Urteil vom 23. Februar 2023, IV R 37/18

Gewerbesteuerrechtliche Hinzurechnung von Aufwendungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten

ECLI:DE:BFH:2023:U.230223.IVR37.18.0

BFH IV. Senat

GewStG § 8 Nr 1 Buchst f, UrhG § 15, UrhG § 20, UrhG § 20b, UrhG § 31, UrhG § 64, UrhG § 87, UrhWahrnG § 13c, BGB § 738, BGB § 779, EGRL 29/2001 Art 3, GG Art 3 Abs 1, GewStG VZ 2008 , GewStG VZ 2010 , AO § 175 Abs 1 S 1 Nr 2

Leitsätze

Aufwendungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten können nach § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG der gewerbesteuerrechtlichen Hinzurechnung unterliegen.

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts ... aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Tatbestand

I.

1 Die Beteiligten streiten darum, ob Zahlungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten gewerbesteuerrechtlich hinzuzurechnen sind.

2 Die X-KG betrieb in den Streitjahren (2008 und 2010) Kabelnetze in der Bundesrepublik Deutschland. ... .

3 Zwischen der X-KG und öffentlich-rechtlichen sowie privat-rechtlichen Fernseh- und Hörfunksendern bestanden in den Streitjahren Einspeiseverträge. Danach war die X-KG vertraglich verpflichtet, das jeweilige Programm zeitgleich, vollständig und unverändert in ihr Kabelnetz einzuspeisen und an die angeschlossenen Haushalte zu verteilen.

4 Zwischen der X-KG und verschiedenen Verwertungsgesellschaften kam es in der Folgezeit zu Differenzen über die urheberrechtliche Vergütungspflicht der X-KG für die Nutzung von Kabelweitersenderechten, die, nachdem zunächst noch jeweils zeitlich befristete Konsenslösungen gefunden werden konnten, in den Folgejahren zu zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen führten. Diese Auseinandersetzungen wurden zum einen mit der Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) geführt, die unter anderem auch die Rechte der Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten (VFF) wahrnahm, die wiederum die Rechte der öffentlich-rechtlichen Sendeanstalten vertritt. Die VFF hatte der GEMA auch die auf Kabelweitersendung beruhenden gesetzlichen Vergütungsansprüche nach § 20b Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes (UrhG) sowie die Wahrnehmungsbefugnisse nach § 13c Abs. 3 des Urheberrechtswahrnehmungsgesetzes (UrhWahrnG) abgetreten. Zum anderen führte die X-KG Auseinandersetzungen mit der VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH (VG Media), die die privaten Fernseh- und Hörfunksender vertritt. Die X-KG leistete wegen der streitigen Vergütungspflichten für die Kabelweitersenderechte in den Streitjahren Zahlungen an die beiden Verwertungsgesellschaften unter Vorbehalt oder als vorläufige Abschlagszahlungen.

5 Am ... 2009 schloss die X-KG als "Lizenznehmer" mit der GEMA als "Lizenzgeber" einen Vertrag für den Zeitraum

vom 01.01.2007 bis zum 31.12.2012 (nachfolgend: GEMA-Vertrag). Die Vertragsparteien verwiesen auf ihre unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu der Frage, ob Vergütungsansprüche gegen die X-KG bestehen (§ 14 GEMA-Vertrag). Es wurde ein Recht zur außerordentlichen Kündigung für den Fall vereinbart, dass aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung eines Oberlandesgerichts, des Bundesgerichtshofs (BGH) oder des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) feststehe, dass die Verbreitung der Rundfunkprogramme durch die X-KG nicht als Kabelweitersendung anzusehen sei (§ 13 Nr. 2 GEMA-Vertrag).

6 In dem Vertrag räumte die GEMA der X-KG ihre eigenen Kabelweitersenderechte sowie die Kabelweitersenderechte der Verwertungsgesellschaften ein, deren Rechte sie wahrnahm (§ 2 Nr. 1 GEMA-Vertrag). Zudem sollten mit den in dem Vertrag vereinbarten Zahlungen auch die auf Kabelweitersendung beruhenden Vergütungsansprüche nach § 20b Abs. 2 UrhG abgegolten sein (§ 2 Nr. 5 GEMA-Vertrag). Als Vergütung wurden 5,5 % der Bemessungsgrundlage zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart (§ 5 GEMA-Vertrag). Bemessungsgrundlage waren die um Umsatzsteuer bereinigten Umsätze der X-KG, die diese durch Kabelweitersendung erwirtschaftete. Diese Umsätze bestanden insbesondere aus Entgelten für Kabelanschlüsse, Signalbezugsentgelten und laufenden Entgelten für Kabelanschlüsse für die Bereitstellung von Rundfunkprogrammen (§ 6 GEMA-Vertrag).

7 Mit der VG Media bestehende Zivilstreitverfahren beendete die Klägerin (als Rechtsnachfolgerin der X-KG) durch Vergleich vom … 2011. In diesen Verfahren war streitig gewesen, ob die X-KG Kabelweitersenderechte nutze und in welcher Höhe diese gegebenenfalls der VG Media zu vergüten seien. Ihre jeweiligen --unterschiedlichen-- Rechtsstandpunkte erhielten die Parteien dabei aufrecht. Nach dem Vergleich hatte die Klägerin für die Geschäftsjahre 2006 bis 2015 Zahlungen aus ihrem Brutto-Umsatz für Kabelanschlüsse an die VG Media zu leisten. Für das Jahr 2008 betrugen diese 1 % nebst Umsatzsteuer, für das Jahr 2010 beliefen sie sich auf 0,64 %, mindestens jedoch 2,3 Mio. €, nebst Umsatzsteuer (Ziff. 2 des Vergleichs --VG Media-Vertrag--). Die VG Media sagte dabei zu, keine Ansprüche aus Kabelweitersenderechten gegen die Klägerin zu erheben und garantierte, dass sie Inhaberin bestimmter Kabelweitersenderechte des Fernsehens sowie des Hörfunks sei (Ziff. 5 mit Anlagen 2 und 3 VG Media-Vertrag). Wegen der Einräumung von Rechten, der Umsatzbemessung und der Abrechnung verwies der Vertrag auf Teile des Vertrags der X-KG mit der GEMA. Danach räumte die VG Media der Klägerin ihre eigenen sowie die von Verwertungsgesellschaften wahrgenommenen und ihr übertragenen Kabelweitersenderechte ein (§ 2 Abs. 1 der Anlage 1 zu dem Vertrag mit VG Media).

8 In den Gewerbesteuererklärungen für die X-KG betreffend die Jahre 2008 und 2010 wurden die Zahlungen an die GEMA sowie die VG Media nicht als Hinzurechnungsbeträge angegeben, sondern als für Durchleitungsrechte im Sinne der gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 04.07.2008 (BStBl I 2008, 730, Rz 40) angefallen qualifiziert. Der Beklagte und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) setzte den Gewerbesteuermessbetrag 2008 am 15.07.2010 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung ohne entsprechende Hinzurechnung fest. Am 23.08.2012 sowie am 18.12.2012 erließ das FA geänderte Gewerbesteuermessbescheide aus Gründen, die nicht den Gegenstand des Verfahrens betreffen.

9 In einer unter anderem für die Streitjahre durchgeführten Außenprüfung bei der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der X-KG kam der Prüfer unter anderem zu dem Ergebnis, dass der X-KG von der GEMA und der VG Media Kabelweitersenderechte überlassen worden seien, für die die X-KG jeweils Zahlungen geleistet habe. Dabei handele es sich um Aufwendungen für die zeitlich befristete Überlassung von Rechten, die nach Maßgabe des § 8 Nr. 1 Buchst. f des Gewerbesteuergesetzes in der in den Streitjahren gültigen Fassung (GewStG) dem Gewinn aus Gewerbebetrieb hinzuzurechnen seien.

10 Das FA folgte der Rechtsauffassung der Außenprüfung und erließ am 22.10.2014 die angefochtenen Bescheide. Der Gewerbesteuermessbetrag 2008 wurde hierbei auf 149.159 €, der Gewerbesteuermessbetrag 2010 auf 967.431 € festgesetzt. Das FA berücksichtigte hierbei Aufwendungen der X-KG für Konzessionen und Lizenzen in der von der Außenprüfung angenommenen Höhe von 11.050.000 € (2008) sowie 12.831.764 € (2010) und nahm auf dieser Grundlage Hinzurechnungen im Umfang von 2.762.500 € (2008) und 3.207.941 € (2010) vor. Die Bescheide waren an die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der X-KG gerichtet.

11 Mit Einspruchsentscheidungen vom 05.01.2015 und 14.07.2015 wurden die Einsprüche gegen die Gewerbesteuermessbescheide 2008 und 2010 zurückgewiesen.

12 Vor dem Finanzgericht (FG) begehrte die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der X-KG, den Gewerbesteuermessbetrag 2008 auf 139.489 € und den Gewerbesteuermessbetrag 2010 auf 957.432 € herabzusetzen. Die Voraussetzungen der vorgenommenen Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG für Zahlungen an die Verwertungsgesellschaften lägen nicht vor.

13 Das FG gab der Klage mit Urteil vom ... statt. Zwar handele es sich bei Kabelweitersenderechten um Rechte im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG. Diese verbrauchten sich jedoch mit jeder vorgenommenen Weitersendung. Sie seien deshalb nicht zeitlich befristet überlassen. Soweit die Zahlungen für die Abgeltung der Ansprüche nach § 20b Abs. 2 Satz 1 UrhG erfolgt seien, fehle es schon an der für § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG erforderlichen Zahlung für die Überlassung von Rechten, weil die Verwertungsgesellschaften selbst gar nicht über diese Rechte verfügen könnten.

14 Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG.

15 Das FA beantragt,
das Urteil des FG ... aufzuheben und die Klage abzuweisen.

16 Die Klägerin beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

17 Sie verteidigt das Urteil des FG. Die Voraussetzungen für eine Hinzurechnung lägen nicht vor.

18 Die X-KG habe schon kein Recht im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG erworben. Daran fehle es, da Kabelweitersendungen nach der Rechtsprechung des EuGH keine öffentliche Wiedergabe darstellten. Dazu müsse eine Übertragung an ein neues Publikum erfolgen. Die X-KG habe in ihrem Kabelnetz aber nur solche Sendungen übertragen, die in ihrem Verbreitungsgebiet bereits über andere Verbreitungswege empfangbar seien.

19 Die Zahlungen seien zudem nicht für die Einräumung von Rechten im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG geleistet worden, sondern nur, um weitere rechtliche Auseinandersetzungen mit den Verwertungsgesellschaften zu vermeiden.

20 Zu einer Rechteeinräumung durch die Verwertungsgesellschaften könne es auch deshalb nicht kommen, da die X-KG schon kraft einer "Must-Carry-Regelung" nach Rundfunkstaatsvertrag und Landesmediengesetz zu einer Verbreitung einer Vielzahl von Programmen verpflichtet sei. Auch aufgrund der mit den Sendeunternehmen bestehenden Einspeiseverträge sei die X-KG bereits mit der Weiterleitung der angelieferten Programmsignale in ihrem Kabelnetz beauftragt gewesen.

21 Es fehle zudem eine Überlassungsvereinbarung der X-KG mit der VG Media sowie der GEMA in den Streitjahren. Die Vergleiche seien erst später geschlossen worden. Es sei zu berücksichtigen, dass eine Lizenz nur für die Zukunft wirken könne.

22 Selbst wenn man eine Rechteüberlassung annähme, wäre diese nicht befristet im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG erfolgt. Gegenstand der Kabelweitersendung sei ein bestimmtes Programm, ein urheberrechtlich geschütztes Werk. Nach der Weitersendung sei dieses jedoch wirtschaftlich verbraucht beziehungsweise erschöpft.

23 Schließlich widerspreche die vom FA vorgenommene Hinzurechnung dem Objektcharakter der Gewerbesteuer. Wenn danach der Gewerbeertrag unabhängig von der Art und Weise der Kapitalausstattung des Betriebs zu ermitteln sei, erscheine die Hinzurechnung im Streitfall ungerechtfertigt. Auch ein voll eigenkapitalfinanzierter Kabelnetzbetreiber könne nur die von den Sendern bereitgestellten Programmsignale über die Kabelnetze verbreiten.

24 In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesfinanzhof (BFH) ergänzte die Klägerin ihr Vorbringen dahin, dass ein Kabelweitersenderecht auch deshalb nicht von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG erfasst werden könne, da es bereits an einer Übertragbarkeit und Bilanzierbarkeit eines solchen Rechts fehle.

Entscheidungsgründe

II.

25 Die zulässige Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Urteils des FG und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Zu Recht ist das FG zwar von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen (dazu unter 1.). Entgegen der Auffassung des FG liegen aber auch alle Voraussetzungen für eine Hinzurechnung der streitigen Aufwendungen nach § 8 Nr. 1 Buchst f GewStG vor. Das Urteil ist daher aufzuheben (dazu unter 2.). Da die Sache spruchreif ist, ist die Klage abzuweisen (dazu unter 3.).

26 1. Die von der Klägerin erhobene Klage war zulässig. Die Klägerin war insbesondere befugt zur Klage gegen die Gewerbesteuermessbescheide 2008 und 2010.

27 Die Steuerschuldnerschaft für die Gewerbesteuer geht bei Eintritt einer Gesamtrechtsnachfolge auf den Rechtsnachfolger über (vgl. BFH-Urteile vom 15.04.2010 - IV R 67/07, Rz 13, 19; vom 20.09.2018 - IV R 39/11, BFHE 262, 393, BStBl II 2019, 131, Rz 19).

28 Die Klägerin wurde ... Gesamtrechtsnachfolgerin der X-KG. Die Klagebefugnis der X-KG ging damit, soweit die angegriffenen Änderungsbescheide nicht ohnehin bereits an die Klägerin gerichtet waren, auf die Klägerin als Rechtsnachfolgerin über.

29 2. Das Urteil des FG ist aufzuheben. Entgegen der Auffassung des FG liegen die Voraussetzungen für eine Hinzurechnung der streitigen Aufwendungen nach § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG vor.

30 Kabelweitersenderechte gehören zu den Rechten im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG (dazu unter b). Diese Rechte wurden --anders als das FG meint-- zeitlich befristet überlassen (dazu unter c). Ebenso sind die streitigen Aufwendungen für die Überlassung von Rechten geleistet worden (dazu unter d). Die Hinzurechnung von Aufwendungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten widerspricht nicht dem Zweck des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG (dazu unter e).

31 a) Besteuerungsgrundlage der Gewerbesteuer ist der Gewerbeertrag (§ 6 GewStG). Gewerbeertrag ist nach § 7 Satz 1 GewStG der nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes oder des Körperschaftsteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, der bei der Ermittlung des Einkommens für den dem Erhebungszeitraum entsprechenden Veranlagungszeitraum zu berücksichtigen ist, vermehrt und vermindert um die in §§ 8 und 9 GewStG bezeichneten Beträge. Nach § 8 Nr. 1 GewStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung werden dem Gewinn bestimmte Beträge wieder hinzugerechnet, soweit sie bei der Ermittlung des Gewinns abgesetzt worden waren und soweit die Summe aus allen Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 GewStG den Betrag von 100.000 € übersteigt. Dazu gehört nach § 8 Nr. 1 Buchst. f Satz 1 GewStG ein Viertel aus einem Viertel --also ein Sechzehntel-- der Aufwendungen für die zeitlich befristete Überlassung von Rechten (insbesondere Konzessionen und Lizenzen, mit Ausnahme von Lizenzen, die ausschließlich dazu berechtigen, daraus abgeleitete Rechte Dritten zu überlassen).

32 b) Kabelweitersenderechte gehören zu den Rechten im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG.

33 aa) Rechte im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f Satz 1 GewStG sind Immaterialgüterrechte, also subjektive Rechte an unkörperlichen Gütern mit selbständigem Vermögenswert, die eine Nutzungsbefugnis enthalten und an denen eine geschützte Rechtsposition --ein Abwehrrecht-- besteht (ständige Rechtsprechung, z.B. BFH-Urteil vom 29.06.2022 - III R 2/21, BFHE 277, 406, m.w.N.). Wie sich auch aus dem in der Vorschrift enthaltenen Klammerzusatz ergibt, gehören zu den Rechten insbesondere auch Lizenzen. Unter einer Lizenz ist die von dem Lizenzgeber dem Lizenznehmer privatrechtlich eingeräumte Befugnis zu verstehen, Rechte oder Werte zu nutzen. Zu den Rechten, die durch eine Lizenz überlassen werden, gehören auch Urheberrechte (BeckOK GewStG/Frantzmann, 5. Ed. [01.03.2023], GewStG § 8 Rz 682; Brandis/Heuermann/Hofmeister, § 8 GewStG Rz 274; Keß in Lenski/Steinberg, Gewerbesteuergesetz, § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 18). Für diese Rechte kann der Urheber nach § 31 Abs. 1 Satz 1 UrhG einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (BFH-Urteil in BFHE 277, 406, Rz 21, m.w.N.).

34 Unerheblich für die Qualifizierung als Recht im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG ist es, ob es sich hierbei um ein privates oder ein öffentliches Recht handelt (BFH-Beschluss vom 31.01.2012 - I R 105/10, Rz 13; BFH-Urteil vom 26.04.2018 - III R 25/16, BFHE 261, 549, Rz 29). Ungeschützte Positionen hingegen, die kein Abwehrrecht gegenüber nicht berechtigten Personen gewähren, so dass Letztere von der Nutzung nicht ausgeschlossen werden können, werden nicht vom Rechtebegriff des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG umfasst (BFH-Urteil in BFHE 261, 549, Rz 30).

35 bb) Das Kabelweitersenderecht ist ein urheberrechtlich geschütztes Recht an der Veröffentlichung eines Werks. Es handelt sich um keine ungeschützte (Rechts-)Position.

36 Das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Wiedergabe seines Werks (§ 15 Abs. 2 Satz 1 UrhG) umfasst das Senderecht (§ 15 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 UrhG), das heißt das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel der Öffentlichkeit zugänglich zu

machen (§ 20 UrhG). Das Senderecht schließt das Recht zur Kabelweitersendung gemäß § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG ein, das heißt das Recht, ein gesendetes Werk im Rahmen eines zeitgleich, unverändert und vollständig weiterübertragenen Programms durch Kabelsysteme oder Mikrowellensysteme weiterzusenden. Entsprechendes gilt für das Leistungsschutzrecht der Sendeunternehmen. Sie haben nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG unter anderem das ausschließliche Recht, ihre Funksendungen weiterzusenden und öffentlich zugänglich zu machen (vgl. BGH-Urteil vom 18.06.2020 - I ZR 171/19, Rz 11, m.w.N.).

37 cc) Die für eine Kabelweitersendung erforderliche öffentliche Wiedergabe liegt bereits dann vor, wenn die Übertragung durch ein neues technisches Verfahren erfolgt. Ist dies der Fall, bedarf es keiner weitergehenden Prüfung, ob das Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird.

38 (1) Bei dem Recht zur Kabelweitersendung handelt es sich um einen besonderen Fall des Senderechts und damit um einen besonderen Fall der öffentlichen Wiedergabe. Eine Kabelweitersendung setzt daher eine öffentliche Wiedergabe voraus. Die Wiedergabe ist nach § 15 Abs. 3 Satz 1 UrhG öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört nach § 15 Abs. 3 Satz 2 UrhG jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.

39 (2) Die ausschließlichen Rechte der Urheber und Leistungsschutzberechtigten wegen einer öffentlichen Wiedergabe ihrer Werke und Leistungen durch Kabelweitersendung beruhen auf Richtlinien der Europäischen Union. Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe ist deshalb in Übereinstimmung mit der für Urheber geltenden Bestimmung des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2001, Nr. L 167/10) --RL 2001/29/EG-- und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH auszulegen (z.B. BGH-Urteil vom 18.06.2020 - I ZR 171/19, Rz 12, m.w.N.).

40 (3) Der Begriff der "öffentlichen Wiedergabe" gemäß Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG hat nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und des BGH zwei Tatbestandsmerkmale, nämlich eine Handlung der Wiedergabe und die Öffentlichkeit dieser Wiedergabe (z.B. EuGH-Urteil VCAST vom 29.11.2017 - C-265/16, EU:C:2017:913, Rz 41 ff.; BGH-Urteil vom 18.06.2020 - I ZR 171/19, Rz 14).

41 (a) Eine Wiedergabe umfasst jede Übertragung geschützter Werke unabhängig von dem eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren. Dabei muss jede Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werks, die nach einem spezifischen technischen Verfahren erfolgt, grundsätzlich vom Urheber des betreffenden Werks einzeln erlaubt werden (z.B. EuGH-Urteil VCAST, EU:C:2017:913, Rz 41 f.).

42 (b) Die Öffentlichkeit der Wiedergabe verlangt eine unbestimmte Anzahl möglicher Adressaten und zudem recht viele Personen (z.B. EuGH-Urteile VCAST, EU:C:2017:913, Rz 45; Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff vom 07.08.2018 - C-161/17, EU:C:2018:634, Rz 22; BGH-Urteil vom 18.06.2020 - I ZR 171/19, Rz 23). Außerdem ist erforderlich, dass die Wiedergabe des geschützten Werks unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet, oder ansonsten für ein "neues Publikum" erfolgt, das heißt für ein Publikum, an das der Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werks erlaubte (ständige Rechtsprechung, z.B. EuGH-Urteile Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff, EU:2018:634, Rz 24; VCAST, EU:C:2017:913, Rz 48 ff., m.w.N.). Werden verschiedene Übertragungen unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren zur Verbreitung der Werke durchgeführt, wobei jede von ihnen für die Öffentlichkeit bestimmt ist (z.B. terrestrische Signale einerseits und die Verbreitung über das Internet andererseits - EuGH-Urteile ITV Broadcasting vom 07.03.2013 - C-607/11, EU:C:2013:147, Rz 26; VCAST, EU:C:2017:913, Rz 48 f.; Weiterleitung von zunächst durch Satellitentechnik verbreiteten Signalen durch Kabeltechnik - BGH-Urteil vom 17.09.2015 - I ZR 228/14, BGHZ 206, 365, Rz 55), so stellen diese Übertragungen unterschiedliche öffentliche Wiedergaben dar. Für jede von ihnen muss daher eine Erlaubnis der betreffenden Rechtsinhaber erteilt werden (EuGH-Urteil VCAST, EU:C:2017:913, Rz 48 f.). In einem solchen Fall braucht daher --entgegen der Auffassung der Klägerin, die sich insoweit ohne Erfolg auf das durch die Besonderheiten des nationalen Rechts des dortigen Ausgangsverfahrens geprägte EuGH-Urteil AKM vom 16.03.2017 - C-138/16 (EU:C:2017:218) beruft-- nicht geprüft zu werden, ob das Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird (z.B. EuGH-Urteil VCAST, EU:C:2017:913, Rz 50, m.w.N.; BGH-Urteile vom 10.01.2019 - I ZR 267/15, Rz 43; vom 18.06.2020 - I ZR 171/19, Rz 34). Da diese Frage danach bereits durch den EuGH geklärt ist, ist eine Vorlage an diesen nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht veranlasst.

43 dd) Bei dem Kabelweitersenderecht handelt es sich auch um ein im Sinne des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG übertragbares Recht. Dies ergibt sich für das Kabelweitersenderecht des Urhebers aus § 20b Abs. 2 Satz 1 UrhG und für das entsprechende Recht der Sendeunternehmen aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 UrhG. Demgegenüber betraf das von der Klägerin für eine fehlende Übertragbarkeit zitierte BFH-Urteil vom 22.03.2022 - IV R 13/18 (BFHE 276, 139, BStBl II 2022, 656) eine nach einem Landesmediengesetz eingeräumte Sendelizenz und kein Kabelweitersenderecht.

44 ee) Die streitigen Kabelweitersenderechte waren auch nicht ausschließlich zur Überlassung an Dritte bestimmt.

45 Nach der in § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG enthaltenen Rückausnahme scheidet eine Hinzurechnung von Aufwendungen für die zeitlich befristete Überlassung von Rechten bei Lizenzen aus, die ausschließlich dazu berechtigen, daraus abgeleitete Rechte Dritten zu überlassen. Solche Lizenzen liegen bei sogenannten Vertriebslizenzen oder Durchleitungsrechten vor, bei denen nur das Recht zum Absatz und Vertrieb bestimmter Produkte oder Dienstleistungen an den Lizenznehmer übertragen wird. Eine solche Vertriebslizenz ist nur dann gegeben, wenn der Lizenznehmer die eingeräumten Rechte nicht selbst nutzt oder verändert oder bearbeitet, sondern die Rechte unverändert weitergibt (BFH-Urteil in BFHE 277, 406, Rz 26).

46 Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist die Ausnahmeregelung über ihren Wortlaut hinaus nicht nur bei überlassenen Lizenzen, sondern auch bei jedem anderen überlassenen Recht im Sinne des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG zu prüfen (in den Streitjahren: Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder in BStBl I 2008, 730, Rz 40).

47 Die von der Ausnahmeregelung erfasste Situation liegt jedoch im Streitfall selbst bei weiter Auslegung des Wortlauts des § 8 Nr. 1 Buchst. f Satz 1 GewStG nicht vor. Die Nutzungsbefugnis an dem Recht auf Kabelweitersendung betraf allein die X-KG als Kabelunternehmen; auf die übertragenen Sendungen und deren Inhalt im Einzelnen kommt es nicht an, sodass es nicht um die Frage geht, ob die X-KG Dritten (den Kabelkunden) Rechte überlassen hat. Deshalb muss auch nicht auf die vom FG thematisierte Frage eingegangen werden, ob beziehungsweise inwieweit die genannte Verwaltungsregelung hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen von "Durchleitungsrechten" zu gleichheitswidrigen Ergebnissen kommt.

48 c) Entgegen der Auffassung des FG und der Klägerin wurden die Kabelweitersenderechte im Streitfall auch zeitlich befristet überlassen und nicht endgültig übertragen. Insoweit hat das FG das von ihm festgestellte Vertragswerk nicht hinreichend gewürdigt und deshalb für die Frage der zeitlichen Befristung der Rechteüberlassung falsche Schlüsse gezogen. Die Feststellungen des FG genügen jedoch, um dem Senat die Beurteilung zu ermöglichen, ob es im Streitfall zu einer für die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG erforderlichen zeitlich befristeten Rechteüberlassung gekommen ist.

49 aa) Zeitlich befristet überlassen im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG ist ein Recht, soweit und solange sein Verbleib bei dem Berechtigten ungewiss ist, etwa weil das Recht an den Übertragenden zurückfallen kann (BFH-Urteil vom 19.12.2019 - III R 39/17, BFHE 267, 415, BStBl II 2020, 397, Rz 43). Eine zeitlich befristete Überlassung von Rechten liegt auch dann noch vor, wenn bei Abschluss des Vertrags ungewiss ist, ob und wann die Überlassung zur Nutzung endet. Für die Annahme einer zeitlichen Begrenzung genügt bereits das Vorhandensein gesetzlicher Kündigungsmöglichkeiten, die auf bestimmte Fälle beschränkt sind, oder die Aufnahme einer auflösenden Bedingung in den Übertragungsvertrag (BFH-Urteil in BFHE 267, 415, BStBl II 2020, 397, Rz 44, m.w.N.). Eine Lizenz ist etwa dann nur zeitlich befristet überlassen, wenn die Lizenzdauer befristet wird (vgl. BFH-Urteil in BFHE 277, 406, Rz 23).

50 Nicht zeitlich befristet überlassen, sondern endgültig übertragen ist ein Recht hingegen dann, wenn das Recht dem Berechtigten mit Gewissheit endgültig verbleiben wird, ein Rückfall des Rechts kraft Gesetzes oder Vertrags nicht in Betracht kommt oder das wirtschaftliche Eigentum an dem Recht auf den Berechtigten übergeht, weil es sich während der vereinbarten Nutzungsdauer in seinem wirtschaftlichen Wert erschöpft (sog. verbrauchende Rechteüberlassung, z.B. BFH-Urteil in BFHE 267, 415, BStBl II 2020, 397, Rz 44 f., m.w.N.).

51 Die Frage, ob es sich um eine zeitlich befristete oder um eine endgültige Überlassung von Rechten handelt, ist nach dem Vertrag und damit auch nach den Verhältnissen zu beurteilen, wie sie sich bei Abschluss des Vertrags darstellen (BFH-Urteil in BFHE 267, 415, BStBl II 2020, 397, Rz 46).

52 bb) Danach liegt im Streitfall eine zeitlich befristete Rechteüberlassung vor.

53 (1) Das FG ist davon ausgegangen, dass hinsichtlich des Kabelweitersenderechts auf das einzelne Werk im Rahmen eines Programms abzustellen sei. Der Wortlaut des § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG, der zwischen Werk und Programm differenziere, mache deutlich, dass es nicht auf das linear übertragene Programm allein ankomme, sondern vielmehr das einzelne gesendete Werk Gegenstand des Kabelweitersenderechts sei. Das diesbezügliche Recht verbrauche sich mit der jeweiligen Weitersendung.

54 (2) Den Feststellungen des FG zum Vertragswerk ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die der X-KG eingeräumte Nutzungsbefugnis an dem Recht auf Kabelweitersendung gewissermaßen "atomisiert" werden sollte. Die X-KG musste und sollte nicht im Einzelnen prüfen, welches einzelne Werk im Laufe einer permanenten Weitersendung jeweils betroffen und gegebenenfalls damit verbraucht war. Wäre dies so gewesen, hätte die erneute Sendung des verbrauchten Werks einen neuen Vergütungsanspruch ausgelöst. Von einer solchen "Einzelabrechnung" ist aber offenkundig keine der Vertragsparteien ausgegangen. Dies zeigt sich an der Feststellung des FG, dass nach dem zwischen der Rechtsnachfolgerin der X-KG und der VG Media geschlossenen Vertrag vom ....2011 die Rechtsnachfolgerin der X-KG unter anderem für die Geschäftsjahre 2006 bis 2010 jeweils 1 % ihrer (der X-KG) Bruttoumsätze für Kabelanschlüsse zuzüglich pauschal berechneter Zinsen an die VG Media entrichten musste. In dem zwischen der X-KG und der GEMA geschlossenen Vertrag von 2009 wurde nach den Feststellungen des FG eine Vergütung von 5,5 % der Bemessungsgrundlage, das heißt der von der X-KG aus der Kabelweitersendung gemäß § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG erwirtschafteten Umsätze, zuzüglich Umsatzsteuer vereinbart. Dass es um keine "Einzelabrechnung" ging, zeigt aber auch der Umstand, dass innerhalb des zeitlichen Rahmens, für den die Kabelweitersendung zwischen der X-KG (beziehungsweise ihrer Rechtsnachfolgerin) und den Verwertungsgesellschaften vereinbart war, es den Sendeunternehmen freistand, einzelne oder alle Werke in beliebiger Reihenfolge zu wiederholen und damit erneut eine Kabelweitersendung durch die X-KG in Gang zu bringen. Nicht zuletzt spricht auch der Normzweck des § 8 Nr. 1 Buchst. f Satz 1 GewStG gegen eine "atomisierende" Betrachtungsweise. Soll nach dieser Norm eine Sachkapitalüberlassung erfasst werden, genügt es für gewerbesteuerliche Zwecke, auf die generelle Nutzungsbefugnis des Rechts auf Kabelweitersendung abzustellen. Darauf, ob dieses Recht zu wiederholter Weitersendung auch tatsächlich ausgeübt wurde, kommt es für die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG nicht an (vgl. Güroff in Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl., § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 13; Brandis/Heuermann/Hofmeister, § 8 GewStG Rz 296; Keß in Lenski/Steinberg, Gewerbesteuergesetz, § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 39).

55 (3) Ein so verstandenes Nutzungsrecht war aber nach den festgestellten vertraglichen Vereinbarungen mit der GEMA sowie der VG Media jeweils nur zeitlich befristet überlassen. Die Überlassung durch die GEMA wurde für die Zeit bis zum 31.12.2012 befristet, für die Überlassung durch die VG Media lief die Frist mit dem Geschäftsjahr 2015 ab. Diese Frist ist kürzer als die in § 64 UrhG geregelte Frist für das Erlöschen des Urheberrechts von 70 Jahren nach dem Tod des Urhebers und auch die in § 87 Abs. 3 UrhG geregelte Frist von 50 Jahren für die Weitersendung durch ein Sendeunternehmen. Auf die zwischen den Beteiligten streitige Frage, auf welche Fristdauer abzustellen ist, kommt es deshalb im Streitfall nicht an.

56 (4) Unschädlich ist, dass die getroffenen Vereinbarungen im Streitfall zum Teil erst nach Ablauf des jeweiligen Erhebungszeitraums abgeschlossen wurden. Eine steuerrechtlich unzulässige Rückwirkung ergibt sich daraus nicht, da die geschlossenen Vereinbarungen nicht mit Rückwirkung einen Lebenssachverhalt anders gestalteten, sondern im Wege des Vergleichs dessen rechtliche Beurteilung festlegten:

57 Schließen Parteien einen Vergleich im Sinne von § 779 BGB über ein Rechtsverhältnis, so stellt dies kein rückwirkendes Ereignis dar. Denn ein solcher Vergleich gestaltet nicht einen Lebenssachverhalt anders, sondern betrifft nur dessen rechtliche Beurteilung und beseitigt lediglich den Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens (BFH-Urteil vom 26.02.2008 - II R 82/05, BFHE 220, 526, BStBl II 2008, 629, unter II.1.b [Rz 21]; BFH-Beschluss vom 28.06.2011 - X B 146/10, Rz 9). So verhielt es sich auch im Streitfall. Die X-KG hatte bereits in den Streitjahren Zahlungen für die Kabelweitersenderechte geleistet; diese waren allerdings angesichts der unterschiedlichen Auffassungen der X-KG und der Verwertungsgesellschaften über die Rechtslage zunächst nur vorläufig erfolgt. Die in der Folgezeit abgeschlossenen Vereinbarungen dienten der Beendigung dieses Streits im Wege gegenseitigen Nachgebens.

58 d) Die streitigen Aufwendungen wurden auch für die Überlassung von Rechten geleistet.

59 aa) Dem steht nicht entgegen, dass in den Streitjahren zwischen der X-KG auf der einen und den Verwertungsgesellschaften auf der anderen Seite divergierende Rechtsansichten über Inhalt und Reichweite des Tatbestands der Kabelweitersendung bestanden. Denn beide Seiten waren sich letztlich darin einig, dass für den

Fall, dass die Verbreitung der Programme durch die X-KG als Kabelweitersendung anzusehen sein sollte, diese für die dafür erforderliche Nutzungsüberlassung eine Vergütung zu leisten hatte. Vor diesem Hintergrund leistete die X-KG die streitigen Zahlungen auch in den Streitjahren schon für die Überlassung von Rechten und --anders als die Klägerin meint-- nicht zur Beilegung der Rechtsstreitigkeiten, zumal die hierzu abgeschlossenen Vereinbarungen zum Teil erst nach den Streitjahren erfolgten.

60 bb) Zutreffend ist das FG auch davon ausgegangen, dass eine etwaige Verpflichtung der X-KG als Kabelnetzbetreiberin, die von den Sendeunternehmen zur Verfügung gestellten Programmsignale in ihr Netz einzuspeisen und weiterzuleiten, nicht der Annahme entgegensteht, dass die streitigen Aufwendungen für die Einräumung von Kabelweitersenderechten geleistet wurden. Denn auch eine solche Verpflichtung zur Einspeisung von Sendesignalen in ihr Kabelnetz und deren Weiterleitung zu den angeschlossenen Haushalten ("Must-Carry") vermag nichts daran zu ändern, dass in der technischen Dienstleistung der Einspeisung und Weiterleitung durch den Kabelnetzbetreiber zugleich eine Nutzung von Kabelweitersenderechten liegt, für die eine Vergütung zu zahlen ist. Insoweit ist im Verhältnis zwischen Sendeunternehmen und Kabelnetzbetreibern zu unterscheiden zwischen den Vergütungen, die die Kabelnetzbetreiber an die Sendeunternehmen für die Überlassung von Urheberrechten und Leistungsschutzrechten in Gestalt von Kabelweitersenderechten leisten, und den Vergütungen, die die Sendeunternehmen für die Erbringung der Transportleistung für die Programmsignale an die Kabelnetzbetreiber leisten (vgl. auch Urteil des Kartellsenats des BGH vom 03.12.2019 - KZR 29/17, Rz 25).

61 Unerheblich ist hierbei, ob die Verpflichtung zur Einspeisung auf Grundlage geschlossener Einspeiseverträge oder auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen eines Rundfunkstaatsvertrags besteht. Denn für die Frage, ob ein Recht im Sinne von § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG überlassen wird, kommt es nicht darauf an, ob diese Überlassung freiwillig erfolgt oder eine entsprechende Verpflichtung besteht (Güroff in Glanegger/Güroff, GewStG, 10. Aufl., § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 8; Rode in Wendt/Suchanek/Möllmann/Heinemann, GewStG, 2. Aufl., § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 20: auch Zwangslizenzen) beziehungsweise ob die zur Überlassung der Rechte berechtigte Person der Übertragung oder Rechteeinräumung zustimmt oder aber diese Zustimmung wirksam ersetzt wird (Brandis/Heuermann/Hofmeister, § 8 GewStG Rz 278, 281; Keß in Lenski/Steinberg, Gewerbesteuergesetz, § 8 Nr. 1 Buchst. f Rz 34).

62 cc) Entgegen der Auffassung des FG und der Klägerin erfolgten die Zahlungen auch in dem Umfang für die Überlassung von Rechten, in dem sie zur Abgeltung von Vergütungsansprüchen nach § 20b Abs. 2 UrhG geleistet wurden.

63 (1) Der Wortlaut des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG ist durch die Verwendung der Präposition "für" im Zusammenhang mit den Aufwendungen nicht zwingend in der Weise zu verstehen, dass die Zahlung unmittelbare Gegenleistung für die Einräumung des Rechts sein muss. Es kommt nicht darauf an, ob die Aufwendungen zielgerichtet im Hinblick auf die Nutzung des Rechts ("Zahlung, um zu nutzen") oder ursächlich aufgrund der Nutzung des Rechts ("Zahlung, weil genutzt wird") entstehen. Die Aufwendungen müssen lediglich dafür geleistet werden, dass das Recht auch in der Zukunft weiterhin berechtigterweise überlassen wird und dies die Fortführung der entsprechenden betrieblichen Betätigung sicherstellt (z.B. BFH-Beschluss vom 31.01.2012 - I R 105/10, Rz 16 f.).

64 (2) Bezogen auf den Streitfall erfolgten danach die Zahlungen auch in dem Umfang für die Überlassung von Kabelweitersenderechten, in dem sie zur Abgeltung von Vergütungsansprüchen nach § 20b Abs. 2 UrhG geleistet wurden. Nach dieser Vorschrift muss das Kabelunternehmen dem Urheber eine angemessene Vergütung für die Kabelweitersendung auch dann zahlen, wenn der Urheber sein Kabelweitersenderecht einem Sendeunternehmen oder einem Tonträger- oder Filmehersteller eingeräumt hat; der Vergütungsanspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Auch in diesem Fall zahlt das Kabelunternehmen für die Überlassung des Kabelweitersenderechts. Denn nach § 13c Abs. 3 UrhWahrnG gilt, wenn ein Rechtsinhaber die Wahrnehmung seines Rechts der Kabelweitersendung im Sinne des § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG keiner Verwertungsgesellschaft übertragen hat, die Verwertungsgesellschaft, die Rechte dieser Art wahrnimmt, als berechtigt, seine Rechte wahrzunehmen. Damit erhält die Verwertungsgesellschaft eine Befugnis zur Überlassung auch solcher Rechte. Die Wahrnehmungsbefugnis der Verwertungsgesellschaft wird dabei gesetzlich fingiert (Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, Urheberrecht, 4. Aufl., § 20b UrhG Rz 16; Hentsch in Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch, Urheberrecht, 4. Aufl., § 50 VGG Rz 1 ff., zu der insoweit gleichen Nachfolgeregelung).

65 e) Die Hinzurechnung von Aufwendungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten widerspricht nicht dem Zweck des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG.

66 Der Gesetzgeber ging bei Schaffung des § 8 Nr. 1 Buchst. f GewStG davon aus, dass dem Gewerbebetrieb bei der zeitlichen Überlassung von Rechten Sachkapital überlassen werde. In den Aufwendungen für die Überlassung dieser Rechte sei auch ein Finanzierungsanteil enthalten. Mit der (teilweisen) Hinzurechnung dieser Aufwendungen sei der Gleichstellung von Unternehmen gedient, die mit Eigen- und Fremdkapital finanziert seien (vgl. Gesetzentwurf vom 27.03.2007 zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008, BTDrucks 16/4841, S. 31, 80; BFH-Beschluss vom 31.01.2012 - I R 105/10, Rz 9). Zugleich wollte der Gesetzgeber mit den neu geschaffenen Hinzurechnungsregeln auch Gewinnverlagerungen in das Ausland eindämmen und die gewerbesteuerrechtliche Bemessungsgrundlage verbreitern (BTDrucks 16/4841, S. 31; zum Ganzen BeckOK GewStG/Frantzmann, 5. Ed. [01.03.2023], GewStG § 8 Rz 666; Brandis/Heuermann/Hofmeister, § 8 GewStG Rz 270 f.).

67 Entgegen der Ansicht der Klägerin werden diese Zwecke durch die Hinzurechnung von Vergütungen für die Überlassung von Kabelweitersenderechten nicht verfehlt. Die X-KG hätte alternativ zur Zahlung einer Vergütung für ein zeitlich befristet überlassenes Recht auf Weitersendung eines Werks in ihrem Kabelsystem auch ein dauerhaftes Nutzungsrecht (§ 31 Abs. 1 UrhG) erwerben können.

68 3. Die Höhe der Hinzurechnung für Zahlungen der X-KG an die Verwertungsgesellschaften GEMA und VG Media für die Überlassung von Kabelweitersenderechten ist nicht streitig; die Sache ist damit entscheidungsreif. Danach weist der Senat die Klage ab.

69 4. Die Kostenentscheidung für das gesamte Verfahren geht zulasten der Klägerin (§ 135 Abs. 1 FGO).

Quelle: www.bundesfinanzhof.de