss daran ist zu prüfen, ob der **Gebührenbefreiungstatbestand** des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG eingreift, der bestimmt: „Gebührenfrei sind Werknutzungsverträge sowie Patent-, Marken- und Musterlizenzverträge“. Der VwGH³³⁾ legt diese Bestimmung nämlich so aus, dass sie sich auf **Verträge im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG** bezieht. Es gilt also das Primat des Urheberrechts.

4.2 Urheberrechtliche Grundlagen

Die Argumente für eine Gebührenpflicht von Softwarenutzungsverträgen beruhen allesamt auf einer unrichtigen Auslegung der urheberrechtlichen Vorschriften³⁴⁾, sodass anhand des geltenden Urheberrechts zunächst darauf eingegangen und jeweils ein eigener Lösungsansatz aufgezeigt wird.

4.2.1 Computerprogramme als Werke im Sinne des UrhG

Tatbestandsvoraussetzung für die Annahme eines Vertrages im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG (und damit im Sinne des GebG) ist zunächst, dass sich die Rechteinräumung auf ein Werk bezieht. Gem § 1 UrhG gilt als „Werk“ jede „eigentümliche geistige Schöpfung auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst.“

Die eingangs zitierte Fiskaljudikatur³⁵⁾ wurde zu einer Zeit begründet, in der Computerprogramme noch nicht ausdrücklich im UrhG geregelt waren. Inzwischen ist allerdings die gemeinschaftsrechtliche Richtlinie des Rates vom 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen³⁶⁾ in Kraft getreten. Art 1 SoftwareRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, Computerprogramme **urheberrechtlich als literarische Werke zu schützen**. Der österreichische Gesetzgeber hat diese Vorgabe mit der Urheberrechtsgesetznovelle 1993³⁷⁾ umgesetzt, indem er in § 2 Z 1 UrhG ausdrücklich auch die Computerprogramme nennt. Damit ist klargestellt, dass **Computerprogramme** ihrer Gattung nach als Werke im Sinn des UrhG in Betracht kommen. Seit 1. 3. 1993 bestimmt daher **§ 40a UrhG**: „Computerprogramme sind Werke im Sinne dieses Gesetzes, wenn

sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.“ Dazu führen die Erläuterungen zur RV³⁸⁾ 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 Werken, 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 Rsp 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 wird³⁹⁾.

Im eingangs skizzierten Fall ist nicht strittig, dass die Computerprogramme, an denen das Softwarehaus seinem Kunden eine vertragliche Nutzungsbefugnis eingeräumt hat, urheberrechtlich geschützte **Werke im Sinn der §§ 1, 2 und 40a UrhG** darstellen.

4.2.2 Urheberschaft und Werknutzungsrechte bei Computerprogrammen

Art 2 Abs 1 SoftwareRL ordnet die Urheberschaft an einem Computerprogramm grundsätzlich demjenigen zu, der das Programm geschaffen hat, also dem **Programmierer**. Dies stimmt mit der österreichischen Rechtslage nach § 10 UrhG überein⁴⁰⁾.

Darüber hinaus ordnet Art 2 Abs 3 SoftwareRL 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** ist⁴¹⁾. Arbeitgeber kann eine natürliche oder juristische Person sein. Konsequenter ordnet daher Art 3 SoftwareRL an, dass „schutzberechtigt ... alle natürlichen und juristischen Personen gemäß dem für Werke der Literatur geltenden innerstaatlichen Urheberrecht“ sind. Hier hatte der österreichische Gesetzgeber des Jahres 1993 also Umsetzungsbedarf, den er durch Einfügung des § 40b UrhG richtlinienkonform erfüllte und damit eine gesetzliche Lizenz zugunsten des Softwareherstellers schuf⁴²⁾.

38) 596 BlgNR 18.GP 9.

39) OGH 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d – TerraCAD, Rz 2006, 24 = ecolex 2005/445, 924 (Braunböck) = MR 2005, 379 (Walter) = ÖBI-LS 2005/241/242/245, 210 = RdW 2005/827, 750; 9. 11. 1999, 4 Ob 282/99w – Ranking, MR 1999, 346 = ÖBI-LS 2000/26, 58; siehe auch Fina, Der Schutz von Computerprogrammen (Software) im österreichischen Urheberrecht in *Fallenböck/Galla/Stockinger* (Hrsg), Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft (2005) 191 ff mwN.

40) OGH 6. 7. 2004, 4 Ob 133/04v – Fast-Film, ÖBI-LS 2004/215, 261 = ÖBI-LS 2004/216, 261 = ÖBI-LS 2004/217, 261 = ÖBI-LS 2004/218, 261 = MR 2004, 265 (Walter) = RdW 2005/29, 24 = *JUS Z/3844* = Rz 2004, 277 = ÖBI 2005/9, 35 (Dittrich) = SZ 2004/103; dazu Thiele, Fast (ein) Film – Urheberrechtlicher Elementarschutz bei Computerwerken, RdW 2005, 597.

41) Eingehend dazu jüngst Ciresa, Softwareentwicklung durch Arbeitnehmer, ZAS 2006, 15; Dittrich, Ausgewählte Grundsatzfragen des Arbeitnehmerurheberrechts, ZAS 2006, 4 jeweils mwN.

42) So Dittrich, Ausgewählte zivilrechtliche Fragen der Software-Piraterie, ÖBI 1999, 219.

ÖStZB 1995, 405 = ÖStZB 1996, 23 = SWK 1995, R 129 = VwSlg 6.991 F; 24. 3. 1994, 92/16/0129, AnwBl 1994, 828 = ARD 4587/37/94 = ÖStZB 1995, 184 = SWK 1994, R 117.

31) Gaier, Kommentar zum GebG², § 33 TP 5 Anm 49; Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B. I. 13.

32) VwGH 22. 6. 1959, 3106/58, VwSlg 2.042 F: Filmverleihverträge; 24. 9. 1952, 869/51, VwSlg 627 F; 1. 7. 1953, 2340/51; 9. 12. 1953, 2232/53; 9. 12. 1953, 1182/53, 2104/53, 2232/53; 20. 1. 1954, 1226/53, 1709/53, 2256/53, 2535/53: Patentlizenzverträge.

33) StRsp seit 27. 11. 1980, 0240/79, AnwBl 1981, 464 (krit Arnold) = ÖBI 1981, 165 (krit Schönherr).

34) So bereits Schönherr, Entscheidungsanmerkung, ÖBI 1981, 166, 167; Frotz/Hügel/Popp, Kommentar zum Gebührengesetz § 33 TP 5 B. I. 13.

35) Siehe oben Pkt. 3.1.

36) ABIL 122/144 vom 17. 5. 1991; kurz: SoftwareRL.

37) BGBl 1993/93 mit Wirksamkeit ab 1. 3. 1993.

Durch die Umsetzung der SoftwareRL hat sich die urheberrechtliche Situation 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 Sinne des § 24 Abs 1 UrhG zu qualifizieren ist⁴³⁾.

Dass die Gebührenfreiheit nur für jene Werknutzungsverträge gelte, die mit dem Urheber geschlossen worden sind, ist unzutreffend. Seit jeher ist nämlich anerkannt, dass die urheberrechtliche Lizenz auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des Urhebers wirkt; dieser kann dem Lizenznehmer die Ausübung der Lizenz nicht verbieten⁴⁴⁾. Nunmehr bestimmt § 40c UrhG – wie schon zuvor § 40 Abs 2 UrhG für Filmwerke – ausdrücklich, dass Werknutzungsrechte an Computerprogrammen auch **ohne Einwilligung des Urhebers** auf einen anderen übertragen werden können. § 29 UrhG gilt insoweit nicht⁴⁵⁾. Damit ist gesetzlich klar gestellt, dass ein Werknutzungsrecht im Sinne des § 24 Abs 1 Satz 1 UrhG an Computerprogrammen auch von einer anderen Person als dem Urheber auf einen Softwarekunden durch Lizenzvereinbarung eingeräumt werden kann⁴⁶⁾, was im Übrigen gängiger Softwarevertragspraxis entspricht.

4.2.3 Unterscheidung zwischen Werknutzungsrecht und Werknutzungsbewilligung

§ 24 UrhG gilt für die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechten an Computerprogrammen gleichermaßen⁴⁷⁾. Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Verwertungsrecht des Urhebers als wesentlichem Bestandteil seines in der Substanz unübertragbaren Urheberrechts und den einem anderen einräumbaren Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechten. Demzufolge führen die Gesetzesmaterialien⁴⁸⁾ ausdrücklich aus: „Der Urheber überträgt weder sein Verwertungsrecht an den Werknutzungsberechtigten noch gestattet er ihm die Ausübung dieses Rechtes, sondern er begründet ein neues, vom Verwertungsrecht verschiedenes absolutes Recht. Dieses nennt der Gesetzgeber, um den Unterschied von den Verwertungsrechten [der §§ 14 bis 18a UrhG] deutlich hervorzuheben, ‚Werknutzungsrechte‘. In dessen Bestellung liegt demnach eine Belastung des Urheberrechts, aber keine Veräußerung urheberrechtlicher Befugnisse.“ Der Hauptfall eines solchen Werknutzungsvertrages ist der Verlagsvertrag bei Werken der Literatur und die „Softwarelizenz“ bei Computerprogrammen. Ein Teil der Lehre⁴⁹⁾ und die Rsp⁵⁰⁾ haben diese gesetzliche Konstruktion – durchaus treffend – mit ein dem Fruchtgenuss ähnlichem Recht am Urheberrecht verglichen⁵¹⁾.

Das Urheberrechtsgesetz unterscheidet also die dem Urheber verbleibenden Verwertungsrechte und die von diesem dem Soft-

warekunden eingeräumten Werknutzungsbefugnisse. Das Softwarehaus räumt also zB dem Lizenzkunden die Befugnis zur Vervielfältigung und Verbreitung ein. Das betreffende, aus dem Urheberrecht folgende Verwertungsrecht, das nach § 40b UrhG unmittelbar beim Softwarehersteller liegt⁵²⁾, verbleibt beim Softwarehaus. Aber dieses begründet nun zugunsten des Kunden ein neues Recht mit dem Inhalt, dass der Lizenzkunde die Software auf Rechenanlagen vervielfältigen und verwerten darf, und zwar entweder als ausschließliches Recht oder als nicht ausschließliches Recht. Im ersten Fall kann nunmehr bloß der Lizenzkunde „exklusiv“ das Computerprogramm vervielfältigen und verbreiten. Selbst der Hersteller darf sein bezügliches Verwertungsrecht nicht ohne Zustimmung des Lizenzkunden ausüben. Und er kann auch nicht außer dem ersten Lizenzkunden noch einem zweiten das gleiche Recht einräumen. Bei solch einer Einräumung eines ausschließlichen Rechts, spricht das Gesetz von **Werknutzungsrecht**, bei nicht ausschließlicher Lizenzierung von **Werknutzungsbewilligung**. Da Computersoftware massenhaft eingesetzt wird, entspricht die Einräumung von Werknutzungsbewilligungen der ständigen Lizenzpraxis und sind derartige nicht ausschließliche Nutzungsbefugnisse völlig ausreichend. Werknutzungsbewilligungen werden in aller Regel nur für *einzelne Verwertungsarten* erteilt.

4.2.4 Freie Werknutzungen bei Computerprogrammen Demgegenüber gestatten die „**freien Werknutzungen**“ kraft Gesetzes nach den §§ 41 bis 54 UrhG in gewissen engen Grenzen die unentgeltliche Nutzung der durch das Urheberrechtsgesetz geschützten Werke, zB zum privaten oder Unterrichtsgebrauch. Gerade bei Computerprogrammen findet durch die ausdrückliche Bestimmung des § 40d UrhG ein **weitgehender Ausschluss** dieser freien Werknutzungen statt, indem zB der eigene oder private Gebrauch im Sinne von § 42 UrhG überhaupt untersagt wird⁵³⁾. Die nach § 40d Abs 3 UrhG verbleibenden freien Werknutzungen – zB das Anfertigen von Sicherungskopien, die flüchtige Vervielfältigung im Cache oder kurze Testläufe iS des § 40f UrhG – reichen in der Praxis für eine kommerzielle Softwarenutzung keinesfalls aus⁵⁴⁾.

4.3 Europarechtliche Vorgaben

4.3.1 SoftwareRL

Nach der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen stellt jede Art des Überlassens eines Computerprogrammes eine „**Vermietung**“ dar, sodass die eingangs dargestellte Softwarelizenz zunächst unter den Gebührentatbestand des § 33 TP 5 Abs 1 GebG fällt⁵⁵⁾. Daraus folgt zunächst, dass sich beim Softwarelizenzvertrag nicht um einen Abtretungsvertrag gem § 33 TP 21 GebG handelt. Nach dieser Bestimmung unterliegen Zessionen oder Abtretungen von Schuldforderungen oder anderen Rechten einer Rechtsgeschäftsgebühr von

43) Zu den Begriffen siehe gleich unten Pkt 4.2.3.

44) Vgl bereits Rintelen, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht (1958) 261.

45) Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG² (2004) § 40c UrhG Rz 1.

46) Ebenso Arnold, Rechtsgebühren⁹, § 33 TP 5 Rz 32a.

47) Fina, Der Schutz von Computerprogrammen (Software) im österreichischen Urheberrecht in *Fallenböck/Galla/Stockinger* (Hrsg), Urheberrecht in der digitalen Wirtschaft (2005) 191, 205 mwN.

48) Zitiert nach Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht, ÖSGRUM Bd 3 (1986) 85.

49) Rintelen, Urheberrecht 249, Ciresa, UrhR § 24 Rz 1.

50) OGH 10. 10. 1978 4 Ob 340/78 – *Festliches Innsbruck*, ÖBl 1978, 162 = SZ 51/134.

51) Damit verbunden ist die sog „Elastizität des Urheberrechts“, dh erlischt das Werknutzungsrecht, dann erlangt gem § 26 UrhG das Verwertungsrecht seine frühere Kraft wieder.

52) Siehe oben Pkt 4.2.2.

53) Insoweit ist die von Glega, FJ 1983, 14, 16, vorgenommene Unterscheidung in gebührenpflichtige „freie Werknutzungen“ und gebührenfreie Werknutzungsverträge nicht nur unglücklich formuliert, sondern urheberrechtlich unhaltbar.

54) OGH 5. 4. 2005, 4 Ob 35/05h – *Softwareschutz*, MR 2005, 378 = ÖBl-L 2005/183, 174; 12. 7. 2005, 4 Ob 45/05d – *TerraCAD*, Rz 2006, 24 = ecolex 2005/445, 924 (*Braunböck*) = MR 2005, 379 (*Walter*) = ÖBl-L 2005/241/242/245, 210 = RdW 2005/827, 750.

55) Ebenso VwGH 24. 4. 1996, 92/13/0026, ÖJZ VwGH F 1997/9 = ARD 4768/52/96 = JUS F/1024 = ÖStZB 1996, 554 = ARD 4777/50/96 = ÖStZ 1996, 472 = ARD 4767/47/96 = VwSig 7.087 F = SWK 1997, R 13.

0,8 % vom Entgelt. Die Abtretung von nicht körperlichen Sachen, also nicht nur von reinen Geldforderungen, sondern auch von – selbst absoluten – Rechten⁵⁶⁾, wird von der Rsp⁵⁷⁾ regelmäßig TP 21 unterstellt, zB betreffend Urheber-, Patent- und Markenrechten. Im Ausgangsfall wird die Software allerdings nicht verkauft, wogegen schon die monatlich wiederkehrende Lizenzgebühr spricht, sondern aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts lediglich eine Verwendung der Software zu einem bestimmten Einsatz auf einem Betriebssystem gestattet. Der Softwarelizenzvertrag im Beispielsfall⁵⁸⁾ ist daher **nicht** als **Zession** zu vergebühren.

Die SoftwareRL⁵⁹⁾ geht ferner von einem urheberrechtlichen Verwertungssystem aus, das beginnend mit den Ausschließungsrechten des Urhebers über die abgeleiteten (ausschließlichen) Rechte des Arbeitgebers (als physische oder juristische Person) bis hin zum Kunden als einzelnen User eine Kette von Rechteinräumungen⁶⁰⁾ ermöglicht und absichert.

Art 4 SoftwareRL geht zunächst davon aus, dass der **Rechteinhaber** bestimmte **Ausschließungsrechte** am Computerprogramm hat. Mit Bedacht⁶¹⁾ wird nicht das Wort Urheber verwendet; denn Art 2 Abs 3 SoftwareRL ordnet im Arbeitsverhältnis die umfassenden Nutzungsrechte dem Arbeitgeber zu, der durchaus eine juristische Person sein kann. Dazu definiert Art 2 SoftwareRL noch ausdrücklich, dass „schutzberechtigt alle natürlichen und juristischen Personen gemäß dem für Werke der Literatur geltenden innerstaatlichen Urheberrecht“ sind.

Art 4 lit a SoftwareRL zählt die klassischen Nutzungshandlungen des Benützers auf, wie zB Laden, Anzeigen, Ablaufen, Speichern etc und behält gerade diese dem Rechteinhaber vor. Dies schafft also eine **lückenlose Kette von Rechteinräumungen** von den Programmieren als Rechteinhabern an den Arbeitgeber gem Art 2 Abs 3 Computer-RL 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 ständiger, millionenfach geübter Softwarevertriebspraxis entspricht.

Der österreichische Gesetzgeber verweist daher in den EB⁶²⁾ darauf, dass § 14 UrhG insoweit Art 4 lit a SoftwareRL entspricht. Er geht davon aus, dass auch nach österreichischem Recht ohnehin eine solche **Lizenzierung** durch Werknutzungsrechte und Werknutzungsbewilligungen in einer **Kette von Verträgen** von den Urhebern bis zu den Nutzern möglich und zulässig ist.

4.3.2 Sechste MWSt-RL

Art 9 der 6. MWSt-RL⁶³⁾ spricht von der Abtretung und **Einräumung von Urheberrechten**, Patentrechten, Lizenzrechten, Fabrik- und Warenzeichen sowie ähnlichen Rechten gleicher-

maßen. Erfasst sind nach hM⁶⁴⁾ alle aufgrund von urheberrechtlichen Vorschriften im weitesten Sinn geschützten Rechte und ihnen gleichzustellende ähnliche Immaterialgüterrechte.

Das in diesem Zusammenhang von der Rsp⁶⁵⁾ herangezogene Argument, dass beim Software-Überlassungsvertrag kein Verwertungsrecht im Sinne der §§ 14 bis 18 UrhG eingeräumt würde, ist durch die zivile Judikatur⁶⁶⁾ längst überholt, da bereits das „Digitalisieren von Werken“ als (zustimmungspflichtige) Vervielfältigung nach § 15 UrhG gilt⁶⁷⁾. Tatsächlich ist das Abspeichern eines Programms in der Computeranlage des Kunden eine Vervielfältigung. Weitere Vervielfältigungen finden im Zuge der Benutzung des Computerprogramms durch den Programmierer statt, die ohne gültigen Lizenzvertrag sogar strafrechtlich verfolgbar sind⁶⁸⁾.

In richtlinienkonformer Interpretation lässt sich demzufolge gewinnen, dass die entgeltliche Überlassung von Software als Einräumung urheberrechtlicher Befugnisse zu deuten ist, da ohne vertragliche Zustimmung des Werknutzungsberechtigten eine – straflose (vgl § 91 UrhG) – Verwendung der geschützten Werke im kommerziellen Bereich ausgeschlossen wäre.

4.4 Gebührenrechtliche Einordnung der Softwarelizenzverträge

4.4.1 Urheberrechtliche Beurteilung

Der Begriff des „Lizenzvertrages“ als solcher ist sowohl dem ABGB als auch dem Gebührengesetz 1957 fremd.

Die Hauptstütze in der österreichischen Rechtsordnung für die Lizenz liefert § 35 Patentgesetz. „Lizenz“ bedeutet dem Wortsinn nach Erlaubnis. § 35 PatG versteht darunter die Überlassung der Benutzung der Erfindung an Dritte durch einen Patentinhaber. §§ 11, 28 MSchG sprechen vom „Lizenzrecht“ am Markenrecht. Nach einhelliger Meinung ist daher eine Lizenz die Erlaubnis, ein fremdes gewerbliches Schutzrecht zu nutzen⁶⁹⁾. Das Urheberrechtsgesetz selbst vermeidet den Ausdruck „Lizenz“: Die Befugnis, das Werk auf einzelne oder alle der nach den §§ 14 bis 18a UrhG dem Urheber vorbehaltenen Verwertungsarten zu benutzen, wird, wenn sie mit ausschließlicher Wirkung eingeräumt wird, **Werknutzungsrecht**, sonst, also ohne ausschließliche Wirkung, **Werknutzungsbewilligung** genannt.

Der **Softwarelizenzvertrag** unterscheidet sich vom Verlagsvertrag wesentlich dadurch, dass er, wie der Name nahelegt, wohl eine Erlaubnis oder Gestattung, aber nicht eine Verpflichtung zur urheberrechtlichen Werknutzung begründet⁷⁰⁾. Begriff und Name sind aus § 35 PatG übernommen. Echte Lizenzverträge finden sich nicht nur im Softwarebereich, sondern auch bei Filmverleihverträgen (Filmmiete), im Rundfunkwesen und bei den Verwertungsgesellschaften⁷¹⁾. Einen gesetzlich begrenz-

56) Vgl § 292 ABGB.

57) VwGH 17. 3. 1954, 2859/51, VwSlg 908 F; 6. 12. 1973, 512/73, VwSlg 4.611 F.

58) Siehe oben Pkt 4.

59) Statt vieler vgl Blocher, Softwareschutz nach der EG-Richtlinie und nach österreichischem Recht, EDVuR 1992/1, 1.

60) Umgangssprachlich „Lizenzen“ genannt oder, wie das GebG trefflich sagt, „Werknutzungsverträge“; siehe dazu gleich unten Pkt 4.4.1.

61) Walter in v Lewinski/Walter/Blocher/Dreier/Daum/Dillenz, Europäisches Urheberrecht (2001) Art 2 Rz 5 ff SoftwareRL mwN.

62) 596 BlgNR 18. GP 4.

63) Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern, ABiL 145 vom 13. 6. 1977, 1.

64) Statt vieler Ruppe, UStG-Kommentar³ (2005) § 3a Rz 70 ff mwN.

65) VwGH 19. 12. 1986, 85/15/0249-0253, VwSlg 6.179 F = EDVuR 1987/1, 7 = wbl 1987, 196; 14. 12. 1995, 93/15/0121, ecolex 1996, 686 = SWK 1996, E 12 = ARD 4738/24/96 = JUS F/985 = ÖStZ 1996, 283 = ÖStZB 1996, 502 = SWK 1996, R 76 = VwSlg 7.056 F.

66) OGH 26. 1. 1999, 4 Ob 345/98h – Radio Melodie III, EvBl 1999/108 = MR 1999, 94 (Walter) = ÖBl 2000, 86 = RdW 1999, 409 = SZ 72/11.

67) Ebenso bereits zuvor Gröhs/Polak, Kritische Anmerkungen zur Änderung der Verwaltungspraxis beim Umsatzsteuersatz für EDV-Programme, wbl 1987, 330, 331 f.

68) Vgl OLG Wien 26. 7. 2002, 18 Bs 205/02 – Softwaregebrauch II, ecolex 2003, 429 (Braunböck).

69) Statt vieler Schönherr, Grundriß Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Allgemeiner Teil (1982) Rz 410.1.

70) Vgl Schönherr, Grundriß Rz 417.1 ff.

71) Vgl nunmehr das VerwGesG 2006, BGBl I 9/2006, in Kraft seit 1. 7. 2006; dazu Dittrich/Hüttner (Hrsg), Das Recht der Verwertungsgesell-

ten Begriff der Lizenz im urheberrechtlichen Sinn gibt es nicht. Unstrittig ist lediglich die Grenzziehung zum Verlagsvertrag nach § 1172 ABGB, indem beim Lizenzvertrag nur eine Erlaubnis, aber keine Verpflichtung zur eingeräumten Werknutzung besteht. Andernfalls würde trotz der zB gebrauchten Bezeichnung „Lizenz“ juristisch ein Verlagsvertrag gegeben sein. Schon der Mangel einer Verpflichtung des Softwarekunden legt es nahe, dass die Lizenz häufig nicht schlechthin als ausschließliche Befugnis eingeräumt wird. Die hM⁷²⁾ unterscheidet die einfache Lizenz ohne Ausschließlichkeit – ihr entspricht die Werknutzungsbewilligung des § 24 UrhG – und die ausschließliche Lizenz mit unbeschränkter oder mit räumlich, zeitlich oder sachlich (zB auf eine bestimmte Anzahl von User oder gar auf bestimmte Rechner beschränkter Nutzung) beschränkter Ausschließlichkeit, maW das Werknutzungsrecht des § 24 UrhG.

Mangels besonderer Vereinbarung ist eine einfache Lizenz anzunehmen. Die Einräumung der Lizenz bindet den Lizenzgeber selbst und seine Rechtsnachfolger. Verletzungen des Urheberrechts können der Urheber selbst und der Softwarehersteller, dh der Lizenzgeber, geltend machen. Nach mittlerweile gefestigter Rsp⁷³⁾ kann auch der Lizenznehmer Klage erheben, ungeachtet, ob er über eine ausschließliche Lizenz verfügt oder nicht.

Neben der Einräumung von Werknutzungsbewilligung oder Werknutzungsrecht kennt das Urheberrechtsgesetz **keine dritte Rechtsform vertraglichen Handelns**. 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 Urhebervertragsrechts der §§ 24 ff UrhG im Übrigen stets davon ausgegangen, dass diese Rechtseinräumungen an den **Endbenutzer nicht einstufig sind, sondern mehrstufige Vertragssysteme** begründen: 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 bspw schon in der Stammfassung 1936 zu § 58 UrhG annahm, dass die Urheber dem Unternehmen zur Herstellung von Schallplatten ein Werknutzungsrecht einräumten und dass dieses Unternehmen seinerseits berechtigt wäre, anderen Tonträgerproduzenten eine Werknutzungsbewilligung zu erteilen.⁷⁴⁾

Ganz selbstverständlich geht also der Gesetzgeber davon aus, dass der Inhaber des Werknutzungsrechts seinerseits Werknut-

zungsbewilligungen im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG erteilen kann. 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 Sinne des § 24 Abs 1 UrhG einräumen kann.

4.4.2 Gebührenrechtliche Konsequenzen

Gegenstand einer **kommerziellen Softwarelizenz** bildet stets ein komplexes Computerprogramm, dh ein Werk im Sinne der §§ 2 Z 1, 40a UrhG. Die vertragliche Erlaubnis, es zu verwenden, kann gem § 24 UrhG zwingend nur durch ein Werknutzungsrecht oder eine Werknutzungsbewilligung eingeräumt werden. Beide verschaffen dem Kunden das Recht eine unkörperliche Sache gegen Entgelt zu gebrauchen, sodass ein „**sonstiger Vertrag**“ im Sinne des § 33 TP 5 Abs 1 GebG begründet wird. Die gesetzliche Erlaubnis ein Computerprogramm frei zu gebrauchen, schränkt demgegenüber § 40d UrhG stark ein, sodass für eine private oder gar kommerzielle Verwendung von Software die vertragliche Lizenzierung unabdingbar ist.

§ 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG enthält eine **sachliche Gebührenbefreiung** für „Werknutzungsverträge sowie Patent-, Marken- und Musterlizenzverträge“ gleichermaßen. Genau gleich verhält sich die Urheberrechtslage bei Filmverleihverträgen, ganz ähnlich bei Patentlizenzen, die in eingeschränktem Maß auch für Software erteilt werden können⁷⁵⁾. In beiden Fällen gewährt die stRsp⁷⁶⁾ die Gebührenbefreiung nach § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG. Die Versagung der Befreiungsbestimmung bei Softwarenutzungsverträgen führt daher zu einer denkbaren, weil gleichheitswidrigen Auslegung des Gesetzes⁷⁷⁾. Die Ansicht des VwGH, die Gebührenbefreiung für Werknutzungsverträge gelte für Softwarelizenzen nicht, ist daher einerseits verfassungswidrig und andererseits zur eigenen Judikatur in offenem Widerspruch. Die Kriterien des unmittelbaren Vertragsabschlusses mit dem Urheber⁷⁸⁾ bzw einer über das gesetzliche Maß des § 40d UrhG hinausgehenden Rechtseinräumung⁷⁹⁾ sind sachlich nicht gerechtfertigt, denn sie widersprechen der geltenden Urheberrechtslage. Wollte man nämlich den Standpunkt des VwGH vertreten, § 40d UrhG berechtige den Kunden bereits das Computerprogramm zu vervielfältigen, zu verbreiten oder anderweitig nach den §§ 15 ff UrhG zu verwerten, könnte die Nutzungsüberlassung von Software nie als entgeltliche Einräumung einer Werknutzung im Sinne von § 33 TP 5 Abs 1 GebG zu verstehen sein, weil die Einräumung eines derartigen Nutzungsrechts gar nicht möglich wäre, da es sich bereits um eine gesetzliche Erlaubnis handelte. Es fiele dann auch – mangels wirksamen Rechtsgeschäftes – keine Rechtsgeschäftsgebühr gem § 33 TP 5 GebG an.

schaften (2006).

72) Schönherr, Grundriß Rz 413.1.

73) OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 209/02t – Brühl, ÖJZ-LSK 2003/16 = wbl 2003/55, 95 = ÖBl-LS 2003/7, 13 = ÖBl-LS 2003/8, 13 = ecolex 2003/115, 257 (Schanda) = EvBl 2003/26, 141 = RdW 2003/214, 266 = ÖBl 2003/23, 87 (Hiti); Nauta, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003, 404; Hiti, Zur Drittwirkung von Marken- und Patentlizenzen. Die Auswirkungen der BOSS-Brillen-E des OGH auf Aktivlegitimation und Sukzessionschutz von Marken- und Patentlizenznehmern, ÖBl 2003, 4.

74) So die EB, abgedruckt bei Dillenz, Materialien, 135 ff.

75) Vgl grundlegend Weiser, Die Patentierung von Computerprogrammen und Systemen – Technizitätskriterium, Objektorientierung und Patententwurf (2001); Heidinger, Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, in Schweighofer/Liebwald/Kreuzbauer (Hrsg), Informationstechnik in der juristischen Realität (2004), 415; Weininger, Patentierung von Computer-Software, ecolex 1996, 867; siehe auch BA 6. 6. 1989, PBl 1990, 106.

76) VwGH 22. 6. 1959, 3106/58, VwSig 2.042 F; Filmverleihverträge; 24. 9. 1952, 869/51, VwSig 627 F; 1. 7. 1953, 2340/51; 9. 12. 1953, 2232/53; 9. 12. 1953, 1182/53, 2104/53, 2232/53; 20. 1. 1954, 1226/53, 1709/53, 2256/53, 2535/53; Patentlizenzverträge; zur historischen Entwicklung siehe Frotz/Hügel/Popp, Gebührengesetz, § 33 TP 5 B. I. 13.

77) In diesem Sinn bereits Arnold, Entscheidungsanmerkung, AnwBl 1981, 464, 465 aE.

78) VwGH 27. 11. 1980, 0240/79, AnwBl 1981, 464 (krit Arnold) = ÖBl 1981, 165 (krit Schönherr).

79) VwGH 7. 9. 2006, 2006/16/0054, nv.

Der eingangs skizzierte Lizenzvertrag gewährt dem Vertragspartner die Nutzung der genannten Computerprogramme zur Installation und zum Einsatz im Unternehmen des Kunden⁸⁰⁾. Damit gestattet das berechnete Softwarehaus im Sinne des § 24 Abs 1 UrhG dem Kunden, das Werk auf einzelne nach den §§ 14 bis 18a UrhG vorbehaltene Verwertungsarten (hier: Installation und Benutzung als Vervielfältigungshandlung) zu benutzen. Dies entspricht der Definition der **Werknutzungsbewilligung**.

Dass bei der Werknutzungsbewilligung bloß eine nicht ausschließliche Rechteinräumung erfolgt, ändert an der gebührenrechtlichen Befreiung nichts, liegt doch ebenso wie beim Werknutzungsrecht nach § 24 Abs 1 Satz 2 UrhG jedenfalls ein Werknutzungsvertrag im Sinne des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG vor. Exklusive und non-exklusive Lizenznehmer werden von der zivilen Rsp⁸¹⁾ nunmehr in den Rechtsverteidigungsmöglichkeiten gleichgestellt. Die Frage der Ausschließlichkeit ist für die gebührenrechtliche Behandlung ohne Bedeutung, da es allein auf den Gebrauch einer (unkörperlichen) unverbrauchbaren Sache ankommt. Steuerbar ist nämlich nach stRsp⁸²⁾ ein Vertrag, wodurch jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält. Gegenstand dieses Vertrages sind „unverbrauchbare“ Sachen, also Sachen, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch nicht verbraucht werden können; auch nutzbare Rechte wie Patent- und Urheberrechte.

80) Vgl Pkt. 1.1 des Vertragsbeispiels (Pkt 4.).

81) OGH 15. 10. 2002, 4 Ob 209/02t – Brühl, ÖJZ-LSK 2003/16 = wbl 2003/55, 95 = ÖBl-LS 2003/7, 13 = ÖBl-LS 2003/8, 13 = ecollex 2003/115, 257 (Schanda) = EvBl 2003/26, 141 = RdW 2003/214, 266 = ÖBl 2003/23, 87 (Hitl).

82) VwGH 15. 11. 1984, 83/15/0181, VwSlg 5.930 F; 27. 6. 1994, 92/16/0165, ÖStZB 1995, 191 = AnwBl 1994, 829 = ARD 4585/12/94 = SWK 1994, R 182 = VwSlg 6.899 F: Gemischte Markenlizenz.

Aus den zwingenden urheberrechtlichen Vorschriften ergibt sich daher in richtlinien- und verfassungskonformer sowie systematischer Interpretation, dass Nutzungsrechte an Computerprogrammen (**Softwarelizenzen**) seit zumindest 1. 3. 1993 von der **Befreiungsbestimmung des § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG** erfasst sind.

5. Zusammenfassung

Zumindest seit Umsetzung der SoftwareRL durch die UrhGNov 1993 sind nach österreichischem Urheberrecht Computerprogramme ausdrücklich als Werke im Sinne des § 2 Z 1 iVm § 40a UrhG geschützt. Sie bilden im Wege einer Kette von Rechteinräumungen – Werknutzungsrecht von den Arbeitnehmern an das Softwarehaus als Arbeitgeber nach § 40b UrhG – und von diesem (sei er eine natürliche oder juristische Person) direkt oder in einem mehrstufigen Lizenzsystem über einen Unterlizenznehmer gem § 40c UrhG an die Nutzer den Gegenstand von Softwarenutzungsverträgen oder schlichten Softwarelizenzverträgen. Da alle diese Verträge nach dem Verständnis des österreichischen UrhG entweder Werknutzungsrechte oder Werknutzungsbewilligungen im Sinne des § 24 UrhG begründen, sind sie als Werknutzungsverträge gem § 33 TP 5 Abs 4 Z 2 GebG gebührenfrei⁸³⁾. Dem UrhG lässt sich entgegen der fiskalen Rsp keine Einschränkung dahin gehend entnehmen, dass die jeweils Werknutzungsberechtigten ausschließlich juristische Personen sein könnten. Jeder wirksame Softwarelizenzvertrag räumt dem Kunden mehr Rechte ein, als ihm gesetzlich (§§ 40d, 40f UrhG) zustehen, andernfalls eine Verwendung der Software zivil- und strafrechtlich unzulässig wäre.

83) Deutlich *Frotz/Hügel/Popp*, Gebührengesetz § 33 TP 5 B. I. 13.



Der Autor:

RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuchautor; Verfasser des Standardkommentars zum Werbeabgabegesetz (2000); gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

Publikationen des Autors:

Laimer/Russeger/Thiele
Heimvertrags- und Heimaufenthalts-
gesetz
Wien 2004, 112 Seiten
Preis: 23 €
Bestellnummer: 32.16.01
ISBN: 3-7007-3035-7



Herausgeber und Verleger (Medieninhaber): LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 534 52-0, Telefax: 534 52-140 (Redaktion), 534 52-141 (Vertrieb, Verwaltung). – **Geschäftsleitung:** Mag. Peter Davies, MBA – **Abonnentenservice:** Michaela Kawan-Cigic (DW 1008) – **Anzeigen:** Mark Evans (DW 1116) – Derzeit gilt Anzeigenpreisliste: Stand Jänner 2006 – **Verlags- und Herstellungsort:** Wien – Die Zeitschrift erscheint zweimal im Monat. – Einzelheftpreis: € 12; Jahresabonnement 2007: € 220 inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung (Änderungen vorbehalten) – Ab 50 Abonnements an eine Adresse 25 % Rabatt – Bankverbindungen: Postsparkasse 7101610; Raiffeisenlandesbank 494.894 – **Abbestellungen** sind nur zum Jahreschluss möglich, wenn sie spätestens 1 Monat vorher bekanntgegeben werden – **Druck:** Druckerei Robitschek & Co. Ges.m.b.H., 1050 Wien, Schloßgasse 10–12, Tel. 545 33 11.

Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser Zeitraum keinesfalls.