

## Teil D. Vertrieb und Elektronischer Geschäftsverkehr

### § 24 Vertrieb von Software

(Stand: 2022)

**Schrifttum:** Ahrens/Bornkamm/Gloy, Festschrift für Willi Erdmann, 2002; Alber/Brandi-Dohrn, Auswirkungen der Digitale-Inhalte-Richtlinie auf die Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts bei unkörperlichen digitalen Inhalten, ITRB 2021, 261; Bachhofer, Der VAR-Vertrag, CR 1988, 809; ders., Der SHAP-Vertrag, CR 1989, 89; ders., Der OEM-Vertrag, CR 1988, 1; Bartsch, Gesonderter Vertrieb von OEM-Produkten ist urheberrechtlich nicht durchsetzbar, K&R 2000, 612; ders., Grad der Marktdurchdringung von Software als rechtliches Kriterium, CR 1994, 667; ders., IT-Einkaufsbedingungen, Stand der Rechtsprechung und belastbare Klauselvorschläge zu den wesentlichen Regelungsfeldern, CR 2015, 343; Baus, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, 2004; Beck/Kirschhöfer, Datenschutz im Vertragshändlerrecht – Ausgleichsanspruch und Verarbeitung von Kundendaten unter der DSGVO, ZVertriebsR 2019, 3; Beier (Hrsg.), Festgabe für Gerhard Schricke zum 60. Geburtstag, 1995; Berger, Urheberrechtliche Erschöpfungslehre und digitale Informationstechnologie, GRUR 2002, 198; ders., Lizenzen in der Insolvenz des Lizenzgebers, GRUR 2013, 321; Bodewig, Der Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, BB 1997, 637; Borges/Meents, Cloud-Computing, 1. Aufl. 2016; Bräutigam/ Lederer, Handel mit Second-Hand-Software erschöpfend behandelt, jurisPR-ITR 17/2008 Anm. 2; Bräutigam/Wiesemann, Der BGH und der Erschöpfungsgrundsatz bei Software CR 2010, 215; Buchwitz/Schütt, Mindestabnahme- und Take-or-Pay-Vereinbarungen in Warenlieferverträgen, ZVertriebsR 2022, 90; Bullinger/von Rauch, Rechtsfragen zum Secondhand-Markt für E-Books, NJW 2020, 816; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006; Contreras/Slade, Click-Wrap Agreements: Background and Guidelines für Enforceability, CRI 2000, 104; Czajkowski/Mainz, Datenschutz-Grundverordnung: Gemeinsame Verantwortlichkeit im Handelsvertreterverhältnis?, VertriebsR 2019, 159; Dahl/Schmitz, Das Schicksal der Lizenz in der Insolvenz des Lizenzgebers – der erneut gescheiterte Versuch einer gesetzlichen Regelung und deren Notwendigkeit, BB 2013, 1032; Dietrich, Von Used Soft II und dessen Folgen, NJ 2014, 194; Dieselhorst, Zur Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf Lizenzen, die nur zum Download von Software berechtigten, CR 2007, 361; ders., Zur Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen, CR 2010, 69; Döser, Anglo-amerikanische Vertragsstrukturen in deutschen Vertriebs-, Lizenz- und sonstigen Vertikalverträgen, NJW 2000, 1451; Dreier, Handel mit Produktschlüsseln auf Onlineplattformen durch Drittanbieter, MMR 2021, 102; Dubovitskaya, Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Fortschritt und Rechtsunsicherheit im Verbrauchgüterkaufrecht, MMR 2022, 3; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: HGB, 4. Aufl. 2020; Ebenroth/Parche, Die kartell- und zivilrechtlichen Schranken bei der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen, BB 1988 Beil. 10; Ebenroth/Strittmatter, Fremdbestimmte Investitionen in der Umstrukturierung von Absatzmittlungsverhältnissen im Automobilsektor, BB 1993, 1521; Eckert, Die analoge Anwendung des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB auf Vertragshändler und Franchisenehmer, WM 1991, 1237; Emde, BB-Rechtsprechungsreport zum Vertriebsrecht Jahrgang 2018 – Teil I, BB 2019, 2882 und Teil II, BB 2019, 2946; Jahrgang 2019 Teil I, BB 2020, 2754 und Teil II, BB 2020, 2827; Jahrgang 2020 Teil I, BB 2021, 2755 und Teil II, BB 2021, 2824; ders., Die vertragliche Verpflichtung zur Übertragung des Kundenstammes als Voraussetzung des Ausgleichsanspruchs eines Eigenhändlers, ZVertriebsR 2020, 3; ders., Corona und Vertriebsrecht – erste Gedanken, ZVertriebsR 2020, 138; ders., Corona und Vertriebsrecht – mehr als ein Jahr später, ZVertriebsR 2021, 137; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022; Flohr, Franchise-Vertrag, 4. Aufl. 2010; Frentz/Masch, Lizenzverträge in der Insolvenz des Lizenzgebers nach den Entscheidungen Reifens Progressiv, Vorschaubilder, M2Trade und Take Five des Bundesgerichtshofs – insolvenzfester Fortbestand der Lizenzen, ZUM 2012, 886; Fröhlich, Praktische Probleme bei der einvernehmlichen Aufhebung von Handelsvertreterverträgen, ZVertriebsR 2018, 207; Foth, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, 1985; Genzow, Vertragshändlervertrag, 1996; Giesler, Praxis des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2018; Grützmacher, Gebrauchssoftware und Erschöpfungslehre: Zu den Rahmenbedingungen eines Second-Hand-Marktes für Software, ZUM 2006, 302; ders., Gebrauchssoftware und Übertragbarkeit von Lizenzen, CR 2007, 549; ders., Unternehmens- und Konzernlizenzen, ITRB 2004, 204; ders., Was E-Bücher und Computerprogramme gemein haben?, CR 2020, 154; ders., Auswirkungen der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie in der Leistungskette, ITRB 2021, 287; ders., Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken, 1999; Günther, Ausfuhrkontrollen für IT-Produkte in den USA. Aktuelle Entwicklungen im Exportkontrollrecht und in der Kryptopolitik, CR 1997, 245; Haberstumpf, Der Handel mit gebrauchter Software und die Grundlagen des

Urheberrechts, CR 2009, 345; Hartmann, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte, GRUR-Int. 2012, 980; Heidenhain/Reus, Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz, CR 2013, 273; Heine/Stang, Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht, MMR 2021, 755; Heydn, Software as a Service (SaaS): Probleme und Vertragsgestaltung, MMR 2020, 435; Heydn/Schmidl, Der Handel mit gebrauchter Software und der Erschöpfungsgrundsatz, K&R 2006, 74; Hilber, Die Übertragbarkeit von Software-Rechten im Kontext einer Outsourcing-Transaktion, CR 2008, 749; Hoeren, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Online-Übertragung von Computerprogrammen, CR 2006, 573; ders., Nutzungsbeschränkungen in Softwareverträgen – eine Rechtsprechungsübersicht, RDV 2005, 11; Höpfner/Fallmann, Die Reform des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts 2018, NJW 2017, 3745; Hoffmann/Leible/Sosnitzka (Hrsg.), Vertrag und Haftung im E-Commerce, 2006; Holthausen, Aktuelle Bestandsaufnahme zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten – Zehn Dinge, die man wissen sollte!, NZA-RR 2020, 505; Hopt (Hrsg.), HGB, 41. Aufl. 2022; ders., Handelsvertreterrecht, 6. Aufl. 2019; Huppertz, Handel mit Second Hand-Software, CR 2006, 145; Karger, Fallstricke in Click-wrap-Agreements, ITRB 2004, 110; ders., Weitere Einzelheiten zu Haftungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen/unternehmerischen Verkehr, ITRB 2003, 13; Klawitter, Fortgeltung der Unterlizenz nach Wegfall der Hauptlizenz, GRUR-Prax 2012, 425; Kloth, Der digitale Zweitmarkt: Aktuelle Entwicklungen zum Weiterverkauf gebrauchter E-Books, Hörbücher und Musikdateien, GRUR-Prax 2013, 239; Knies, Erschöpfung Online?, GRUR Int. 2002, 314; Koch, Lizenzrechtliche Grenzen des Handels mit Gebrauchtsoftware, ITRB 2007, 140; ders., Urheberrechtliche Zulässigkeit technischer Beschränkungen und Kontrolle der Software-Nutzung, CR 2002, 629; Köhler, Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers – Bestehen, Bemessung, Abwälzung, NJW 1990, 1689; ders., Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CR 1987, 827; Koehler, Der Erschöpfungsgrundsatz im Online-Bereich, 2000; Korte, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters in und nach der Corona-Pandemie, GWR 2020, 194; Kubach, Der Gebrauchtsoftware-Markt vier Jahre nach Usedsoft I, DRITB 2016, 341; dies./Hunzinger, Wer hat das Recht an der Rechtekette?, CR 2016, 14 sowie CR 2016, 213; Kummermehr/Peter, Zum Weiterverkauf selbstgebrannter Computer-CDs, ZUM 2017, 54; Kuschel/Rostam, Urheberrechtliche Aspekte der Richtlinie 2019/770, CR 2020, 393; Küstner/Thume, herausgegeben von Thume/Riemer/Schürri, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band I, 5. Aufl. 2015; Lehmann, Das neue Software – Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Softwareprogrammen, NJW 1993, 1822; ders., Portierung und Migration von Anwendersoftware, CR 1990, 700; ders., Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993; Lejeune, Shrinkwrap- und Clipwrap-Verträge in der Praxis, ITRB 2001, 263; ders., Softwarevertrieb über Distributoren, ITRB 2014, 234; Lembke, Nachvertragliche Wettbewerbsverbote in der Praxis, BB 2020, 52; Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065; Marly, Der Handel mit Gebrauchtsoftware, CR 2014, 145; ders., Der Handel mit so genannter „Gebrauchtsoftware“, EuZW 2012, 654; ders., Praxishandbuch Softwarerecht, 7. Aufl. 2018; Martinek, Franchising, 1987; ders., Moderne Vertragstypen, Band II, 1992; ders./Semler/Flohr (Hrsg.), Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016; McGuire/Kunzmann, Sukzessionschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach „M2Trade“ und „Take Five“ – ein Lösungsvorschlag, GRUR 2014, 28; Mäger, Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522; Merk/Schneider, Key-selling: Rechtliche Grenzen beim Handel mit Lizenzschlüsseln für Computerspiele, MMR-Beil. 2019, 12; Metzger, Erschöpfung des urheberrechtlichen Verbreitungsrechts bei vertikalen Vertriebsbedingungen, GRUR 2001, 210; Meyer-van Raay, Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschern der Hauptlizenz, NJW 2012, 3691; Möhring/Nicolini, UrhG, 4. Aufl. 2018; Moritz, Handel mit „gebrauchter“ Software, jurisPR ITR 5/2007 Anm. 5; ders., Softwarelizenzverträge (I), CR 1993, 257; Oswald, Erschöpfung durch Online-Vertrieb urheberrechtlich geschützter Werke, 2005; Pahlow, Von Müttern, Töchtern und Enkeln – zum Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, GRUR 2010, 112; Peter, Urheberrechtliche Erschöpfung bei digitalen Gütern, ZUM 2019, 490; Plaß, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670; Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Lizenzverträge, 1994; Rauer/Bibi, Erschöpfung auch bei anderen unkörperlichen Werken als Software?, GRUR-Prax 2020, 55; Redeker, Das Konzept der digitalen Erschöpfung – Urheberrecht für die digitale Welt, CR 2014, 73; Rothermel/Schulz, Vertragshändlerausgleich auch ohne Übertragung der Kundendaten?, BB 2019, 1609; Royle/Gramer, Urheberrecht und Unternehmenskauf, CR 2005, 154; Runte/Potinecke, Software und GPSG, CR 2004, 725; Sahin/Haines, Einräumung von Nutzungsrechten im gestuften Vertrieb von Standardsoftware, CR 2005, 241; Schack, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639; Schneider/Spindler, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht, CR 2013, 489; Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, 5. Aufl. 2021; Schmülling, Der Ausgleichsanspruch des Kfz-Vertragshändlers entsprechend § 89b HGB GWR 2015, 224; Schneider, Rechnerspezifische Erschöpfung bei Software im Bundle ohne Datenträgerübergabe, CR 2009, 553; ders., Spätfolgen der Used-Soft-Entscheidung des EuGH, ITRB 2014, 120; ders., Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017; ders./Spindler, Der Erschöpfungsgrundsatz bei „gebrauchter“ Software im Praxisrecht, CR 2014, 213; Schrader/Rautenstrauch, Geltung des Erschöpfungsgrundsatzes beim Online-Erwerb durch unkörperliche Übertragung urheberrechtlich geschützter Werke, K&R 2007, 251; ders./Engstler, Anspruch auf Bereitstellung von Software-Updates?, MMR 2018, 356; Schuhmacher, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641; Schuster/Grützmaker, IT-Recht, 1. Aufl. 2020; Seegel, Die Insolvenzfähigkeit von Lizenzen und Lizenzverträgen, CR 2013, 205; Semler, Zum aktuellen Stand des Handelsvertreterrechts, ZVertriebsR 2022, 37; Senftleben, Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld, Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag?,

NJW 2012, 2924; Sosnitzer, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Handels mit gebrauchter Software, K&R 2006, 206; Spindler, Der Handel mit Gebrauchtssoftware – Erschöpfungsgrundsatz quo vadis?, CR 2008, 69; Stieper/Henke, Reichweite des Erschöpfungsgrundsatzes beim isolierten Verkauf von Produktschlüsseln – Neues vom Handel mit Softwarelizenzen, NJW 2015, 3548; Stieper, Urheberrechtliche Herausforderungen für das neue Vertragsrecht über die Bereitstellung digitaler Inhalte in §§ 327 ff. BGB, CR 2022, 325; von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Tades/Danzl/Graninger (Hrsg.), Ein Leben für die Rechtskultur: Festschrift Robert Dittich zum 75. Geburtstag, 2000; Thume, Neue Rechtsprechung zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters und des Vertragshändlers, BB 1998, 1425; ders., Überhangprovisionen des Handelsvertreters bei der Akquisition von Dauergeschäften, BB 2019, 835; ders., Der ausgleichsrelevante alte Neukunde des § 89b HGB, BB 2020, 779; ders., Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf nationale und grenzüberschreitende Vertriebsverträge, BB 2020, 1419; ders., Beim Ausgleichsanspruch kehrt keine Ruhe ein: Berechnung anhand der Unternehmervorteile gem. § 89b Abs. 1 Nr. 1 HGB, BB 2021, 1672; Uhlig/Walzel, Neuentwurf der Vertikal-GVO – Teil 1: Neue Möglichkeiten der Produktsteuerung –, ZVertriebsR 2022, 80; Ulmer, Der Vertragshändler, 1969; ders./Hoppen, Was ist das Werkstück des Software-Objektcodes?, CR 2008, 681; von Westphalen, Vertragshändlerverträge, in: ders., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Loseblatt, München von Westphalen, 47. Aufl. 2021; Walter, Die Abdingbarkeit zwingenden Handelsvertreterrechts und die Handelsvertreter-Richtlinie, RIW 2019, 570; Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Aufl. 2022; Wauschkuhn, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, ZVertriebsR 2016, 79; ders., Lohnt sich der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung durch den (Vertriebs-)Unternehmer bei unklarer Rechtslage?, ZVertriebsR 2018, 275; ders., Die Berechnung des Ausgleichsanspruches des Handelsvertreters und Vertragshändlers, Status quo und Quo vadis, ZVertriebsR 2022, 32; Weisser/Färber, Weiterverkauf gebrauchter Software-Used-Soft-Rechtsprechung und ihre Folgen – Erschöpfungsgrundsatz und ihre Folgen, MMR 2014, 364; Witte, Online-Vertrieb von Software, ITRB 2005, 86; ders., Bekommt die Erschöpfung durch die BGB-Reform Eselsohren?, CR 2022, 209; Witzel, Vertragsbeziehungen bei der Beschaffung von Open Source Software – Direkter Lizenzvertrag mit dem Rechteinhaber trotz Beschaffung über einen Distributor?, ITRB 2016, 235; dies., Vertrieb von Open Source Software in „embedded systems“ – Welche besonderen Lizenzpflichten sind einzuhalten und wie können diese praktikabel umgesetzt werden?, ZVertriebsR 2018, 360; Zahrt, Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht, CR 1994, 455.

## I. Die verschiedenen Arten des Softwarevertriebs

### 1. Überblick

Beim Vertrieb von Software<sup>1</sup> können verschiedene Vertriebsformen unterschieden werden.<sup>2</sup> Dies ist zum einen der **Direktvertrieb**, bei dem der Hersteller seine Software direkt oder ggf. durch Konzerngesellschaften an den Endkunden lizenziert und liefert.

Zum anderen kann sich der Hersteller beim Vertrieb seiner Produkte der Hilfe Dritter bedienen. Als solche Dritte kommen insbesondere in Betracht:

- **Hersteller anderer Soft- oder Hardware**, deren eigene Produkte entweder auf der Soft- bzw. Hardware eines anderen Herstellers aufsetzen und ggf. gemeinsam ein einheitliches System schaffen oder die im Wege einer gemeinsamen Vertriebsstrategie die Produkte gemeinsam vertreiben.<sup>3</sup> Beispielhaft seien im Software-Bereich Programme genannt, die in ihrer Funktion auf bestimmte Datenbanken zB von Oracle, Microsoft oder SAP zurückgreifen.<sup>4</sup> Werden Soft- und Hardware gemeinsam „im Bündel“ vertrieben, spricht man

<sup>1</sup> Zum Hardwarevertrieb vgl. ausführlich → § 15 Rn. 1 ff. Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme.

<sup>2</sup> Zum Vertrieb von Software über Cloud-Lösungen, insbesondere im Rahmen von SaaS-Lösungen vgl. ausführlich → § 22 Rn. 1 ff. Cloud Computing Verträge.

<sup>3</sup> Werden die Produkte im Software-Bereich zu einer einheitlichen Lösung kombiniert und wird dem Endkunden vom Vertriebspartner diese komplette Lösung auf Basis eines Vertrags angeboten (dh Ursprungssoftware und eigener Wertschöpfungsbeitrag des Vertriebspartners), wird die Kooperation zwischen Vertriebspartner und Softwarehersteller als VAR (= Value Added Reseller-)Vertrag bezeichnet. Schließen Softwarehersteller und Vertriebspartner jeweils separate Verträge für ihre Produkte mit dem Endkunden bezeichnet man den Vertrag zwischen Softwarehersteller und Vertriebspartner als SHAP-(= Software House Assistance Program-)Vertrag. Vgl. zum VAR-Vertrag weiterführend Bachhofer CR 1988, 809 Borges/Meents/Büchner § 5 Rn. 106 und zum SHAP-Vertrag weiterführend mit Vertragsmuster Bachhofer CR 1989, 89, der hierunter auch die Zusammenarbeit von Hard- und Softwareherstellern fasst.

<sup>4</sup> Auf die Variation, dass Software mit der eines Dritten zu einem neuen System verbunden und dieses System dann in eine Maschine zB als (embedded) Steuerungssoftware eingebaut wird, um dann in dieser Maschine dem Endkunden zur Verfügung gestellt zu werden, soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Vgl. hier-

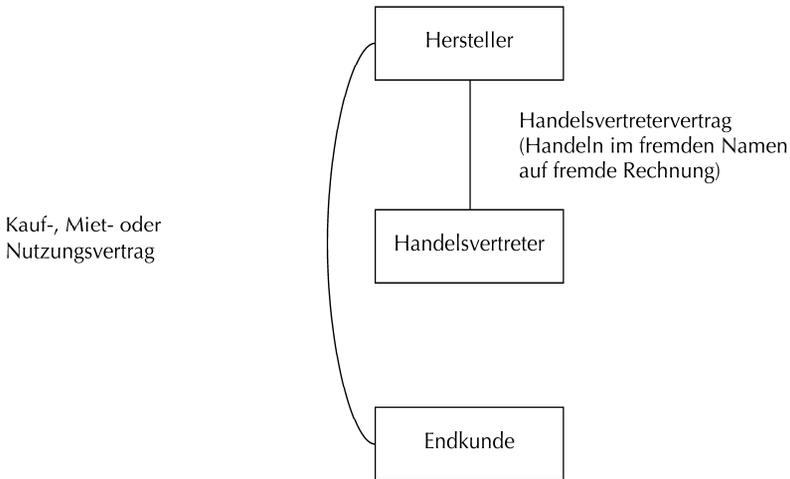
vom sogenannten „**Bundling**“. Die in diesem Zusammenhang verwendeten Softwareversionen werden üblicherweise als „**OEM-Versionen**“ bezeichnet.

- **Anbieter von Dienstleistungen** wie dem Customizing, der Integration oder der Pflege von Software, die im Rahmen dieser Leistungen den Endkunden ebenfalls Rechte an der Software eines dritten Herstellers einräumen.
  - **Sonstige Dritte**, deren Vertriebsinteresse auf die Software als solche gerichtet ist und nicht auf andere damit im Zusammenhang stehende Leistungen. Diese Dritten können sowohl mit Wissen und Wollen des Herstellers für diesen aktiv werden. Es kann aber auch ohne oder sogar gegen dessen Willen geschehen, zB beim **Gebrauchtsoftwarehandel**.
- 3 Die vorstehend aufgeführten Vertriebskonstellationen lassen sich rechtlich auf viele verschiedene Arten organisieren. Mit Ausnahme der Fälle des Gebrauchtsoftwarehandels, auf den im Weiteren gesondert eingegangen wird,<sup>5</sup> sind die beiden in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Organisationsformen aber der Vertrieb über Handelsvertreter sowie der Vertrieb über Vertragshändler.

**2. Vertrieb über Handelsvertreter oder Vertragshändler – Abgrenzungsfragen**

- 4 Bei dem Vertrieb von Software über Dritte besteht die Möglichkeit, dass diese als **Handelsvertreter** gemäß § 84 HGB eingesetzt werden, wenn sie das Produkt in fremdem Namen auf fremde Rechnung vertreiben.<sup>6</sup> Dies ist auch über Internetplattformen möglich.<sup>7</sup> Bei Handelsvertretern schließt der Endkunde einen Kauf-, Miet- bzw. Nutzungsvertrag über die Software direkt mit dem Hersteller. Bildlich dargestellt ergibt sich damit die folgende Konstellation:

**Modell Handelsvertreter**



- 5 Abzugrenzen ist der Handelsvertreter zunächst als selbständiger Gewerbetreibender vom im Vertrieb eingeschalteten **Arbeitnehmer**, auf den die Regelungen des Arbeitsrechts anwendbar sind. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung des Handelsvertreters zum Arbeitnehmer ist, dass der Handelsvertreter als selbständiger Gewerbetreibender gemäß § 84

zu vertiefend im Bereich von Open Source Software Witzel ZVertriebsR 2018, 360 und allgemein → § 15 Rn. 1 ff. Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme.

<sup>5</sup> → Rn. 185 ff.

<sup>6</sup> Vgl. in Konkretisierung der europarechtlichen Vorgabe in Art. 1 Abs. 2 der Handelsvertreter-RL (RL 86/653/EWG) für den Vertrieb von Software EuGH 16.9.2021 – C 410/19, EuZW 2021, 1094 mAnm v. Rintelen = ZVertriebsR 2021, 380 mAnm Rohrßen.

<sup>7</sup> Vertiefend Emde BB 2019, 2882.

Abs. 1, S. 2 und Abs. 2 HGB, „im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“. Ist die eingesetzte natürliche Person nach Vertragsgestaltung und tatsächlicher Umsetzung weisungsgebunden und abhängig in einer Weise tätig, dass Arbeitszeiten, Arbeitsort etc vorgegeben werden und kein eigenes unternehmerisches Risiko getragen wird, so wird diese nach § 84 Abs. 2 HGB als Angestellter qualifiziert. Es handelt sich somit um einen Fall des Direktvertriebs und auf die Vertragsbeziehung zum Vertriebsmittler ist Arbeitsrecht anzuwenden.

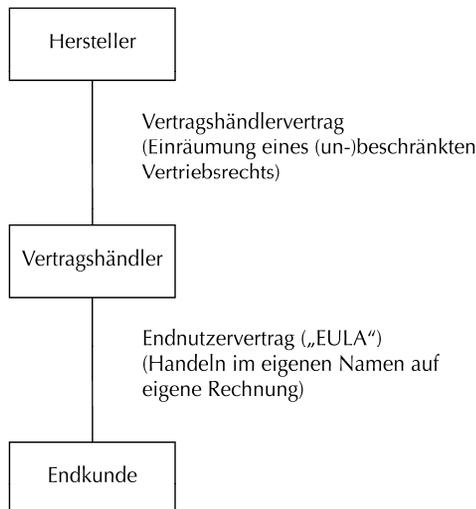
Abzugrenzen ist der Handelsvertreter auch vom sog. **Handelsmakler**. Dieser ist anders als der Handelsvertreter nicht zur ständigen Tätigkeit im Interesse des Unternehmers verpflichtet (vgl. § 93 Abs. 1 HGB).

Im Gegensatz zum Handelsvertreter schließt der **Kommissionär** (vgl. §§ 383 ff. HGB) Geschäfte im eigenen Namen, jedoch auf fremde Rechnung, nämlich des Kommittenten, ab. Ist er hiermit dauerhaft betraut, ist er Kommissionsagent. Dann ist das Handelsvertreterrecht möglicherweise entsprechend anwendbar.

Grundlegend hiervon zu unterscheiden ist der Einsatz von **Vertragshändlern** (auch als „Reseller“ bezeichnet), die in eigenem Namen auf eigene Rechnung tätig werden.

Im Falle des Vertragshändlers erwirbt der Vertriebsmittler vom Hersteller ein **Vertriebsrecht** an der Software, das inhaltlich als exklusives oder nicht exklusives Recht eingeräumt werden kann. Für gewöhnlich ist dieses Vertriebsrecht zeitlich beschränkt sowie räumlich auf ein gewisses Territorium/gewisse Länder begrenzt.<sup>8</sup> Der Vertragshändler wird durch dieses Vertriebsrecht berechtigt, Endkunden in dem ihm eingeräumten Umfang Nutzungsrechte an der Software des Herstellers einzuräumen.

#### Modell Vertragshändler



Der wesentliche **Vorteil des Handelsvertretermodells** besteht in der direkten Kundenbeziehung des Herstellers: er hat so eine direkte Kontrolle über die Konditionen, die Vertragserfüllung, eventuelle Implementierungen und Customizing-Handlungen sowie die Pflege. Bei „echten“ Handelsvertretern sind auch Preisvorgaben des Herstellers an diesen Vertriebsmittler kartellrechtlich zulässig.<sup>9</sup> Ein weiterer Vorteil des Handelsvertretermodells liegt darin, dass nicht die Gefahr besteht, dass der Vertriebsmittler dem Endkunden mehr Nutzungs-

<sup>8</sup> Zur Zulässigkeit von räumlichen Vertriebsbeschränkungen vgl. → § 39 Rn. 1 ff. Kartellrechtliche Bezüge.

<sup>9</sup> Martinek/Semler/Flohr VertriebsR-HdB/Flohr/Feldmann § 18 Rn. 132 und § 19 Rn. 47. Die fehlende Einflussnahmemöglichkeit auf den Preis hindert den Handelsvertreter nicht daran, seine Hauptaufgaben zu erfüllen, vgl. EuGH 4.6.2020 – C828/18, BeckRS 2020, 11065.

rechte einräumt, als ihm zustehen und er sich damit womöglich schadensersatzpflichtig macht. Der **Nachteil des Handelsvertretermodells** besteht jedoch darin, dass der Hersteller mit sämtlichen Tätigkeiten des Vertriebs, des Verkaufs und des After-Sales bis hin zu Gewährleistungsfällen selbst belastet ist. Will er letztere Tätigkeit und Haftung vermeiden oder will er das Produkt als White-Label-Lösung vertreiben, so ist der Weg über den Vertragshändler die geeignete Vertriebsform.

- 11 In zahlreichen Verträgen der Praxis, insbesondere aus den USA, ist nicht leicht zu erkennen, ob es sich bei dem gewünschten Vertrieb rechtlich um ein Handelsvertreter- oder Vertragshändlermodell handelt. Hier lässt sich erst durch Detaillierung der oben beschriebenen unterschiedlichen Interessenlagen der Vertragstyp genau bestimmen. Problematisch sind in diesem Fall regelmäßig die Klauseln, die das Beste aus beiden Welten zusammenführen wollen. Von rechtlichem Interesse sind dabei **Preis- und Konditionsbindungen**<sup>10</sup> sowie die Sicherung der Implementierung oder der Pflege durch den Hersteller. Hier trifft man in der Praxis teilweise auf unzulässige Verträge zu Lasten Dritter, wenn einem nicht am Vertrag Beteiligten Pflichten auferlegt werden.
- 12 Sollte bei einem Vertragshändlervertrag die **Vertriebsrechtseinräumung nicht explizit** oder nur lückenhaft geregelt sein, so ist im Einzelfall zu entscheiden, ob dieses Recht durch Auslegung gewonnen werden könnte. Hierfür käme beispielsweise im Bereich des Softwarevertriebs als Grundlage § 69d Abs. 1 UrhG in Betracht, nach dem im Wege einer gesetzlichen Lizenz dem zur Verwendung Berechtigten die bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms erlaubt ist.<sup>11</sup>

### 3. Ausgestaltung der verschiedenen Arten des Softwarevertriebs

- 13 Bevor im Detail auf die rechtlichen Fragestellungen der im Rahmen des Softwarevertriebs abgeschlossenen Verträge zwischen den Herstellern und Vertriebspartnern sowie zwischen den Herstellern/Vertriebspartnern und den Endkunden genauer eingegangen wird, werden nachfolgend die eingangs dargestellten wesentlichen Arten des Softwarevertriebs in ihren Grundzügen erläutert.<sup>12</sup>
- 14 a) **Vertrieb über Hersteller von anderer Soft- oder Hardware.** In der Praxis kommt es häufig vor, dass Software eines Herstellers auf der Soft- oder Hardware eines anderen Herstellers entweder direkt aufsetzt oder im Zusammenspiel mit ihr ein neues, einheitliches System schafft. In diesem Fall werden die Produkte der beiden Hersteller oft gemeinsam vertrieben. Auch hier haben die Hersteller die Wahl zwischen den bereits dargestellten Vertriebsarten (zB Handelsvertreter- oder Vertriebshändler-Modell).
- 15 Sofern die Produkte der beiden Hersteller interagieren müssen, treten zu den bereits bekannten Problemstellungen der jeweiligen Vertriebsmodelle (ausführlich Ziffer II. 2) weitere Fragestellungen hinzu: So ist vor allem zu klären, ob die gesetzliche Ermächtigung des § 69e UrhG zur Dekompilierung ausreichend ist, um die **Interoperabilität** herstellen zu können oder ob es einer darüber hinaus gehenden Rechteeinräumung (insbesondere des **Bearbeitungsrechts**) bedarf.
- 16 Im Rahmen einer solchen Rechteeinräumung kann zusätzlich, ähnlich einer **Abgrenzungsvereinbarung**, festgelegt werden, zu welchen Weiterentwicklungen der Lizenznehmer berechtigt ist und welche Eingriffe in die ursprüngliche Software zu unterbleiben haben.<sup>13</sup> Sofern von den Parteien gewünscht, kann in diesem Zusammenhang bereits geregelt werden, in welchem Umfang der Lizenznehmer dem Lizenzgeber im Wege einer **Rücklizenz** Verwertungsrechte an den erstellten **Weiterentwicklungen** einräumt, die als selbstständige Bearbeitungen unabhängig von der bearbeiteten Software betrachtet werden können.
- 17 Ebenso ist denkbar, bereits im Vorfeld durch eine **Kooperationsvereinbarung** Synergieeffekte zu nutzen, indem bei Weiterentwicklungen der Software die beiden Hersteller eng zu-

<sup>10</sup> Vgl. hierzu → Rn. 79 und → § 39 Rn. 1 ff. Kartellrechtliche Bezüge.

<sup>11</sup> Sahin/Haines CR 2005, 241 (245).

<sup>12</sup> Vgl. Übersicht → Rn. 1.

<sup>13</sup> Zum Recht des rechtmäßigen Erwerbers, Programm auch zur Fehlerbehebung zu dekompileieren vgl. EuGH 6.10.2021 – C-13/20, MMR 2021, 951.

sammenarbeiten. Sofern beide Hersteller eine Verständigung über die gemeinsame Aufgabe haben und sich einer Gesamtidée gegenseitig unterordnen sowie sich die Anteile an der gemeinsamen Weiterentwicklung nicht gesondert verwerten lassen, werden sie Miturheber gem. § 8 Abs. 1 UrhG an den Weiterentwicklungen. Für diesen Fall sollten bereits in der Kooperationsvereinbarung Regelungen aufgenommen werden, wie bei der durch die gemeinsame Rechteinhaberschaft entstehenden Gesamthandsgemeinschaft die Geschäftsführung und Vertretung geregelt werden soll. Zwar setzt dabei die urheberpersönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts Grenzen. Diese sind bei Software im Vergleich zu anderen urheberrechtlichen Werken jedoch geringer.<sup>14</sup> Bei marktstarken Unternehmen sind bei Abschluss einer Kooperationsvereinbarung insbesondere die Grenzen des Kartellrechts zu beachten.

**b) Sonderfall Bundling:** Beim **Bundling** werden Soft- und Hardware in einem „Bündel“  
18  
zusammen vertrieben, ohne dass dabei zwingend das eine Produkt auf dem anderen aufsetzt oder zwingend ein neues, einheitliches System geschaffen wird. Beim Grundfall des Bundling erwirbt der Hersteller der Hardware die Software eines Dritten dazu und vertreibt dann die eigene fest definierte Hardware zusammen mit dieser Software des Dritten (zB ein Betriebssystem oder eine Anwendungssoftware nur zusammen mit einem bestimmten PC).<sup>15</sup> Dabei gilt es zunächst die verschiedenen Grundkonstellationen (Vertrieb von vollständig hinzuerworbener Hardware und Bundling von Soft- und Hardware) voneinander zu trennen:

*aa) Vertrieb von hinzuerworbener Hardware unter fremder Marke.* Erwirbt der Vertriebsmittler von einem Dritten eine vollständige Hardwarezusammenstellung (zB einen PC)  
19  
und vertreibt er die Hardware unter dem Markennamen und der Produktkennzeichnung des Dritten, dann geschieht dies in der Regel, um Nutzen aus dem guten Namen des Hardwareherstellers zu ziehen. Regelmäßig wird dem Vertriebsmittler dabei das Recht eingeräumt, die Hardware mit Betriebssystemen oder sonstiger Software zu verbinden und beides als Gesamtpaket zu vertreiben. Der Softwarehersteller profitiert dabei auch von der allgemeinen Verbreitung der Hardware und kann diese nutzen, um seine Marktdurchdringung zu erhöhen.

Die Verträge zwischen dem Hardware-Hersteller und dem Vertriebsmittler enthalten regelmäßig Vereinbarungen zu Nutzungsrechten an dem Markennamen des Softwareherstellers in dem für den Vertrieb notwendigen Umfang. Regelungen zur **Mindestabnahme an Geräten** verschaffen dem Hardwarehersteller Planungssicherheit bei der Produktion seiner Waren. Diese ist erforderlich, da die Herstellungskosten bei Hardware regelmäßig deutlich über denen liegen, die bei der Produktion von Vervielfältigungsstücken von Software anfallen. Wird die Mindestabnahme nicht ausgeschöpft, können je nach Interessenlage und Verhandlungsmacht verschiedene Rechtsfolgen hieran knüpfen: Diese reichen von einer einfachen Vertragspflichtverletzung (welche nur bei Verschulden einen Schadensersatzanspruch auslöst) über die Zahlung der entstandenen Mindestherstellungskosten des Herstellers bis zu einem (pauschalierten) Schadensersatz bzw. der Verwirkung einer Vertragsstrafe oder außerordentlichen Kündigungsrechten. Aus diesem Grund sollten bei der Formulierung der Mindestabnahmeklausel der Berechnungszeitraum (zB Kalenderjahr, Geschäftsjahr, ein Jahr nach Vertragsunterzeichnung oder nach einer gewissen Anlaufphase) sowie die Berechnungskriterien (zB Wertung von Test- oder Präsentationshardware oder mangelhafter und zurückgegebener Hardware) genau bestimmt werden.  
20

Im Gegenzug können **Herstellungs- und Lieferpflichten** des Hardwareherstellers zumindest in der Höhe der Mindestabnahmemengen vereinbart werden. Um etwaige positive Geschäftsaussichten tatsächlich bedienen zu können, sollte ebenfalls ein regelmäßiges Berichts- und Planungswesen mit Planzahlen für einen gewissen Zeitraum (sog. „forecasts“) vereinbart werden. Die Prognosen sollten bis zu einem bestimmten Termin bestätigt werden müs-  
21

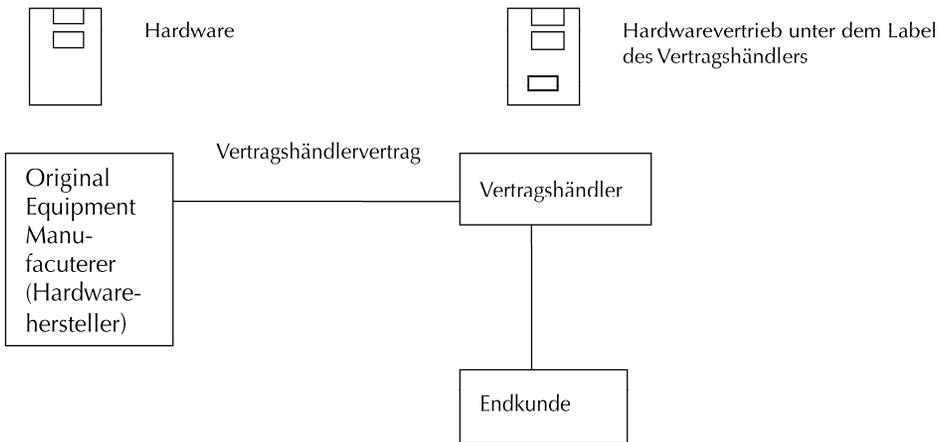
<sup>14</sup> Vgl. ausführlich → § 5 Rechtsschutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten.

<sup>15</sup> Vgl. die Sachverhalte der Entscheidungen BGH 6.7.2000 – I ZR 244/97, CR 2000, 651 mAnm Witte = GRUR 2001, 153 – OEM-Version; OLG Düsseldorf 29.6.2009 – I 20 U 247/08, CR 2009, 566 = ZUM 2010, 60; EuGH 7.9.2016 – C-310/15, MMR 2016, 735.

sen (zB zum Ende des vorhergehenden Quartals). Dadurch kann der Hardwarehersteller seine Produktion entsprechend anpassen. Hierzu kann er – bis zu einem gewissen vorab vereinbarten Prozentsatz – auch vertraglich verpflichtet werden. Bei Überschreitung von Mindestabnahmemengen können dem Vertriebspartner darüber hinaus Rabatte eingeräumt werden. Diese können entweder linear (Absinken des Preises bei jedem weiteren Gerät) oder gestaffelt (Absinken des Preises nur bei einer gewissen Anzahl von Geräten) vereinbart werden.

- 22 *bb) OEM-Vertrieb Hardware.* Im Gegensatz zum Vertrieb von hinzuerworbener Hardware unter fremden Namen vertreibt der Vertriebspartner beim **OEM-Vertrieb** ein beim OEM (OEM = Original Equipment Manufacturer) erworbenes Hardware-Produkt im eigenen Namen. Er kauft einzelne Komponenten oder ganze Produkte, die er beispielsweise nicht selbst produziert, vom OEM zu und verwendet sie sodann, um sie (als Teil seiner eigenen Produkte) unter eigener Marke zu veräußern. Der Vertriebspartner ist insofern berechtigt, eigene Kennzeichnungen auf den Komponenten des OEM anzubringen und so nach außen hin als ihr Hersteller aufzutreten.<sup>16</sup>

**Grundmodell OEM-Vertrieb**



- 23 *cc) OEM-Vertrag: Bundling von Hardware und Software.* Aufbauend auf den obigen Grundkonstellationen lässt sich nun der gemeinsame Vertrieb von Soft- und Hardware in Form des Bundling beschreiben: Beim Bundling von Soft- und Hardware wird die Software zu einem Preis hinzuerworben, der regelmäßig unter dem Preis liegt, der bei einem separaten Vertrieb der Software gefordert würde. Im Gegenzug dafür darf diese Softwareversion dann aber auch nur mit der jeweiligen Hardware vertrieben werden. Im Gegensatz zum OEM-Hardware-Vertrieb verbleiben an der OEM-Version der Software jedoch die Kennzeichen des Herstellers.

- 24 **c) Vertrieb über Anbieter von Dienstleistungen.** Entsprechend den Ausführungen zum Vertrieb über die Hersteller von anderer Soft- oder Hardware ist neben den vertriebsrechtlichen Problemstellungen bei dem Vertrieb über Anbieter von Dienstleistungen wie Pflegeleistungen darauf zu achten, dass die Vereinbarung mit diesen Anbietern neben dem vertriebsrechtlichen Teil genau regelt, in welchem Umfang **Eingriffe in die vertriebene Software zu Pflegezwecken** erlaubt sind. Dementsprechend muss die Vereinbarung Bearbeitungsrechte einräumen.

<sup>16</sup> Zu den weiteren Details des OEM-Vertriebs von reiner Hardware vgl. → § 15 Rn. 1 ff. Beschaffung von Hardware, embedded Software und autonome Systeme.

## II. Verträge zwischen Softwareherstellern und Vertriebspartnern

Im Folgenden wird auf schuld- und handelsrechtliche Besonderheiten eingegangen, die sich im Zusammenhang mit Vertriebsverträgen (Verträgen zwischen Herstellern und ihren Vertriebspartnern) über Software ergeben können. Insbesondere wird den Fragen nachgegangen, welche Regelungen auf den Vertragshändler- sowie den Handelsvertretervertrag Anwendung finden,<sup>17</sup> welche vertraglichen und gesetzlichen Rechte und Pflichten jeweils bestehen,<sup>18</sup> was bei der Rechtswahl sowie bei Gerichtsstandsvereinbarungen<sup>19</sup> sowie nach dem Kartellrecht<sup>20</sup> zu beachten ist, wie ein Vertriebsvertrag beendet<sup>21</sup> oder verlängert<sup>22</sup> werden kann und welche Ansprüche bei der Beendigung regelmäßig entstehen.<sup>23</sup> 25

### 1. Anwendbare Vorschriften für Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge

**Abzugrenzen** ist der Vertriebsvertrag vom **echten Sukzessivlieferungsvertrag**.<sup>24</sup> Die beiden Vertragsarten unterscheiden sich dadurch, dass beim echten Sukzessivlieferungsvertrag bereits zu Beginn bei der Vertragsaushandlung vereinbart wird, wieviel Ware in welchem zeitlichen Rahmen abzusetzen ist. Beim Vertriebsvertrag hingegen findet eine ausdrückliche Bestimmung der Abnahmestückzahlen nicht gleich zu Beginn der Vertragsbeziehungen zwischen Hersteller und Händler statt. Die Abnahmemengen werden erst nachträglich von Fall zu Fall mittels der jeweiligen Einzelkaufverträge näher bestimmt und es erfolgt bei Abschluss des Rahmenvertrags nur eine grobe Einschätzung statt.<sup>25</sup> Gerade im Softwarebereich ist dies vorteilhaft, da nur schwer genau vorhergesagt werden kann, wie viele Vervielfältigungsstücke/Lizenzen einer Software in Zukunft genau vertrieben werden. Nur auf solche Vertriebsverträge wird daher nachfolgend näher eingegangen. 26

Wie eingangs dargestellt sind die beiden in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Organisationsformen der Vertrieb über Handelsvertreter sowie der Vertrieb über Vertragshändler.<sup>26</sup> Der Handelsvertretervertrag (vgl. nur § 86 HGB) und der Vertragshändlervertrag sind als **Geschäftsbesorgungsverträge** gem. §§ 675, 611 ff. BGB<sup>27</sup> zu qualifizieren. Die beiden Vertragstypen unterscheiden sich aber deutlich im Hinblick auf die **Anwendbarkeit handelsrechtlicher Vorschriften**, denn nur auf Handelsvertreterverhältnisse finden die §§ 84 ff. HGB direkte Anwendung. 27

Doch auch der Vertragshändler wird in der Regel mehr oder minder stark in den Vertriebsapparat des Herstellers eingebunden. Je stärker diese Eingliederung den Vertragshändler an einen Hersteller bindet, desto stärker ist auch das Schicksal seines Geschäfts von der Gunst des Herstellers abhängig. Der Status des Vertragshändlers gleicht dann insofern stark dem des Handelsvertreters. Aus diesem Grunde können in bestimmten Fällen nach fast einhelliger Meinung die Vorschriften der §§ 84 ff. HGB zum **Handelsvertreterrecht analog bei Vertragshändlern** herangezogen werden.<sup>28</sup> Dies gilt nicht für die Provisionsvorschriften der §§ 87 ff. HGB, die auf Vertragshändler nicht anwendbar sind. Der Reseller zieht seinen Verdienst nicht aus einer Provision, sondern ausschließlich aus der Gewinnmarge aus dem Wei- 28

<sup>17</sup> → Rn. 26 ff.

<sup>18</sup> → Rn. 33 ff.

<sup>19</sup> → Rn. 76 ff.

<sup>20</sup> → Rn. 79 ff.

<sup>21</sup> → Rn. 80 ff.

<sup>22</sup> → Rn. 93 ff.

<sup>23</sup> → Rn. 96 ff.

<sup>24</sup> Zur Differenzierung s. auch BGH 6.2.1985 – VIII ZR 15/84, NJW 1986, 124; BGH 22.1.2015 – VII ZR 87/14, BB 2015, 1230.

<sup>25</sup> Vgl. Bachhofer CR 1988, 1 (3).

<sup>26</sup> Zur Abgrenzung → Rn. 4 ff.

<sup>27</sup> Vgl. LG Magdeburg 26.6.2018 – 31 O 91/17, BeckRS 2018, 47313, Rn. 27; EBS/Löwisch HGB § 84 Rn. 100.

<sup>28</sup> Vgl. MüKoHGB/Ströbl Vor. § 84 Rn. 16 mwN.

terverkauf.<sup>29</sup> Die Gewinnmarge ergibt sich aus der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis, dh für die Vergütung des Vertragshändlers kommt der Abnehmer auf, nicht der Hersteller.<sup>30</sup> Hingegen wird auf den Vertragshändler die Vorschrift des § 89b HGB über den Ausgleichsanspruch unter bestimmten, ausführlich später näher erläuterten Voraussetzungen analog angewendet.<sup>31</sup> Ganz grundsätzlich kommt eine entsprechende Anwendung des Handelsvertreterrechts auf den Vertragshändler unter folgenden Voraussetzungen in Betracht:

- **Eingliederung in die Absatzorganisation des Herstellers und Übertragbarkeit der Norm, Gesamtbetrachtung sowie**
  - **Doppeleigenschaft.**
- 29 Zunächst muss der Vertragshändler so **in die Absatzorganisation** des Vertriebssystems **eingegliedert** sein, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft. Dies drückt sich beispielsweise aus durch Gebiets-/Bezirkszuweisungen, Wettbewerbsbeschränkungen, die Auferlegung der Pflicht zur Interessenwahrnehmung des Herstellers oder Berichtspflichten.<sup>32</sup> Je mehr die Stellung des Vertragshändlers der eines Handelsvertreters ähnelt, desto stärker ist es auch angezeigt, ihn wie einen solchen zu behandeln. Danach ist zu prüfen, ob die jeweilige Vorschrift nach ihrer *ratio legis* zur analogen Anwendung auf die jeweilige Situation geeignet ist.
- 30 Diese Überlegung ist jeweils im Zusammenhang mit dem Grad der Einbindung anzustellen. Die Intensität der Bindung bedingt die Anwendbarkeit einer Norm und umgekehrt, so dass in aller Regel nur eine **Gesamtbetrachtung der rechtlichen Lage** eine Lösung für den Einzelfall ergeben wird.<sup>33</sup> Grundsätzlich wird eine Anwendbarkeit der §§ 85–86a; 87a Abs. 3, 89; 89a; 90; 90a diskutiert.<sup>34</sup>
- 31 Wie bereits eingangs<sup>35</sup> dargestellt, begegnet man in der Praxis nicht selten der Konstellation, dass sich der Hersteller von Software zum Vertrieb eines Anbieters von Dienstleistungen, wie zB von Pflege- oder Implementierungs- und Customizingleistungen, bedient. Dabei kann es dazu kommen, dass der Vertriebsmittler die Software in eigenem Namen auf eigene Rechnung – also als Vertragshändler – vertriebt, der Pflege- bzw. Anpassungsvertrag aber direkt zwischen Kunde und Hersteller zustande kommt. Ist der Vertragshändler zum Vertrieb der Pflegeverträge beauftragt, kommt ihm insoweit die Rolle eines Handelsvertreters zu, er handelt dann in einer **Doppeleigenschaft** als Vertragshändler hinsichtlich der Software und als Handelsvertreter im Hinblick auf den Pflege- bzw. Anpassungsvertrag. Juristisch sind beide Aktivitäten getrennt zu behandeln, auch wenn tatsächlich meist der Beginn und das Ende der Tätigkeiten vertraglich gekoppelt sind.
- 32 Je nach vertraglicher Ausgestaltung besteht im Einzelfall zumindest die theoretische Möglichkeit, dass die Vertriebsmittler als Auftragsverarbeiter gem. Art. 28 DS-GVO tätig werden, auch wenn **Handelsvertreter** (im Rahmen ihrer Beratungs- und Vermittlungstätigkeit) **keine Auftragsverarbeiter** sind.<sup>36</sup> Allerdings kann bei ihnen eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 DS-GVO vorliegen.<sup>37</sup>

## 2. Rechte und Pflichten aus dem Vertriebsvertrag

- 33 Im Folgenden werden die einzelnen Rechte und Pflichten des Handelsvertreters bzw. Vertragshändlers sowie des Herstellers aus dem Vertriebsvertrag erläutert.

<sup>29</sup> Vgl. EBJS/Löwisch HGB § 84 Rn. 100.

<sup>30</sup> Vgl. EBJS/Löwisch HGB § 84 Rn. 100.

<sup>31</sup> → Rn. 98 ff.

<sup>32</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M. 13.3.2019 – 12 U 37/18, ZVertriebsR 2019, 327; Schneider/Schneider/Witzel V Rn. 165.

<sup>33</sup> Vgl. MüKoHGB/Ströbl Vor. § 84 Rn. 16 mwN.

<sup>34</sup> Vgl. EBJS/Löwisch HGB § 84 Rn. 103 mwN.

<sup>35</sup> → Rn. 1 ff.

<sup>36</sup> BayLDA, FAQ zur DS-GVO, S. 2 (abrufbar unter: [https://www.lda.bayern.de/media/FAQ\\_Abgrenzung\\_Auftragsverarbeitung.pdf](https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf)).

<sup>37</sup> Czajkowski/Mainz VertriebsR 2019, 159; Emde BB 2020, 2754 (2759); Details → § 34 Rn. 1 ff. Recht des Datenschutzes.

Während sich die Rechte und Pflichten des Vertragshändlers in erster Linie aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben und nur – sofern es sich überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt – den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB entsprechen müssen, bestimmen sich die Rechte und Pflichten des Handelsvertreters abgesehen von den Regelungen im Handelsvertretervertrag nach den aufgrund eines **europarechtlichen Hintergrunds in weiten Teilen zwingenden §§ 84 ff. HGB**. Lediglich beim Vertrieb von Software über den gemeinsamen Binnenmarkt hinaus kann gem. § 92c HGB vorbehaltlich des AGB-Rechts von diesen zwingenden Vorschriften abgewichen werden.<sup>38</sup>

Doch auch auf den Vertragshändlervertrag finden, wie oben gezeigt, einige Vorschriften des Handelsvertreterrechts ergänzend zu den Bestimmungen des Vertragshändlervertrags analoge Anwendung, wenn die vorstehend aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>39</sup>

a) **Rechte und Pflichten des Handelsvertreters/Resellers**. Im Einzelnen bestehen insbesondere folgende Rechte und Pflichten des Handelsvertreters bzw. des Vertragshändlers (Resellers):

Der Handelsvertreter hat sich gem. § 86 Abs. 1 HGB um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen und hierbei das Interesse des Herstellers wahrzunehmen. Er hat den Hersteller weiterhin nach § 86 Abs. 2 HGB von jeder Geschäftsvermittlung und von jedem Geschäftsabschluss unverzüglich Mitteilung zu machen. Diese aufgrund des § 86 Abs. 4 HGB zwingenden **allgemeinen Bemühens-, Interessenwahrnehmungs- und Nachrichtspflichten** der § 86 Abs. 1 und Abs. 2 HGB können im Einzelnen durch einen Vertrag näher konkretisiert werden, solange der Kern des § 86 HGB nicht angetastet wird.<sup>40</sup>

Diese Vorschriften sind auch auf den **Vertragshändler analog** anwendbar,<sup>41</sup> wobei jedoch der Pflichtenkatalog sich in Anbetracht der Unterschiede zwischen Vermittlungstätigkeit seitens des Handelsvertreters und Vertragshändlerstätigkeit im Einzelnen deutlich unterscheiden muss.

Zu den **allgemeinen vertraglichen Pflichten des Handelsvertreters** gehört es insbesondere, für den Hersteller Kaufverträge zu vermitteln, die Kunden (zB als Key-Account) zu betreuen und deren Wünsche (zB zur Entwicklung bestimmter Features, Add-ons oder Value Added Services) sowie sonstige Marktbeobachtungen an den Hersteller weiter zu tragen und schließlich auch die Preisvorgaben des Herstellers zu beachten. Ebenso gehört es zu der Pflicht des Handelsvertreters darauf zu achten, dass durch die Kunden die Lizenzbedingungen des Softwareherstellers eingehalten werden. Wegen seiner Markt- und Kundennähe hat der Handelsvertreter im angemessenen Rahmen den Markt auf etwaige Lizenzverstöße (zB durch ihm bekanntwerdende Übernutzung durch Kunden oder Angebote im Internet) hin zu überprüfen und diese dem Softwarehersteller zu melden (**Marktbeobachtungspflicht**).<sup>42</sup> Eine Verpflichtung zur Teilnahme an Fachmessen und die Förderung des Absatzes über Social Media Posts kommt in der Vertragspraxis ebenfalls häufig vor.<sup>43</sup> Darüber hinaus werden Vertriebsmittler oftmals vertraglich verpflichtet, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Herstellers zu wahren. Durch die auch nachvertraglich geltende Vertraulichkeitsverpflichtung des § 90 HGB laufen die Regelungen des GeschGehG ins Leere.<sup>44</sup> Eine Verletzung dieser Geheimhaltungspflicht kann mit einer Vertragsstrafe bedroht werden. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht zumeist auch noch nachvertraglich.<sup>45</sup>

Weitere Pflichten des Handelsvertreters bestehen häufig im Hinblick auf die Bonitätsprüfung potentieller Kunden, wobei zum Teil auch eine **Delkrederehaftung** des Handelsvertreters (dh die Haftung für die Uneinbringlichkeit der Forderung beim Kunden) gegen eine besondere Vergütung nach § 86b Abs. 1 HGB vereinbart wird.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 11/4559, 10; Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 5 f.; dennoch kritisch, falls der Handelsvertreter zumindest seinen Sitz in der EU hat: Walter RIW 2019, 570.

<sup>39</sup> Vgl. EBS/Löwisch HGB § 84 Rn. 103.

<sup>40</sup> Vgl. Hopt/Hopt HGB § 86 Rn. 50 mwN; Schuster/Grützmacher/Vogel HGB § 86 Rn. 6.

<sup>41</sup> Vgl. Hopt/Hopt HGB § 84 Rn. 11 mwN.

<sup>42</sup> Schuster/Grützmacher/Vogel HGB § 86 Rn. 10.

<sup>43</sup> Schuster/Grützmacher/Vogel HGB § 86 Rn. 7.

<sup>44</sup> Emde BB 2020, 2754 (2759); wohl auch Schuster/Grützmacher/Vogel HGB § 90 Rn. 8.

<sup>45</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 22 f.

- 41 Weiter werden dem Händler vielfach Pflichten hinsichtlich des **Forderungseinzugs** auferlegt.
- 42 Schließlich verpflichten die Hersteller die Handelsvertreter in der Regel auch zur **Auslieferung der Software** an die Kunden, sofern dies nicht per Download-Link geschieht.<sup>46</sup>
- 43 Beim Vertrieb von Software bestehen des Weiteren **besondere, softwarespezifische Händlerpflichten**: So wird Handelsvertretern und Vertragshändlern nicht selten die Pflicht auferlegt, mit den Kunden **im Namen des Herstellers einen Pflegevertrag** abzuschließen.<sup>47</sup> Ein direkter Abschluss des Pflegevertrags zwischen Kunde und Hersteller ist meist deshalb geboten, weil der Handelsvertreter oder der Vertragshändler keinen Zugang zum Quellcode der vertriebenen Software haben. Dies führt dazu, dass die Vertriebsmittler selbst nicht dazu in der Lage sind, die an der Software erforderlichen Arbeiten vorzunehmen. Vielmehr findet die Softwarepflege dann im Rahmen eines zwischen dem Händler als Vertreter des Herstellers und dem Kunden abzuschließenden Pflegevertrags statt, der den Händler auch von den Schwierigkeiten der Gewährleistung entlastet.<sup>48</sup>
- 44 Nicht unüblich ist es, dass speziell geschulte Mitarbeiter des Vertriebsmittlers allerdings zumindest den First-(und ggf. auch den Second-)Level Support erbringen (dh die Annahme des Störungstickets und Lösung einfacher Probleme).<sup>49</sup> Hier sollte im Vertriebsvertrag eine genau **Abgrenzung der Verantwortungsbereiche** stattfinden.
- 45 Daneben kann im Rahmen sogenannter Kooperationsverträge die Verpflichtung des Händlers zur Mitwirkung bei der **Weiterentwicklung der Software** geregelt sein.<sup>50</sup> In diesen Fällen besteht ein erhöhter Regelungsbedarf in lizenzrechtlicher Hinsicht. Denn es muss zur Vermeidung von Streitigkeiten aus dem Vertriebsvertrag von vornherein feststehen, wer (und in welchem Rahmen) die Verwertungs- oder Bearbeitungsrechte an der weiterentwickelten Software innehaben soll.
- 46 Feste **Preisvorgaben** der Hersteller bringen nur bei Vertragshändlern eine besondere kartellrechtliche Problematik mit sich.<sup>51</sup>
- 47 Besonderes Interesse gilt den **Mindestabnahmepflichten**, die nach der Rechtsprechung in einem Vertriebsvertrag über Software – abgesehen von kartellrechtlichen und AGB-rechtlichen Schranken – unter gewissen Voraussetzungen grundsätzlich in zulässiger Weise vereinbart werden können.<sup>52</sup> Aus kartellrechtlicher Sicht können solche Mindestabnahmeverpflichtungen einem Wettbewerbsverbot gleichkommen.<sup>53</sup>
- 48 Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Verlangen von Mindestabnahmeverpflichtungen innerhalb von Vertriebsverträgen in der Regel nur bei gleichzeitiger Einräumung eines exklusiven Vertriebsrechts zulässig sei.<sup>54</sup> Richtig ist, dass die Übernahme einer Mindestbezugsverpflichtung in der Regel die **Gegenleistung** des Vertragshändlers für das ihm vom Hersteller übertragene **Alleinvertriebsrecht** darstellt.<sup>55</sup> Zwingend erforderlich ist dies jedoch nicht.
- 49 Mit der Festlegung von Mindestabnahmeverpflichtungen in einem Vertragshändlervertrag wird typischerweise **noch kein Kaufvertrag** über die vereinbarte Mindestmenge abzunehmender Ware geschlossen, vielmehr wird nur die Verpflichtung des Händlers begründet, in

<sup>46</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 22 f. → § 14 Softwarepflege und Support.

<sup>47</sup> Vgl. Schneider/Schneider/Witzel V Rn. 42; dem Vertragshändler kommt dabei eine Doppelseigenschaft zu: er ist hinsichtlich der Software Vertragshändler, hinsichtlich des Pflegevertrags Handelsvertreter, Ziffer II. 1.

<sup>48</sup> Zu den Mängelrechten des Kunden Ziffer II. 2 und Ziffer III. 6 d.

<sup>49</sup> Schuster/Grützmaker/Vogel HGB § 84 Rn. 18.

<sup>50</sup> Vgl. Schneider/Schneider/Witzel V Rn. 43.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu → § 39 Kartellrechtliche Bezüge.

<sup>52</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M. Urt. 19.11.1992 – 6 U 71/91, CR 1994, 156. Zur Ausgestaltung Buchwitz/Schütt ZVertriebsR 2022, 90.

<sup>53</sup> Ausführlich → § 39 Kartellrechtliche Bezüge.

<sup>54</sup> Vgl. Schneider/Schneider/Witzel V Rn. 108.

<sup>55</sup> So BGH 12.7.1995 – VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327 (1329) mwN. Zu Ausgestaltungsmöglichkeiten des Alleinvertriebs nach der neuen Fassung der Vertikal-GVO vgl. Uhlig/Walzel ZVertriebsR 2022, 80 (83).

dem festgelegten Zeitraum Kaufverträge über die vereinbarte Mindestwarenmengemenge abzuschließen.<sup>56</sup>

Der BGH entschied, dass Mindestabnahmemengen und Bezugsverpflichtungen in AGB die Abnehmerseite grundsätzlich **nicht unangemessen benachteiligen**.<sup>57</sup> Mindestabnahmepflichten in AGB sollen nach der Rechtsprechung aber dann unwirksam sein, wenn einem Vertragshändler nicht angemessene längerfristige Absatzmöglichkeiten, insbesondere in Form eines eigenen Vertriebsgebiets, zugewiesen werden.<sup>58</sup>

Für den Reseller weniger einschneidend können auch lediglich sogenannte **Mindestabnahmeziele** (zB eine Mindestzahl zu vertreibender Lizenzen pro Softwareprodukt) vereinbart werden, damit nicht im Einzelfall eine unangemessene Benachteiligung des Händlers gem. § 307 BGB droht.<sup>59</sup>

Es entspricht gängiger Vertragspraxis, als Mindestabnahmepflichten bzw. -ziele bestimmte **Summen von Nettorechnungsbeträgen** festzulegen, die zu gewissen Zeitpunkten erwirtschaftet sein müssen. In der Regel wird zusätzlich eine Steigerung innerhalb definierter Zeiträume, etwa für jedes neue Vertragsjahr vorgesehen.<sup>60</sup>

Üblich sind **Überprüfungsklauseln**, etwa des Inhalts, wonach zu gewissen Zeitpunkten Nachverhandlungen über die Mindestabnahmepflichten bzw. -ziele stattfinden sollen. Für den Fall des Scheiterns derselben sollte jedenfalls klargestellt werden, dass es bei den ursprünglich festgelegten Summen bleiben soll oder in welcher Schwankungsbreite Abweichungen noch vertragsgemäß sind.<sup>61</sup>

Als **Sanktion** sehen Vertriebsverträge bisweilen pauschalierende Schadensersatzklauseln für den Fall einer Verletzung der Mindestabnahmepflichten vor.

Gerade im Bereich des Softwarevertriebs ist die **Pauschalierung des Schadensersatzes** anzuraten, da sich die Berechnung des Schadens regelmäßig als problematisch erweist. Denn bei Software hätte der Hersteller keine nennenswert höheren Kosten, wenn er die Anzahl der Exemplare produzieren würde, die der Händler hätte abnehmen und absetzen sollen.

Insofern kann es sich auch anbieten, anstelle von Mindestabnahmeklauseln sog. **„Take-or-Pay-Klauseln“** zu vereinbaren, die den Vertriebsmittler verpflichten, für die nicht abgenommene Vertragsmenge die vereinbarte Vergütung oder zumindest einen prozentualen Teil der Vergütung zu zahlen. Je nach Ausgestaltung können diese entweder als unbedingte Zahlungsverpflichtung, als pauschalierter Schadensersatz, oder in Ausnahmefällen auch als Vertragsstrafe eingeordnet werden.<sup>62</sup>

#### Formulierungsvorschlag:<sup>63</sup>

„Der Vertragshändler verpflichtet sich, pro Kalenderjahr mindestens . . . Lizenzen zu kaufen und abzunehmen (**„Mindestabnahmeverpflichtung“**). Sollte der Vertragshändler diese Mindestabnahmeverpflichtung in einem Kalenderjahr schuldhaft nicht erfüllen, so ist der Vertragshändler verpflichtet, für die Differenz zwischen der tatsächlich abgenommenen Menge und der Mindestabnahmeverpflichtung einen Anteil von 50 % des vereinbarten Kaufpreises zu bezahlen.“

Ein **Ausschluss der Schadensersatzforderungen** seitens des Herstellers kann sich bei einer Schadenspauschalierung dann ergeben, wenn der Händler die Verletzung seiner Absatzförderungspflichten nicht zu vertreten hat (zB wenn der Hersteller von sich aus den Launch eines

<sup>56</sup> BGH 12.7.1995 – VIII ZR 219/94, NJW-RR 1995, 1327 (1329).

<sup>57</sup> Vgl. BGH 13.7.2004 – KZR 10/03, GRUR 2005, 62; Redeker/Alpert, Handbuch der IT-Verträge, 2.4 Rn. 130, Fn. 2.

<sup>58</sup> OLG Frankfurt Urt. v. 19.11.1992 – 6 U 71/91, CR 1994, 156.

<sup>59</sup> Vgl. Redeker/Alpert Handbuch 2.4 Rn. 130.

<sup>60</sup> Vgl. Redeker/Alpert Handbuch 2.4 Rn. 127, 130.

<sup>61</sup> Vgl. Redeker/Alpert Handbuch 2.4 Rn. 127, 131.

<sup>62</sup> Buchwitz/Schütt ZVertriebsR 2022, 90 (98).

<sup>63</sup> Formulierungsvorschlag aus Buchwitz/Schütt ZVertriebsR 2022, 90 (98).

neuen Releases verschiebt). Zu beachten soll auch der Einwand des Vertragshändlers sein, dass das vereinbarte Mindestabnahmeziel unrealistisch hoch angesetzt war.<sup>64</sup>

- 59 **b) Rechte und Pflichten des Herstellers.** Auch den Hersteller treffen aufgrund der §§ 84 ff. HGB gewisse (gesetzliche) Nebenpflichten gegenüber dem Vertriebsmittler.<sup>65</sup>
- 60 Namentlich aufgrund des gem. § 86a Abs. 3 HGB zwingenden § 86a HGB wird der vertragliche Gestaltungsspielraum für den Hersteller hinsichtlich der Verkürzung der **Nachrichts- und Informationspflichten** erheblich eingeschränkt, da dem Vertriebsmittler vom Hersteller die zur Ausübung seiner Tätigkeit **erforderlichen Unterlagen** (zB Muster, Demoversionen, Handbüchern, Preislisten, Geschäftsbedingungen) unentgeltlich zwingend zur Verfügung gestellt werden müssen. § 86a HGB findet auf Vertragshändler insoweit gleichermaßen Anwendung.<sup>66</sup>
- 61 Der Hersteller hat dem Handelsvertreter des Weiteren gem. § 86a Abs. 2 S. 1 HGB zusätzlich die **erforderlichen Nachrichten** mitzuteilen (zB Änderungen im Bereich der Preise, der Geschäftsbedingungen, des Vertriebssystems oder des Produkts selbst sowie Liefer-schwierigkeiten oder betriebliche Veränderungen auf Seiten des Herstellers).<sup>67</sup>
- 62 Darüber hinaus hat der Hersteller im Bereich des Vertriebsvertrags gem. § 86a Abs. 2 S. 1 HGB den Handelsvertreter darüber zu informieren, dass er **selbst mit Kunden verhandelt** oder sich mit diesen sogar Geschäfte ergeben könnten.
- 63 Zu dieser Informationspflicht gehört auch, dass der Hersteller dem Handelsvertreter Einsicht in diesbezügliche Geschäftsunterlagen gewährt. Diese Pflichten aus § 86a Abs. 2 S. 1 HGB sollen für den Handelsvertreter bei Vereinbarung eines Bezirks- und Kundenkreisschutzes gewährleisten, dass er sich zur Durchsetzung seines (Bezirks-/Kundenkreis-)Schutzes und seiner Provisionsansprüche umfassend über die Entwicklungen in seinem Absatzgebiet informieren kann.<sup>68</sup> Für den Fall, dass der Hersteller mit dem Handelsvertreter Alleinvertretung vereinbart hat, darf er nicht einmal mit den Kunden in Verbindung treten. Vielmehr muss er dem Handelsvertreter sämtliche ihm bekannt gewordenen Kundendaten offenbaren.<sup>69</sup> Gegebenenfalls kann bei Zusage eines **Alleinvertriebsrechts** sogar das Vorliegen eines Vertragshändlervertrags zu bejahen sein.<sup>70</sup> Zur Vermeidung einer Verletzung der **Exklusivitätsrechte** des Handelsvertreters durch **parallelen Direktvertrieb** des Herstellers<sup>71</sup> kann zudem ein strafbewehrtes Wettbewerbsverbot in den Vertriebsvertrag aufgenommen werden.<sup>72</sup>
- 64 Zu den Pflichten des Herstellers aus § 86a Abs. 2 S. 1 HGB gehört ferner, dass der Handelsvertreter/Vertragshändler und seine Mitarbeiter in einem solchen Umgang mit der Vertragssoftware durch den Hersteller geschult werden (**Schulungspflicht**), dass ein effektiver Absatz möglich ist. Dies liegt natürlich auch im Interesse des Herstellers, dem an einem kompetenten Absatz gelegen ist.<sup>73</sup>
- 65 Der Hersteller hat dem Handelsvertreter außerdem gem. § 86a Abs. 2 S. 2 HGB unverzüglich die Annahme oder Ablehnung eines vom Handelsvertreter vermittelten oder ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfts und die Nichtausführung eines von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Geschäfts mitzuteilen. Schließlich hat er ihn gem. § 86a Abs. 2 S. 3 HGB unverzüglich zu unterrichten, wenn er Geschäfte voraussichtlich nur in erheblich geringerem Umfang abschließen kann oder will, als der Handelsvertreter unter gewöhnlichen Umständen erwarten konnte.

<sup>64</sup> Vgl. Redeker/Alpert Handbuch 2.4 Rn. 127, 132 sowie OLG Frankfurt a. M. 10.6.1992 – 19 U 103/91, NJW-RR 1992, 1200.

<sup>65</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 68 f.

<sup>66</sup> Vgl. EBJs/Löwisch HGB § 84 Rn. 103 mwN.

<sup>67</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 73.

<sup>68</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 75.

<sup>69</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 76.

<sup>70</sup> Vgl. EBJs/Löwisch HGB § 84 Rn. 99.

<sup>71</sup> Zum parallelen Direktvertrieb vgl. EBJs/Löwisch HGB § 84 Rn. 101 mwN.

<sup>72</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 76.

<sup>73</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmacher 2.1 Rn. 82.

Es liegt auf der Hand, dass die Vorschrift des § 86a Abs. 2 S. 2 und S. 3 HGB nicht auf **66**  
**Vertragshändlerverträge** passt. Der Vertragshändler schließt die Verträge über die Software  
im eigenen Namen ab. Es kann damit logisch nicht zu den in § 86a Abs. 2 S. 2 und S. 3  
HGB beschriebenen Situationen kommen.

Auch die wichtigen §§ 87 ff. HGB, die **den Hersteller zur Zahlung von Provisionen an den** **67**  
**Handelsvertreter** iSd § 84 Abs. 1 S. 1 HGB verpflichten, finden keine Anwendung auf den  
Vertragshändler, da dieser nicht über die Provision, sondern über die Marge verdient.<sup>74</sup>

Ist Endabnehmer der Software ein Verbraucher, sollten Reseller die sich aus § 327f Abs. 1 **68**  
S. 1 BGB (bzw. aus § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB, falls die Software das digitale Element einer  
Ware ist) ergebenden Aktualisierungspflichten<sup>75</sup> an den Hersteller im Vertriebsvertrag weiter-  
geben. Die gesetzlichen Aktualisierungspflichten der §§ 327f/475b BGB gelten nur im  
B2C-, nicht aber im B2B-Bereich. Im B2B-Bereich bleibt dem Reseller nur ein Rückgriffsan-  
spruch gem. § 327u Abs. 1 S. 2, S. 1 bzw. § 445a Abs. 1 BGB.<sup>76</sup> Da der Reseller regelmäßig  
keinen Zugriff auf den Quellcode hat und damit die gegenüber dem Verbraucher geschulde-  
ten Aktualisierungen nicht selber bereitstellen kann, wird es in den meisten Fällen an ersatz-  
fähigen Aufwendungen fehlen, so dass der Rückgriffsanspruch vielfach ins Leere geht.

#### Praxistipp:

Die vertraglichen Vereinbarungen zu den Aktualisierungspflichten im Vertriebsvertrag sollten ne-  
ben der generellen Bereitstellungspflicht insbesondere den Bereitstellungszeitraum genauer re-  
geln.<sup>77</sup> Außerdem sollte der Hersteller verpflichtet werden, Verbraucher über die Bereitstellung von  
solchen Aktualisierungen zu informieren (zB über allgemeine Internetseiten). Gesonderte Freistel-  
lungspflichten bei Ansprüchen von Verbrauchern gegen den Reseller sind nicht zwingend erforder-  
lich. Es gelten die allgemeinen Grund-sätze des Schadensersatzrechts.

Im Gegenzug sollte sich der Reseller insbesondere dazu verpflichten, gegenüber dem Verbraucher  
keine Werbeaussagen zum Bereitstellungszeitraum zu tätigen, die über die Vorgaben des Herstel-  
lers hinausgehen. Auch sollte er weiterhin an der Erfüllung seiner Aktualisierungspflicht mitwirken.  
Sollte sich der Hersteller entscheiden, den Bereitstellungszeitraum nach § 327h BGB bzw. § 476  
Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB einzuschränken, sollte der Reseller den Hersteller dabei angemessen unter-  
stützen.

#### Formulierungsvorschlag:

Die vertragsgegenständliche Software darf nur nach vorheriger schriftlicher Freigabe des Herstel- **69**  
lers an Verbraucher gem. § 13 BGB weitervertrieben werden. In diesen Fällen wird der Hersteller  
für den Bereitstellungszeitraum funktionserhaltende Aktualisierungen (inkl. Sicherheitsaktualisie-  
rungen) unverzüglich nach Kenntnis der Funktionsbeeinträchtigung bereitstellen. Der Bereitstel-  
lungszeitraum beträgt mindestens . . . . . (zB die Dauer der gesetzlichen Gewährleistungsfrist)  
(„Mindestbereitstellungszeitraum“). Kann der Verbraucher für einen längeren Zeitraum funktions-  
erhaltende Aktualisierungen der vertragsgegenständlichen Software erwarten, verlängert sich der  
Bereitstellungszeitraum entsprechend automatisch („Verlängerungszeitraum“). Funktionserwei-  
ternde Aktualisierungen sind nicht geschuldet. Die Kosten der Bereitstellung und der Information  
über die funktionserhaltenden Aktualisierungen trägt der Hersteller [Alternativ: Die Kosten der Be-  
reitstellung und der Information über die funktionserhaltenden Aktualisierungen trägt für den Min-  
destbereitstellungszeitraum der Hersteller und für den Verlängerungszeitraum der Reseller].

Der Hersteller wird die Verbraucher über die Bereitstellung der Aktualisierungen angemessen in-  
formieren (zB auf Internetseiten).

<sup>74</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaier 2.1 Rn. 82.

<sup>75</sup> Vgl. im Detail zu den Aktualisierungspflichten → § 17 Rn. 1 ff. Besonderheiten in IT-Verträgen mit Ver-  
brauchern (Hard- und Software, Cloud).

<sup>76</sup> → Rn 164 ff.

<sup>77</sup> Vgl. zu den Herausforderungen der Bestimmung dieses Zeitraums im Detail → § 17 Rn. 1 ff. Besonderhei-  
ten in IT-Verträgen mit Verbrauchern (Hard- und Software, Cloud).

Der Reseller verpflichtet sich, gegenüber dem Verbraucher keine Werbeaussagen zum Bereitstellungszeitraum zu tätigen, die über die Vorgaben des Herstellers hinausgehen. Er wird den Hersteller bei der Erfüllung der Aktualisierungspflicht angemessen unterstützen und ihm alle Informationen bereitstellen, die dieser im Rahmen der Bereitstellung der Aktualisierungen und der Information darüber benötigt. Dies umfasst auch die Unterstützung bei der Einschränkung des Bereitstellungszeitraums gegenüber dem Verbraucher.

- 70 *aa) Entstehen des Provisionsanspruchs.* Der Handelsvertreter hat gem. § 87 Abs. 1 S. 1 HGB Anspruch auf **Provision** für alle während des Vertragsverhältnisses abgeschlossenen Geschäfte, die auf seine Tätigkeit zurückzuführen sind oder mit Dritten abgeschlossen werden, die er als Kunden für Geschäfte der gleichen Art geworben hat.<sup>78</sup>
- 71 Nach § 87 Abs. 1 S. 1 HGB entsteht der Provisionsanspruch also grundsätzlich **nur aufgrund rechtswirksamer Verträge**. Bei Vertragsnichtigkeit etwa infolge von Anfechtung oder Eintritt einer auflösenden Bedingung existiert kein Provisionsanspruch,<sup>79</sup> sofern gem. § 87a Abs. 1 S. 3 HGB der Kunde das Geschäft nicht bereits ausgeführt hat.<sup>80</sup> Nach der hM in der Literatur soll bereits der **Abschluss eines Rahmenvertrags** (dh ohne konkrete Bestellung) den Provisionsanspruch auslösen.<sup>81</sup>
- 72 Ist dem Handelsvertreter ein bestimmter Bezirk oder ein bestimmter Kundenkreis zugewiesen, so hat er gem. § 87 Abs. 2 S. 1 HGB Anspruch auf Provision auch für die Geschäfte, die ohne seine Mitwirkung mit Personen seines Bezirks oder seines Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden. Bei diesen nicht direkt durch den Handelsvertreter getätigten Geschäften wird dem Handelsvertreter durch das Gesetz neben der allen Handelsvertretern zustehenden **Folgeprovision** (Provision auf Nachbestellungen und Folgegeschäfte, § 87 Abs. 1 Alt. 2 HGB) eine sogenannte **Bezirksprovision** gem. § 87 Abs. 2 HGB eingeräumt.<sup>82</sup> Allerdings ist dieser Provisionsanspruch vorbehaltlich einer AGB-Kontrolle nach § 307 BGB weitgehend abdingbar, so dass insbesondere die Provision für Nachbestellungen (zB Nachkauf von Lizenzen) oder Folgegeschäfte (zB unter bestehenden Rahmenverträgen) ausgeschlossen werden kann.<sup>83</sup> Im Gegenzug für den über § 87 Abs. 2 HGB gewährten Bezirksschutz obliegt dem Handelsvertreter die Pflicht, zugewiesene Kunden laufend und in besonderer Weise zu betreuen. Vernachlässigt der Handelsvertreter diese Pflicht, kann dies eine außerordentliche Kündigung des Vertrags rechtfertigen, wenn die Vernachlässigung aufgrund des Umfangs und des zeitlichen Ausmaßes der Untätigkeit zu einem erheblichen Umsatzrückgang des Herstellers geführt hat, so dass diesem aufgrund der Schwere der Vertragsverfehlung eine Fortsetzung des Handelsvertreterverhältnisses über mehrere weitere Monate nicht zuzumuten ist.<sup>84</sup>
- 73 Nach § 87 Abs. 3 HGB steht darüber hinaus dem Handelsvertreter nach Ende des Vertrags ein Provisionsanspruch für ein Geschäft zu, wenn er das Geschäft noch vermittelt hat oder so eingeleitet und vorbereitet hat, dass es überwiegend auf seine Tätigkeit zurückzuführen ist und innerhalb angemessener Frist nach Beendigung abgeschlossen wurde (Nr. 1) oder wenn das Angebot eines vermittelnden Geschäfts vor Beendigung dem Absatzherrn zugegangen ist (Nr. 2). Davon abzugrenzen ist die sog. **Überhangprovision** für Geschäfte, die schon vor dem Vertragsende abgeschlossen, aber erst danach vollständig abgewickelt werden.<sup>85</sup> Diese fallen unter den vertraglichen Provisionsanspruch. Hat neben dem Handelsver-

<sup>78</sup> Vgl. zum Begriff des ‚Neukunden‘, wenn bereits ähnliche Waren (zB andere Software oder Vorversionen) gekauft wurden: EuGH 7.4.2016 – C-315/14 NJW 2016, 2244; KG 14.9.2021 – 2 U 84/18, ZVertriebsR 2022, 55; Thume BB 2020, 779; Emde BB 2021, 2824 (2825).

<sup>79</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 85.

<sup>80</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 102.

<sup>81</sup> Zu Recht kritisch dazu unter Verweis auf BGH 20.12.2018 – VII ZR 69/18, ZVertriebsR 2019, 116; Thume BB 2019, 835 (837) mwN.

<sup>82</sup> Vgl. Büchting/Heussen/Semler C 23 Rn. 5, 29.

<sup>83</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 86.

<sup>84</sup> OLG Köln 4.11.2011 – 19 U 79/10, BeckRS 2012, 19424.

<sup>85</sup> LAG Baden-Württemberg 12.2.2020 – 10 Sa 13/19, ZVertriebsR 2020, 309 (312); KG 14.9.2021 – 2 U 84/18, ZVertriebsR 2022, 55.

treter auch dessen Nachfolger mitgewirkt, ist die Provision entsprechend den tatsächlichen Beiträgen der beteiligten Handelsvertreter aufzuteilen, wenn wegen besonderer Umstände eine Teilung der Provision der Billigkeit entspricht. Da § 87 Abs. 3 HGB dispositiv ist, kann er vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>86</sup>

*bb) Entfallen des Provisionsanspruchs.* Steht fest, dass der Dritte **nicht leistet**, so entfällt gem. § 87a Abs. 2 HGB der Anspruch auf Provision. Ab wann dies der Fall ist, ist objektiv zu bestimmen.<sup>87</sup> Nicht ausreichend dafür ist die bloße Zahlungsverweigerung des Dritten. Vielmehr bedarf es weiterer Anhaltspunkte, zB der wirksamen Anfechtung und daraus folgenden Nichtigkeit des Vertrags oder der wirksamen Kündigung oder des wirksamen Rücktritts. Bereits empfangene Beträge sind in diesem Falle zurückzugewähren. Der Handelsvertreter hat gem. § 87a Abs. 3 S. 1 HGB aber auch dann einen Anspruch auf Provision, wenn feststeht, dass der Unternehmer das Geschäft ganz oder teilweise nicht oder nicht so ausführt, wie es abgeschlossen worden ist. Der Anspruch entfällt jedoch im Falle der Nichtausführung gem. § 87a Abs. 3 S. 2 HGB, wenn und soweit diese auf Umständen beruht, die vom Hersteller nicht zu vertreten sind.<sup>88</sup> 74

In der vertraglichen Praxis üblich sind Klauseln, wonach der Hersteller unter bestimmten Umständen verpflichtet sein soll, die **Gegenleistung des Kunden gerichtlich einzuklagen**.<sup>89</sup> Zwar ist der Handelsvertreter hinsichtlich seiner Provision wegen § 87a Abs. 2 HGB auf die Erbringung der Gegenleistung durch den Kunden angewiesen, doch sollte der Hersteller nur dann zu gerichtlichen Schritten verpflichtet werden, wenn ein Erfolg in der Sache nicht ausgeschlossen und/oder ein Prozess nicht unzumutbar erscheint, mithin jedenfalls nicht bei Insolvenz des Kunden oder wenn dessen Liquidität und Bonität von vornherein zweifelhaft sind.<sup>90</sup> Da außerdem ein solcher Prozess sowohl dem Hersteller als auch dem Handelsvertreter nützt, sollte eine entsprechende Vertragsklausel auch eine Regelung über die Teilung der Verfahrenskosten enthalten.<sup>91</sup> 75

*cc) Höhe der Provision.* Das Gesetz legt in § 87 HGB nicht fest, wie der Handelsvertreter zu vergüten ist. 76

Nach § 87b Abs. 1 HGB ist als Provision mangels Vereinbarung der „**übliche Satz**“ anzusetzen. Zur Vermeidung von Unklarheiten mit der Folge einer Leistungsbestimmung nach §§ 315 ff. BGB empfiehlt sich angesichts der abstrakten gesetzlichen Regelung mithin die präzise Festlegung vertraglicher Provisionstarife für jede einzelne durch den Handelsvertreter vorzunehmende Handlung. Im Einzelnen werden in der vertraglichen Praxis insbesondere verschiedene **Provisionsätze** für den Absatz der Software selbst sowie für deren Pflege fixiert.<sup>92</sup> Will der Hersteller eine einseitige Änderung gemeinsam fixierter Provisionsätze, bietet sich hierfür wegen § 307 BGB der Weg über eine Änderungskündigung und nicht über einen (unwirksamen) Änderungsvorbehalt zu Gunsten des Herstellers in AGB an.<sup>93</sup> 77

Anstelle der Vereinbarung fester Provisionsätze im Vertriebsvertrag kann der Hersteller dem Handelsvertreter auch einen bestimmten **Festbetrag** bezahlen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass diese Entgeltgestaltung dem gewünschten Anreiz für den Handelsvertreter, möglichst viele Geschäfte zu vermitteln, zuwiderläuft. Dem kann mit einer Kombination von Gewinnbeteiligung und Fest- oder Mindestbetrag gegengesteuert werden.<sup>94</sup> 78

*dd) Verjährung des Provisionsanspruchs und der Nebenrechte.* Für den Provisionsanspruch gilt die **Regelverjährung** des § 195 BGB von 3 Jahren. Mit Verjährung des Provisionsanspruchs verjähren zwar nicht automatisch auch die Hilfsansprüche des § 87c HGB (zB 79

<sup>86</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 97.

<sup>87</sup> ErfK/Oetker § 87a Rn. 8.

<sup>88</sup> Vgl. KG 4.6.2021 – 2 U 5/18, BeckRS 2021, 20245.

<sup>89</sup> Schuster/Grützmaker/Vogel HGB § 87a Rn. 9.

<sup>90</sup> OLG Köln 27.11.1992 – 20 U 89/92, NJW-RR 1994, 226.

<sup>91</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 105.

<sup>92</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 89.

<sup>93</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 89.

<sup>94</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 91.

auf Buchauszug<sup>95</sup>). Als Nebenrechte sind sie aber untrennbar mit dem Provisionsanspruch verbunden und können nicht unabhängig von diesen geltend gemacht werden,<sup>96</sup> so dass sie gegenstandslos und nicht mehr durchgesetzt werden können.<sup>97</sup> Über verjährte Provisionsansprüche kann auch mit der Begründung, der Handelsvertreter benötige die Auskunft zur Vorbereitung seines Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB, keine Auskunft mehr verlangt werden. Zudem wirken sich weder die isolierte Geltendmachung eines Anspruchs aus § 87c HGB, noch eine Stufenklage, mit welcher in letzter Stufe die Zahlung eines Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB begehrt wird, hemmend auf die Verjährung des Provisionsanspruchs aus.<sup>98</sup>

### 3. Anwendbares Recht und Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Vertrieb

- 80 a) **Rechtswahl und mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht.** Bezüglich der Vertriebsverträge (Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge) gilt mangels Rechtswahl (Art. 3 Rom-I-VO) grundsätzlich das Recht des Staats, in dem der Vertriebsmittler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern sich nicht aus den Gesamtumständen ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist (Art. 4 Abs. 1 lit. f, Abs. 3; Art. 19 Rom I-VO).<sup>99</sup> Entscheidend ist, dass der Vertriebshändler die für das Vertragsverhältnis charakteristische Leistung erbringt. Infolgedessen kommt regelmäßig das Recht am Ort seiner Hauptniederlassung zur Anwendung.<sup>100</sup>
- 81 Soweit der Handelsvertreter seinen **Sitz außerhalb eines Mitgliedstaats der EU** hat, kann zu Gunsten des Herstellers wegen § 92c HGB sogar noch weitergehend von den Vorschriften der §§ 84 ff. HGB abgewichen werden.<sup>101</sup>
- 82 b) **Gerichtsstandsvereinbarungen.** Als Kaufleuten ist den Vertragsparteien in jedem Falle wegen § 38 Abs. 1 ZPO bzw. wegen Art. 25 Abs. 1 EuGVVO die Vereinbarung eines Gerichtsstands **grundsätzlich erlaubt**. Die Schranke des Art. 25 Abs. 4 EuGVVO findet keine Anwendung, soweit nicht der Handelsvertretervertrag **ausnahmsweise als Arbeitsvertrag** zu qualifizieren ist. In diesem Falle nämlich wäre nach Art. 25 Abs. 4 EuGVVO iVm Art. 23 EuGVVO eine Gerichtsstandsvereinbarung ausgeschlossen. In **Ermangelung einer Gerichtsstandsvereinbarung** befindet sich der Gerichtsstand und Erfüllungsort von Vertriebsmittlerverträgen nach Art. 7 Nr. 1 lit. b EuGVVO an dem Sitz des Mittlers oder seiner maßgeblichen Niederlassung.

### 4. Kartellrechtliche Fragen

- 83 Auch aus kartellrechtlicher Sicht sind verschiedene Aspekte beim Abschluss von Vertriebsverträgen zu beachten. Insbesondere vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, dh Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Produktions- oder Vertriebsstufen, also beispielsweise Herstellern/Lieferanten und ihren Resellern zu Gebietsbeschränkungen oder

<sup>95</sup> Emde BB 2020, 2754 (2761); ders. BB 2021, 2755 (2759 und 2762).

<sup>96</sup> BGH 19.9.2017 – VII ZB 64/14, NJW 2017, 3525; OLG München 11.4.2018 – 7 U 1972/17, BeckRS 2018, 5234; Rn. 15; OLG Stuttgart 2.7.2019 – 10 U 22/19, ZVertriebsR 2020, 108; OLG Düsseldorf 2.4.2020 – 16 U 06/19, BeckRS 2020, 7328, Rn. 17; zur Unbestimmtheit eines Antrags auf Buchauszug in „EDV verwertbarer Form“ vgl. OLG München 19.7.2017 – 7 U 3387/16, ZD 2018, 86. Zum fehlenden Auskunftsanspruch bzgl. des Rohertrags vgl. BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70); Emde BB 2021, 2755 (2761).

<sup>97</sup> BGH 3.8.2017 – VII ZR 32/17, NJOZ 2018, 496.

<sup>98</sup> OLG Düsseldorf 26.10.2012 – I 16 U 150/11, BeckRS 2012, 22930.

<sup>99</sup> Grüneberg/Thorn Rom I-VO 4 Rn. 19; Schuster/Grützmaker/Giedke ROM I Art. 4 Rn. 14; aA Staudinger/Magnus Rom-I 4 Rn. 77, 333. Zur Steuerpflicht bei grenzüberschreitender Überlassung von Software vgl. BMF-Schreiben v. 27.10.2017, BStBl. 2017 I 1448.

<sup>100</sup> Zu Altverträgen, die vor dem 17.12.2009 geschlossen wurden, vgl. die 2. Auflage an dieser Stelle. Auch hier gilt idR nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB aF das Recht am Ort der Hauptniederlassung des Handelsvertreeters.

<sup>101</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Grützmaker 2.1 Rn. 151.

Preisbindungen<sup>102</sup> sind kartellrechtskonform entsprechend der ab dem 1.6.2022 geltenden neuen Fassung der Vertikal-GVO ausgestaltet.<sup>103</sup>

### 5. Vertragsbeendigung, insbesondere § 89a HGB

Vertriebsverträge können durch ordentliche oder außerordentliche **Kündigung** beendet werden. Die Freiheit, den Vertrag außerordentlich kündigen zu können, darf weder unmittelbar noch mittelbar in unzulässiger Weise beschränkt werden. Letzteres kann dann vorliegen, wenn an die Kündigung des Handelsvertreters wesentliche, die Kündigung erschwerende, finanzielle oder sonstige Nachteile geknüpft werden.<sup>104</sup> Die Kündigung ist grundsätzlich formfrei möglich, eine einzuhaltende Form kann jedoch vertraglich vereinbart werden. Alleine aus Beweis Zwecken ist zur Einhaltung der Schriftform zu raten.

a) **Ordentliche Kündigung.** Erste Voraussetzung für den Ausspruch einer ordentlichen Kündigung ist das Vorliegen eines **unbefristeten Vertriebsvertrags**. Ein befristeter Vertrag kann nur auf dem Wege einer außerordentlichen Kündigung vorzeitig beendet werden und endet im Übrigen durch Zeitablauf.<sup>105</sup>

Im Rahmen des Vertriebsrechts wird zur Bestimmung der **Kündigungsfristen** § 89 Abs. 1 HGB bei Handelsvertretern direkt, bei Vertragshändlern analog herangezogen. Die hM hält diese Norm des Handelsvertreterrechts insoweit für entsprechend anwendbar.<sup>106</sup>

Die Kündigungsfristen dieser Norm sind jedoch relativ kurz (im Maximalfall sechs Monate nach einer Vertragsdauer von fünf Jahren). Dies ist dann problematisch, wenn einem Vertragshändler, der möglicherweise sein komplettes Geschäft auf den Vertrieb der Produkte des Herstellers ausgerichtet hat, innerhalb vergleichsweise kurzer Zeit die Grundlage für seine Tätigkeit entzogen werden kann. Nach § 89 Abs. 2 S. 1 HGB kann die **Kündigungsfrist** jedoch **verlängert** werden. Vertriebsverträge sehen üblicherweise eine **Mindestkündigungsfrist von einem Jahr** vor. Diese Frist wird regelmäßig nach der Rspr. angemessen sein, wobei je nach Fall auch längere Fristen anwendbar sein können.<sup>107</sup> Fehlt die vertragliche Vereinbarung einer Kündigungsfrist, ist im Einzelfall zu bewerten, ob die Frist des § 89 Abs. 1 HGB angemessen ist.

Während eine Verlängerung der **Kündigungsfrist** gestattet ist, darf sie als Umkehrschluss aus § 89 Abs. 1 S. 1 HGB **nicht verkürzt** werden.<sup>108</sup>

Die **übrigen Kündigungsmodalitäten** können von den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit<sup>109</sup> und der AGB-Inhaltskontrolle frei bestimmt werden, solange die Kündigung nicht ganz ausgeschlossen wird.<sup>110</sup>

b) **Außerordentliche Kündigung.** Im Fall schwerwiegender Verstöße einer Partei gegen den Vertrag oder aus anderen außervertraglichen wichtigen Gründen haben die Vertragsparteien das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist außerordentlich zu kündigen. Die hM hält bei Vertragshändlerverträgen **§ 89a Abs. 1 HGB** für entsprechend anwendbar;<sup>111</sup> bei Handelsvertretern gilt er direkt. Als **lex specialis** verdrängt er § 314 BGB. Inhaltlich unterscheiden sich beide Normen jedoch nur unwesentlich.

Der nach § 89a Abs. 1 HGB erforderliche **„wichtige Grund“** muss derart schwer wiegen (zB ein Verstoß gegen (wirksame) Wettbewerbsbeschränkungen-/verbote oder Speicherung

<sup>102</sup> Vgl. hierzu auch BKartA, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmittel-einzelhandels (Stand: Juli 2017).

<sup>103</sup> Vgl. hierzu → § 39 Rn. 1 ff. Kartellrechtliche Bezüge.

<sup>104</sup> OLG Oldenburg 24.7.2012 – 13 U 118/11, BeckRS 2012, 19040; OLG Oldenburg 26.11.2013 – 13 U 30/13, BeckRS 2014, 01289.

<sup>105</sup> → Rn. 89 ff.

<sup>106</sup> Küstner/Thume/Thume Kap. VIII, Rn. 22.

<sup>107</sup> Küstner/Thume/Thume Kap. VIII, Rn. 21.

<sup>108</sup> Hopt/Hopt HGB § 89 Rn. 28.

<sup>109</sup> Die ihre Grenze an der Schwelle zur Benachteiligung gegen Treu und Glauben bzw. zur Sittenwidrigkeit findet.

<sup>110</sup> LG München I 10.12.2018 – 15 HK O 7444/18, ZVertriebsR 2019, 190; LG Freiburg 15.2.2019 – 11 O 244/17, ZVertriebsR 2019, 251; Emde BB 2020, 2827.

<sup>111</sup> MüKoHGB/Ströbl § 89a Rn. 10 mwN.

großer Mengen nicht zur Vertragserfüllung erforderlicher Datensätze auf einem privaten PC<sup>112</sup>), dass dem Vertragspartner ein Festhalten am Vertrag bis zur Möglichkeit der ordnungsgemäßen Vertragsbeendigung nicht zuzumuten ist.<sup>113</sup> Diese Formel impliziert, dass bei Leistungsverstößen in der Regel eine **Abmahnung** auszusprechen ist, bevor eine fristlose Kündigung erfolgen kann.<sup>114</sup> Nur bei schwersten Leistungsverstößen entfällt dieses Erfordernis, wenn die Vertrauensbasis auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden kann.<sup>115</sup> Bei Vertrauensverstößen kann auch eine Kündigung wirksam sein, die ohne vorherige Abmahnung ausgesprochen wurde.<sup>116</sup> Die Parteien können vertraglich einzelne Gründe zu „wichtigen“ erheben, so dass im Fall des Eintretens eines solchen Grundes die sofortige Kündigung ohne Abmahnung zulässig ist. In Standardverträgen muss sich diese Regelung jedoch an § 307 Abs. 1 BGB messen lassen. Der Verwender kann in diesem Fall nicht ohne weiteres eigentlich triviale Gründe zu absoluten Kündigungsgründen erheben.

- 92 Zwischen dem Eintreten des Grundes und dem Ausspruch der Kündigung darf **kein unangemessen langer Zeitraum** liegen. Die Bestimmung dieses Zeitraums richtet sich nach dem Einzelfall und hat zu berücksichtigen, dass der kündigungsberechtigten Vertragspartei ein Aufklärungs- und Überlegungszeitraum zuzugestehen ist, der sich jedoch im Rahmen des Angemessenen zu bewegen hat. Üblicherweise ist eine zweimonatige Frist bereits unangemessen lang.<sup>117</sup>
- 93 c) **Andere Arten der Vertragsbeendigung.** Mittels einer einvernehmlich getroffenen **Aufhebvereinbarung** kann ein Vertriebsvertrag wie jedes andere Dauerschuldverhältnis jederzeit **aufgehoben werden**. Sogar eine unbegründete fristlose Kündigung kann – alternativ zur Umdeutung in eine ordentliche Kündigung – ein Angebot auf Abschluss einer solchen Vereinbarung darstellen.<sup>118</sup>
- 94 Ein auf eine bestimmte Zeit abgeschlossener Vertriebsvertrag **endet mit Ablauf der vereinbarten Laufzeit**. Einer zusätzlichen Kündigung bedarf es nicht. Zu unterscheiden ist die **echte** von der **unechten Befristung**. Während bei der echten Befristung ein fest vorgegebener Zeitpunkt oder Zeitraum das Ende des Vertrags terminiert (zB Laufzeit von drei Jahren; Vertragsende mit Ablauf des Jahres 2023), verlängert sich ein Vertrag mit **unechter Befristung** nach Ablauf seiner Laufzeit automatisch um eine vorgegebene Zeitspanne, es sei denn er wird fristgerecht gekündigt.
- 95 Wie jedes andere Schuldverhältnis kann der Vertriebsvertrag **nichtig** sein, beispielsweise aufgrund von Teilnichtigkeit nach § 139 BGB oder nach erfolgreicher **Anfechtung** gemäß § 142 Abs. 1 BGB. Da die eigentlich eintretende **ex tunc-Wirkung** der Nichtigkeit nach Invollzugsetzung des Vertrags als nicht sachgerecht empfunden wird, tritt die Nichtigkeitswirkung bei Gesellschafts-, Arbeits- oder Handelsvertreterverträgen ausnahmsweise **ex nunc** ein, sofern der Vertrag bereits ausgeführt wurde.<sup>119</sup> Bei Vertriebsverträgen kann die Situation nicht anders zu behandeln sein. Der Handelsvertreter bzw. Vertragshändler behält also in diesen Fällen sämtliche Ansprüche aus dem Vertrag sowie den gegebenenfalls bestehenden Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB.<sup>120</sup>
- 96 Im Zusammenhang mit befristeten Verträgen gilt es zu beachten, dass ein Wettbewerbsverbot in einem Händlervertrag, dessen Laufzeit über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren geht, nach **Art. 5 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO** nicht kartellrechtlich freigestellt ist und

<sup>112</sup> OLG München 8.2.2018 – 23 U 1932/17, ZVertriebsR 2018, 103 (104).

<sup>113</sup> Eine ausführliche Übersicht zum Vertriebsvertragsrecht mwN allgemein findet sich in Küstner/Thume/Thume Kap. VIII, Rn. 248 f., zur wirksamen Kündigung aus wichtigem Grund wegen unbefugter Datenspeicherung von Geschäftsdaten auf einem privaten PC vgl. OLG München 8.2.2018 – 23 U 1932/17, ZD 2018, 372.

<sup>114</sup> LG Frankfurt a.M. 25.5.2018 – 2–05 O 222/16, ZVertriebsR 2018, 252 (256); OLG München 17.4.2019 – 7 U 2711/18, ZVertriebsR 2019, 254.

<sup>115</sup> OLG Düsseldorf 22.12.2011 – I 16 U 137/10, BeckRS 2012, 04011; Hopt/Hopt HGB § 89a Rn. 10.

<sup>116</sup> Küstner/Thume/Thume Kap. VIII, Rn. 158; Hopt/Hopt HGB § 89a Rn. 10.

<sup>117</sup> Vgl. BGH 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, NJW 2011, 3361 (3362); Wauschkuhn ZVertriebsR 2018, 275.

<sup>118</sup> So OLG München 27.7.1994 – 7 U 1871/94, NJW-RR 1995, 95 für die Kündigung durch einen Handelsvertreter.

<sup>119</sup> Küstner/Thume/Thume, Kap. VIII Rn. 146.

<sup>120</sup> Ausführlich → Rn. 98 ff.

damit als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gem. § 134 BGB nichtig sein kann.<sup>121</sup> Dies gilt für unecht befristete Verträge dann, wenn die Vertragslaufzeit in Summe fünf Jahre überschreitet. Im Rahmen echt befristeter Verträge hat der Hersteller die allgemeine vertragliche Pflicht, seinen Vertragspartner vor Ablauf der Frist auf das Auslaufen des Vertrags aufmerksam zu machen.<sup>122</sup> Da Vertriebsverträge oft auf eine langfristige Zusammenarbeit angelegt sind und deswegen regelmäßig verlängert werden, darf der Vertragshändler grundsätzlich auch damit rechnen.<sup>123</sup> Die Zäsur der Befristung ist vielmehr Anlass für den Hersteller, die Vertragskonditionen geänderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen. Dies gilt nicht, wenn der Vertragshändler nicht auf die Verlängerung vertrauen durfte, insbesondere wegen einer anders lautenden Äußerung des Herstellers.<sup>124</sup>

## 6. Möglichkeiten zur Vertragsverlängerung

Ist der Vertrag **unecht befristet**, muss er nicht verlängert werden. Der Vertrag ist im Ergebnis auf unbegrenzte Zeit geschlossen und räumt den Parteien lediglich regelmäßig wiederkehrende Kündigungsmöglichkeiten ein. 97

Die Verlängerung eines **echt befristeten** Händlervertrags kann durch schlüssiges Verhalten der Vertragsparteien geschehen. So gilt nach § 89 Abs. 3 S. 1 HGB ein Vertragsverhältnis, das für einen bestimmten Zeitraum eingegangen wurde und nach Ablauf der vereinbarten Laufzeit von beiden Teilen fortgesetzt wird, als auf unbestimmte Zeit verlängert. Setzt der Vertriebsmittler das Vertragsverhältnis nach Ablauf der Vertragszeit mit Wissen des Herstellers fort, sollte der Hersteller dem daher unverzüglich ausdrücklich widersprechen. Ein Fortführen des Vertrags im Sinne dieser Vorschrift liegt auch dann vor, wenn der Handelsvertreter seine Tätigkeit fortsetzt und der Unternehmer die vom Handelsvertreter beigebrachten Geschäfte ausführt. Eine erneute Einigung über sämtliche Bedingungen ihrer Zusammenarbeit ist nicht erforderlich. Die Fortführung des Vertrags wirkt sich auf das gesamte Vertragsverhältnis, einschließlich der Geltung einer vereinbarten Schiedsklausel aus.<sup>125</sup> Ist nicht das gesamte Vertragsverhältnis befristet, sondern nur bestimmte, wesentliche Regelungen, findet § 89 Abs. 3 HGB entsprechend Anwendung.<sup>126</sup> Auf Zusatzvereinbarungen zu einem Handelsvertretervertrag ist § 89 Abs. 3 S. 1 HGB indes weder direkt noch analog anzuwenden.<sup>127</sup> 98

Die **Änderungskündigung** ist keine Vertragsverlängerung im eigentlichen Sinn. Vielmehr ist sie eine Form der ordentlichen Kündigung, verbunden mit einem Angebot auf Abschluss eines neuen Vertriebsvertrags unter geänderten Bedingungen. Während der Hersteller im Rahmen (echt) befristeter Verträge am Ende jeder Laufzeit die Möglichkeit hat, einen Folgevertrag zu geänderten Bedingungen abzuschließen, kann der Hersteller in unbefristeten Verträgen zu diesem Zweck eine Änderungskündigung aussprechen, für die die Voraussetzungen der ordentlichen Kündigung gelten.<sup>128</sup> 99

## 7. Herausgabeansprüche

Nach Vertragsende ist der Vertragshändler nach §§ 675, 667 BGB verpflichtet, alles zur Ausführung des Auftrags Erhaltene dem Hersteller herauszugeben. Dies bezieht sich beispielsweise auf Werbematerialien und andere absatzfördernde Mittel, die der Hersteller zur Verfügung gestellt hat, aber auch auf Lizenzen etc, sofern für diese nicht schon eine vertrag- 100

<sup>121</sup> Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 26 Rn. 10 sowie Rn. 75; zu nachvertraglichen Wettbewerbsverboten weiterführend Holthausen NZA-RR 2020, 505; Lembke BB 2020, 52.

<sup>122</sup> Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 26 Rn. 13.

<sup>123</sup> Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 26 Rn. 14, sich beziehend auf Ulmer, Der Vertragshändler, S. 481.

<sup>124</sup> Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 26 Rn. 15.

<sup>125</sup> OLG München 25.2.2013 – 34 Sch 12/12, BeckRS 2013, 06370.

<sup>126</sup> OLG Köln 15.9.2011 – 19 U 88/11, BeckRS 2012, 19381.

<sup>127</sup> OLG Schleswig 2.5.2013 – 5 U 49/12, BeckRS 2013, 12655.

<sup>128</sup> → Rn. 82 ff.

liche **Herausgabepflicht** vereinbart wurde.<sup>129</sup> Die Herausgabepflicht kann auch den Umständen nach, beispielsweise bei Verwendung des Goodwills des Unternehmers, in Form einer **Unterlassungspflicht** bestehen.<sup>130</sup>

- 101 Eine **Rücknahmepflicht** seitens des Herstellers wird durch §§ 675, 667 BGB nicht begründet. Sie ergibt sich jedoch regelmäßig aus der nachvertraglichen Treuepflicht des Herstellers.<sup>131</sup> Sollte der Hersteller Anlass zur außerordentlichen Kündigung gegeben haben, kann sich die Pflicht auch aus dem Schadensersatzanspruch des Vertragshändlers ergeben. Der Ersatzanspruch richtet sich dann auf die Rücknahme der Waren und der Abstandnahme von der Geltendmachung der Kaufpreisforderung (sofern noch nicht beglichen). Der Vertragshändler ist mithin so zu stellen, als ob er bei Fortdauer des Vertrags die Waren ordnungsgemäß veräußern hätte können.<sup>132</sup> Etwas anderes gilt unter Umständen dann, wenn der Reseller die Vertragsbeendigung schuldhaft verursacht hat, da er sich in diesem Fall nicht mehr auf die nachvertragliche Treuepflicht des Herstellers berufen kann.<sup>133</sup>

### 8. Goodwill-Ausgleichsansprüche, insbesondere § 89b HGB

- 102 a) § 89b HGB. Dem Handelsvertreter gebührt unmittelbar aus dem Gesetz nach § 89b HGB ein **Goodwill-Ausgleichsanspruch**. Dem **Vertragshändler** wird in analoger Anwendung des § 89b HGB nach nahezu einheitlicher Rechtsauffassung in Judikatur<sup>134</sup> und Rechtswissenschaft<sup>135</sup> bei Vorliegen der Analogie- und Anspruchsvoraussetzungen ebenfalls ein entsprechender Goodwill-Ausgleichsanspruch zuerkannt.
- 103 aa) *Analoge Anwendung des 89b HGB auf Vertragshändler*. Nach Auffassung des BGH sind die beiden folgenden Voraussetzungen für die analoge Anwendung des § 89b HGB erforderlich:<sup>136</sup>

#### 104 Checkliste für die analoge Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändler:

- Eingliederung in die Absatzorganisation des Herstellers** in einer Weise, dass der Vertragshändler wirtschaftlich in weitem Umfang die sonst einem Handelsvertreter zukommenden Aufgaben zu erfüllen hat<sup>137</sup>
- rechtlichen Verpflichtung zur **Überlassung des Kundenstamms**<sup>138</sup>

- 105 Welche Anforderungen an die **Eingliederung in die Absatzorganisation** des Herstellers erfüllt sein müssen, wurde bereits oben dargestellt.<sup>139</sup>

<sup>129</sup> Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 28 Rn. 6; Ulmer, Der Vertragshändler, S. 485.

<sup>130</sup> Ulmer, Der Vertragshändler, S. 485.

<sup>131</sup> BGH 18.7.2007 – VIII ZR 227/06, NJW-RR 2007, 1697 (1700).

<sup>132</sup> BGH 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 (1502).

<sup>133</sup> BGH 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 (1502).

<sup>134</sup> Vgl. ua BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300; BGH 25.2.2016 – VII ZR 102/15, NJW 2016, 1885 mwN; speziell zum Vertrieb von Software: BGH 12.1.2000 – VIII ZR 19/99, NJW 2000, 1413 sowie BGH 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, NJW-RR 2009, 824; BGH 13.1.2010 – VII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263 (1264); BGH 6.10.2011 – VIII ZR 2010/07, NJW-RR 2011, 389; BGH 16.2.2011 – VIII ZR 226/07, NJW-RR 2011, 614.

<sup>135</sup> Instruktiv zu der Frage des Ausgleichsanspruchs: Foth, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers; Pour-Rafsendjani, Der Goodwill-Ausgleichsanspruch des Franchisenehmers, Diss. 1999 und Martinek, Franchising, S. 359 bis 366.

<sup>136</sup> Grundlage der heutigen – mittlerweile gefestigten – höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Entscheidung des BGH 25.3.1982 – I ZR 146/80, NJW 1982, 2819.

<sup>137</sup> Eingehend dazu BGH 13.6.2007 – VIII ZR 352/04, WM 2007, 1983 mwN; BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 oder auch OLG München 5.12.2019 – 23 U 2136/18, GWR 2020, 137 mAnm Punte/Klemens.

<sup>138</sup> BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 mwN; BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 mwN; Rothermel/Schulz BB 2019, 1609; Emde BB 2020, 3 mwN.

<sup>139</sup> → Rn. 28 ff.

Als zweite Analogievoraussetzung muss der Absatzmittler zur **Übertragung der Kundendaten** auf den Absatzherrn verpflichtet sein.<sup>140</sup> Bei der Übertragung auf das Vertriebsverhältnis ist zu beachten, dass der Kundenstamm bei einem Handelsvertretersystem von vornherein dem Prinzipal zugänglich ist, da der Handelsvertreter in dessen Namen auftritt und die Kunden daher Vertragspartner des Prinzipals sind.<sup>141</sup> Für eine entsprechende Anwendung des § 89b HGB hält die Judikatur es daher für erforderlich, dass der Absatzherr „auf Grund besonderer Vereinbarungen“ mit seinem Absatzmittler bei dessen Ausscheiden in die Lage versetzt wird, **sofort nach Beendigung des Vertrags den Kundenstamm nutzen zu können** – entweder selbst oder durch das Einsetzen eines neuen Absatzmittlers.<sup>142</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es indes nicht erforderlich, dass sich eine entsprechende rechtliche Verpflichtung ausdrücklich aus einem Vertrag ergeben muss. Es genügt zum Beispiel, wenn sich eine entsprechende **Überlassungsverpflichtung** hinsichtlich der Kundendaten **aus dem Gesamtbild des Vertrags** und konkludent<sup>143</sup> aus einer entsprechenden Vertragspraxis in ständiger Übung ergibt, selbst wenn die Vertragsparteien ursprünglich das Gegenteil vereinbart haben. Maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH lediglich, dass der Hersteller durch die aufgrund entsprechender rechtlicher Verpflichtung beruhende Übermittlung der Kundendaten in die Lage versetzt wird, die Vorteile des Kundenstamms bei Vertragsende sofort und ohne Weiteres nutzbar zu machen.<sup>144</sup> Liegen die Voraussetzungen für eine Überlassungspflicht vor, dann ist es unerheblich, ob die Kundendaten schon während der Vertragslaufzeit oder erst anlässlich der Beendigung überlassen wurden und ob der Hersteller davon tatsächlich Gebrauch macht. Die bloße Möglichkeit hierzu genügt.<sup>145</sup>

*bb) Tatbestandsvoraussetzungen des § 89b HGB im Einzelnen.* Voraussetzung für einen Ausgleichsanspruch ist gemäß § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB (analog), dass der Hersteller aus Geschäftsverbindungen mit neuen Kunden auch nach Beendigung des Vertriebsvertrags **erhebliche Vorteile** hat (zB durch Nachlizenzierung bestehender oder Neuerwerb zusätzlicher Softwareprodukte).<sup>146</sup> Abzugrenzen vom Ausgleichsanspruch ist die sog. **Überhangprovision** für Geschäfte, die vor Vertragsbeendigung abgeschlossen, aber erst danach vollständig abgewickelt werden.<sup>147</sup> Diese fällt unter die vertraglichen Provisionsregelungen.

Die Kundenbeziehungen muss der Handelsvertreter/Vertragshändler erworben haben, wobei eine Mitursächlichkeit des „**Werbebeitrags**“ des Handelsvertreters/Vertragshändlers genügt. Gleichgestellt sind dem gemäß § 89b Abs. 1 S. 2 HGB (analog) Geschäftsverbindungen mit Altkunden, die der Vertriebsmittler wesentlich erweitert hat (zB durch den Vertrieb weiterer Softwareprodukte des Herstellers), wobei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde zu legen ist.<sup>148</sup> Auf jeden Fall ist eine **Prognose** hinsichtlich der Zukunft erforderlich.<sup>149</sup>

<sup>140</sup> BGH 13.1.2010 – VII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263 (1264); BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 (1301); BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69; Rothermel/Schulz BB 2019, 1609. Zur datenschutzrechtlichen Rechtfertigung vgl. Emde BB 2020, 2827 (2828); ders. BB 2020, 3 (15) mwN und Beck/Kirschhöfer, ZVertriebsR 2019, 3 (5), die neben der Einwilligung als sicherstem Weg auch ein berechtigtes Interesse gelten lassen (zB um den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters zu verdienen).

<sup>141</sup> BGH 6.10.2016 – VII ZR 328/12, NJW 2016, 3782.

<sup>142</sup> BGH 13.1.2010 – VII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263 (1264); BGH 29.4.2010 – I ZR 3/09, GRUR 2010, 1107 – JOOP!; BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 (1301); BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70).

<sup>143</sup> OLG München 5.12.2019 – 23 U 2136/18, GWR 2020, 137 mAnm Punte/Klemens.

<sup>144</sup> BGH 13.1.2010 – VII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263; BGH 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300 (1301).

<sup>145</sup> Vgl. nur Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 27 Rn. 14 f.

<sup>146</sup> Dies kann selbst bei der Beendigung des Handelsvertretervertrags während der Probezeit sein, vgl. EuGH 19.4.2018 – C-645/16, EuZW 2018, 829.

<sup>147</sup> LAG Baden-Württemberg 12.2.2020 – 10 Sa 13/19, ZVertriebsR 2020, 309 (312).

<sup>148</sup> Vgl. EuGH 7.4.2016 – C-315/14, NJW 2016, 2244 (2245) – Marchon Germany; BGH, 6.10.2016 – VII ZR 328/12, NJW 2016, 3782; BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70).

<sup>149</sup> BGH v. 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70); Thume BB 2021, 1672 (1673); Semler ZVertriebsR 2022, 37 (38).

**Praxistipp:**

In Kurzform gilt für die Prognose Folgendes:

Es muss geschätzt werden, wie lange und in welchem Umfang der Hersteller aus den vom Handelsvertreter/Vertragshändler neu geworbenen oder wesentlich erweiterten Kundenbeziehungen Einnahmen wird erzielen können.<sup>150</sup> Dabei ist in der Regel auf die letzten zwölf Monate vor Vertragsbeendigung (sog. **Basisjahr**) als Beurteilungsgrundlage abzustellen, es sei denn, in dieser Zeit war der Geschäftsverlauf atypisch, denn dann kann als Basis auch ein Durchschnitt mehrerer vergangener Vertragsjahre zu Grunde gelegt werden.<sup>151</sup> Bei kürzerer Vertragsdauer wird der tatsächliche Zeitraum auf ein volles Jahr hochgerechnet.<sup>152</sup> Zur Ermittlung der Beständigkeit der Kundenbeziehungen muss auch die sog. **Abwanderungsquote** berücksichtigt werden, die konkret zu ermitteln ist und bei der nur mangels ausreichender Anhaltspunkte auf allgemeine Erfahrungswerte abgestellt werden darf (regelmäßig 20%/Jahr<sup>153</sup>).<sup>154</sup> Grundsätzlich trägt der Vertragshändler für die für ihn günstigen Tatbestandsmerkmale die Beweislast.<sup>155</sup>

- 110 Gemäß § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB (analog) muss die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände **billig** sein. Beispielhaft nennt das Gesetz an dieser Stelle die dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen. Die Rechtsprechung legt verstärkt den Fokus auf die beim Hersteller entstehenden Vorteile (zB Umsätze für Folgebestellungen; Lizenzverlängerungen oder Pflegeverträge).<sup>156</sup>
- 111 Bei der Geltendmachung durch einen Vertragshändler geht es außerdem um den Ersatz von Ansprüchen, die der Vertragshändler aufgrund seiner **Funktionsgleichheit** mit einem Handelsvertreter geltend machen kann. Folglich muss eine Beschränkung auf den einer Handelsvertreterprovision entsprechenden Anteil der Vergütung erfolgen, da eben nur solche „Verluste“ auszugleichen sind, die nicht entstanden wären, wenn er seine Vertriebsmittlerfunktion als Handelsvertreter erfüllt hätte. **Herauszurechnen** sind daher „Vergütungsbestandteile“ für Leistungen und Tätigkeiten, die ein Handelsvertreter in ähnlicher Funktion nicht zu erbringen hat.<sup>157</sup> Genannt werden insofern Vergütungsbestandteile für Lagerhaltung, Preisschwankungs-, Kredit- und Insolvenzrisiken, Gewährleistungen und Kulenzen, Preisnachlässe, Produktwerbung etc.<sup>158</sup> Ebenfalls müssen „Vergütungsbestandteile“, die auch bei einem Handelsvertreter im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 89b HGB nicht ausgleichspflichtig wären, herausgerechnet werden. Grund hierfür ist, dass auch der Handelsvertreter nur ein Entgelt (Provision) für seine Abschluss- oder Vermittlungstätigkeit, also für seine werbende, nicht aber für seine verwaltende Tätigkeit erhält.<sup>159</sup> Demgegenüber werden „verkaufsfördernde Zusatzleistungen“, die der Hersteller dem Vertragshändler gewährt, dem Rohertrag hinzugerechnet.<sup>160</sup> Bei der Berechnung ist wieder eine **Prognoseentscheidung** darüber zu treffen, wie lange und in welchem Umfang der Vertragshändler voraussichtlich in den Genuss der handelsvertretertypischen (oder provisionsadäquaten)

<sup>150</sup> Vgl. etwa BGH 21.7.2016 – I ZR 229/15, NJW 2017, 475 (481) mAnm Wauschkuhn; speziell bei Software: BGH 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, NJW-RR 2009, 824.

<sup>151</sup> Vgl. BGH 6.10.2010 – VIII ZR 210/07, NJW-RR 2011, 389 (390) mwN; KG 14.9.2021 – 2 U 84/18, ZVertriebsR 2022, 55; Thume BB 2021, 1672 (1678). Zur Auswirkung der Corona-Einschränkungen auf die Prognose vgl. Emde BB 2021, 2824 (2829); ders. ZVertriebsR 2021, 137; ders. ZVertriebsR 2020, 138; Korte GWR 2020, 194 und Thume BB 2020, 1419; Schuster/Grützmaker/Vogel HGB § 89b Rn. 3.

<sup>152</sup> BGH 2.7.1987 – IZR 188/85, NJW-RR 1988, 42; BGH 6.8.1997 – VIII ZR 150/96, BB 1997, 2607; BGH 10.7.2002 – VIII ZR 158/01, WM 2003, 499; Thume BB 2021, 1672 (1678).

<sup>153</sup> Thume BB 2021, 1672 (1678) mwN; weiterführend Schuster/Grützmaker/Vogel HGB § 89b Rn. 3.

<sup>154</sup> Vgl. zB BGH 21.7.2016 – I ZR 229/15, NJW 2017, 475 (481) mAnm Wauschkuhn.

<sup>155</sup> Vgl. etwa Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 27 Rn. 82.

<sup>156</sup> BGH 6.10.2016 – VII ZR 328/12, NJW 2016, 3782; BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70); zur Berechnung der Vorteile Thume BB 2021, 1672 (1673).

<sup>157</sup> Etwa BGH 22.3.2006 – VIII ZR 173/04, WM 2006, 1403.

<sup>158</sup> Insbesondere Thume BB 1998, 1425 (1431) zum Franchising Eckert WM 1991, 1237 (1247); Bodewig BB 1997, 637 (642); Köhler NJW 1990, 1989 (1694).

<sup>159</sup> Vgl. etwa BGH 6.8.1997 – VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71 (72) und Schreiber NJW 1998, 3737.

<sup>160</sup> BGH 13.1.2010 – VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263; Schmülling GWR 2015, 224 (225).

Vergütungsbestandteile gekommen wäre. Die Provisionsverluste nach § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB sind das Gegenstück zu den Vorteilen des Unternehmers gemäß § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HGB. Die Auslegung von Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 läuft deshalb häufig parallel.<sup>161</sup> Grundsätzlich trägt auch hier der Vertragshändler die Beweis- und Darlegungslast. Allerdings genügt es nach der BGH-Rechtsprechung zB, dass ein Händler vorträgt, dass ihm ein bestimmter prozentualer Anteil seines sog. Händlerrabatts ausschließlich für seine werbende und damit seine provisionsadäquate Tätigkeit bezahlt wird. Der Hersteller trägt dann die Darlegungs- und Beweislast der sog. vertreteruntypischen Vergütungsbestandteile.<sup>162</sup>

Im Rahmen der Billigkeit sind **alle übrigen Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen.<sup>163</sup> So kann ein Ausgleichsanspruch reduziert werden bzw. vollständig entfallen oder nach oben korrigiert werden.<sup>164</sup> Persönliche Umstände der Parteien werden nicht einbezogen (zB Alter, Gesundheitszustand, familiäre Verhältnisse etc.). Insbesondere die Fallgruppen „Sogwirkung der Marke“ und der Gedanke der Schutzbedürftigkeit werden aber im Zusammenhang mit dem Vertragshändlerrecht diskutiert:

Nach herrschender Meinung ist die „**Sogwirkung der Marke**“ (dh, dass der Erfolg des Vertriebsmittlers auch auf der allgemeinen Außenwirkung der „Marke“ des Herstellers beruht, zB bei Marken wie Microsoft, SAP oder Salesforce) im Rahmen der Billigkeit anspruchsmindernd zu berücksichtigen.<sup>165</sup> In der Rechtsprechung wird mit pauschalen Abschlägen in Höhe von 10 bis 25 % gearbeitet.<sup>166</sup> Diese Frage ist sowohl in der Rechtsprechung (mit vielen Fällen im Kfz-Händlerrecht) als auch in der Literatur sehr umstritten. Relevante obergerichtliche Entscheidungen im Bereich des Softwarevertriebs sind allerdings nicht ersichtlich.

Anerkannt ist aber, dass die **fehlende Schutzbedürftigkeit** im Rahmen der Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist.<sup>167</sup> Verlässliche Maßstäbe hierfür sind nicht ersichtlich. Man wird aber argumentieren können, dass durchaus ein Abzug gerechtfertigt ist, wenn ein Handelsvertreter/Vertragshändler mit Hilfe eines erfolgreichen Vertriebssystems im Laufe der Jahre Erträge in Millionenhöhe erwirtschaftet hat. Auch dürfte in diese Fallgruppe die Konstellationen fallen, in denen der Vertragshändler nach Beendigung des Vertragsverhältnisses seine Kundenkartei einem Dritten überlässt und dadurch die Vorteile des Herstellers oder die Nachteile des Vertragshändlers infolge der Nutzung durch den Dritten voraussichtlich geringer ausfallen werden.<sup>168</sup>

*cc) Höhe des Ausgleichsanspruchs beim Vertragshändler.*<sup>169</sup> Bei der Berechnung der Höhe des auch durch den Vertragshändler innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machenden möglichen Ausgleichsanspruchs wird generell angenommen, dass die **Vorteile des Herstellers von Software mindestens in der Höhe entstehen, wie beim Vertragshändler zu berücksichtigende „Verluste“ nach der anzustellenden Prognose eintreten.**<sup>170</sup> In der Literatur und auch teilweise in der Rechtsprechung werden verschiedene Methoden zur Berechnung der Höhe zur Anwendung gebracht.<sup>171</sup> Die einfachste

<sup>161</sup> BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70); Hopt/Hopt § 89b HGB Rn. 11.

<sup>162</sup> Vgl. etwa BGH 13.1.2010 – VIII ZR 25/08, NJW-RR 2010, 1263; Schmülling GWR 2015, 224 (227).

<sup>163</sup> Hopt/Hopt § 89b HGB Rn. 25; Emde 2021, 2824 (2825); Thume BB 2021, 1672.

<sup>164</sup> OLG Düsseldorf 31.1.2020 – I-16 U 6/19, ZVertriebsR 2020, 257; Emde 2021, 2824 (2825); Thume BB 2021, 1672 (1678).

<sup>165</sup> KG 14.9.2021 – 2 U 84/18, ZVertriebsR 2022, 55; Martinek, Franchising Rn. 80; Canaris, Handelsrecht, § 15 VII Rn. 111; Flohr, Franchise-Vertrag S. 243 f., allerdings abweichend, wenn eine Einstiegsgebühr bezahlt werden musste.

<sup>166</sup> BGH 13.7.2011 – VIII ZR 17/09, NJW 2011, 3438 (3440); OLG Karlsruhe 14.7.2017 – 9 U 9/15, BeckRS 2017, 133569; Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 27 Rn. 40; Schuster/Grützmaker/Vogel HGB § 89b Rn. 21.

<sup>167</sup> BGH 7.11.1991 – I ZR 51/90, BB 1992, 596; Martinek/Semler/Habermeier/van der Moolen, Handbuch des Vertriebsrechts, § 27 Rn. 106.

<sup>168</sup> BGH 28.6.2006 – VIII ZR 350/04, WM 2006, 1919: Kein Ausschluss des Anspruchs, lediglich Anspruchsminderung.

<sup>169</sup> Zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs bei Handelsvertretern vgl. → Rn. 100 ff.

<sup>170</sup> BGH 24.9.2020 – VII ZR 69/19, NJW 2021, 69 (70).

<sup>171</sup> Vgl. Schmülling GWR 2015, 224 (225).

Methode ist die sog. **Vergleichswertmethode**. Sie besagt, dass der Ausgleichsanspruch eines Vertragshändlers (durch einen Sachverständigen) dadurch zu ermitteln ist, dass auf einen fiktiven Handelsvertreter in ähnlicher Funktion abgestellt wird.<sup>172</sup> Ist dies nicht möglich, muss auf die vorhandenen Zahlen und Daten zurückgegriffen und daraus der sog. **provisionsadäquate Ausgleichsanspruch** berechnet werden.<sup>173</sup> Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass die Berechnungsgrundlagen auf das „Niveau eines Handelsvertreters“ zurückgeführt werden müssen. Ein Vertragshändler dürfte auch nach der Rechtsprechung nicht besser gestellt werden, als ein vergleichbarer Handelsvertreter.<sup>174</sup> Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Ausgleichsanspruch eines Vertragshändlers bei der analogen Anwendung des § 89b HGB nicht höher sein kann, als seine durchschnittliche Jahresvergütung. Es ist anerkannt, dass diese Höchstbetragsgrenze aus § 89b Abs. 2 HGB auch im analogen Anwendungsbereich Anwendung findet.<sup>175</sup>

- 116 *dd*) **Entfallen eines Ausgleichsanspruchs § 89b Abs. 3 HGB.** Der Ausgleichsanspruch kann vertraglich **nicht im Voraus ausgeschlossen** werden (vgl. § 89b Abs. 4 S. 1 HGB (analog)). Gemeint ist nicht nur der vertragliche Totalausschluss. Auch eine Abrede, durch die der Anspruch im Ergebnis mehr oder weniger eingeschränkt wird, ist unwirksam.<sup>176</sup> Er kann allerdings aus den in § 89b Abs. 3 HGB (analog) genannten Gründen **entfallen**.

117 **Checkliste für Gründe für das Entfallen des Ausgleichsanspruchs aus § 89b HGB (analog):**

- Eigenkündigung des Handelsvertreters/Vertragshändlers ohne begründeten Anlass
- Kündigung des Herstellers aus vom Handelsvertreter/Vertragshändler verschuldetem wichtigem Grund
- Eintreten eines Nachfolgers in das Vertriebsvertragsverhältnis mit Einverständnis des bisherigen Handelsvertreters/Vertragshändlers

- 118 Der Goodwill-Ausgleichsanspruch des Vertriebsmittlers entfällt nach § 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB (analog), wenn der **Handelsvertreter/Vertragshändler den Vertriebsvertrag gekündigt** hat. Diese Norm ist **nicht analog auf andere Arten der Beendigung anzuwenden** (zB Herbeiführen einer auflösenden Bedingung;<sup>177</sup> Absehen von einer vertraglich vorgesehenen Verlängerungsmöglichkeit und dadurch Auslaufen des Vertrags;<sup>178</sup> ein vom Vertragshändler initiiertes Aufhebungsvertrag<sup>179</sup> oder Ablehnung der Verlängerung zu geänderten Bedingungen durch den Handelsvertreter/Vertragshändler bei einer Änderungskündigung des Unternehmers).<sup>180</sup>
- 119 § 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB nennt **zwei Fälle**, in denen von diesem **Grundsatz** des Ausschlusses bei Kündigung durch den Handelsvertreter/Vertragshändler **abgewichen** wird (Rückausnahmen). Dem Handelsvertreter/Vertragshändler obliegt diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast.<sup>181</sup>

<sup>172</sup> Vgl. etwa Bodewig BB 1997, 637 (642 f.); Eckert WM 1991, 1237 (1247); Wauschkuhn ZVertriebsR 2022, 32 (35); Hopt § 84 Rn. 12.

<sup>173</sup> Wauschkuhn ZVertriebsR 2022, 32 (35).

<sup>174</sup> BGH 5.6.1996 – VIII ZR 7/95, NJW 1996, 2302 (2303 f.).

<sup>175</sup> Thume BB 1998, 1425 (1429).

<sup>176</sup> OLG Hamm 29.7.2013 – 18 U 169/12, BeckRS 2013, 18759. Emde BB 2019, 2946 (2949); differenzierend Fröhlich ZVertriebsR 2018, 207.

<sup>177</sup> BGH 5.11.2010 – VII ZR 188/19, NZG 2021, 298 (301) = GWR 2021, 100 mAnm Valdini = ZVertriebsR 2021, 47 mAnm Muhl = EWiR 2021, 237 mAnm Emde; Emde BB 2021, 2755 (2763); ders. BB 2021 2824 (2826).

<sup>178</sup> So auch Köhler NJW 1990, 1689 (1692).

<sup>179</sup> BGH 14.7.2016 – VII ZR 297/15, NJW 2016, 3439; OLG Frankfurt a.M. 13.3.2019 – 12 U 37/18, ZVertriebsR 2019, 327.

<sup>180</sup> BGH 28.2.2007 – VIII ZR 30/06, NJW 2007, 3493; BGH 15.1.2008 – VIII ZR 99/06, SVR 2008, 418; In Betracht kommt uU aber eine Anspruchsminderung aus Billigkeit.

<sup>181</sup> Vgl. MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 189.

**Checkliste für Rückausnahmen beim Entfallen des Ausgleichsanspruchs aus § 89b HGB (analog) wegen Eigenkündigung des Handelsvertreters/Vertragshändlers:**

120

- Hersteller hat begründeten Anlass zur Kündigung gegeben
- Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung wegen Alters oder Krankheit des Handelsvertreters/Vertragshändlers

Der Goodwill-Ausgleichsanspruch entfällt nicht, wenn der Hersteller durch sein Verhalten – unabhängig von seinem Verschulden und der Einordnung des Verhaltens als wichtigem Kündigungsgrund iSd § 89a HGB – **begründeten Anlass zur Kündigung** durch den Vertriebsmittler gegeben hat.<sup>183</sup> Ausschlaggebend ist allein, dass dessen Verhalten einen vernünftig, billig und gerecht denkenden Vertriebsmittler unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls zur Kündigung veranlassen kann und damit ursächlich ist (zB durch mangelhafte Erfüllung von vertraglichen Pflichten und durch entstehende unzumutbare Konfliktsituationen).<sup>184, 185</sup> Dies gilt selbst dann, wenn sich im Verlaufe eines Prozesses herausstellen sollte, dass nach den gesamten Umständen eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar gewesen wäre.<sup>186</sup> Der zweite Ausnahmefall des § 89b Abs. 3 Nr. 1 HGB betrifft die Eigenkündigung infolge einer **Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung wegen Alters oder Krankheit des Handelsvertreters/Vertragshändlers**.<sup>187</sup> Bei Kapitalgesellschaften, deren Bestand nicht unmittelbar von den dahinterstehenden natürlichen Personen abhängig ist, greift diese Ausnahme nicht.<sup>188</sup> Etwas anderes gilt insoweit bei Personengesellschaften, wenn durch die alters- oder krankheitsbedingte Kündigung durch den Gesellschafter der Bestand der Personengesellschaft berührt wird.<sup>189</sup>

121

Der Goodwill-Ausgleichsanspruch ist außerdem gem. § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB (analog) ausgeschlossen, wenn der Hersteller den Vertriebsvertrag kündigt und für diese **Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens** des Handelsvertreters/Vertragshändlers vorliegt. Ausreichend aber erforderlich ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung sowie ein unmittelbarer Ursachenzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Vertriebsmittlers und der Kündigung des Herstellers.<sup>190</sup> Ein Anspruchsausschluss ist der neuen Judikatur zufolge auch dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Hersteller zunächst ordentlich kündigt, die Umstände für das Vorliegen eines wichtigen Grundes aber erst zwischen der Erklärung der ordentlichen Kündigung und dem Vertragseintreten und der Hersteller erst nach Vertragseintreten hiervon erfährt.<sup>191</sup> Der Begriff des wichtigen Grundes deckt sich mit dem des § 89a HGB (analog). Danach müssen Tatsachen vorliegen, die eine Fortsetzung des Vertriebsvertragsverhältnisses unzumutbar machen. Im Unterschied zu § 89a HGB ist aber für § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB (analog) zusätzlich ein am Maßstab des § 276 BGB gemessenes Verschulden des Vertriebsmittlers erforder-

122

<sup>182</sup> BGH 6.11.1986 – I ZR 51/85, WM 1987, 292.

<sup>183</sup> BGH 6.10.2016 – VII ZR 102/12, BeckRS 2016, 18493; OLG München 2.2.2017 – 23 U 2749/16; BeckRS 2017, 102978; Zum Begriff des Anlasses vgl. MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 191 mwN.

<sup>184</sup> Vgl. hierzu MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 196 mit weiteren Beispielfällen zum Handelsvertreterrecht, die sich teilweise entsprechend auf das Vertriebsvertragsrecht übertragen lassen.

<sup>185</sup> BGH 6.11.1986 – I ZR 51/85, WM 1987, 292.

<sup>186</sup> Vgl. hierzu BGH 30.5.1984 – VIII ZR 298/83, BGHZ 91, 312 = NJW 1984, 2106; OLG München 2.2.2017 – 23 U 2749/16; BeckRS 2017, 102978.

<sup>187</sup> BGH 29.4.1993 – I ZR 150/91, NJW-RR 1993, 996.

<sup>188</sup> LG Münster 29.10.1981 – 7b O 100/81, BB 1982, 1748.

<sup>189</sup> MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 201.

<sup>190</sup> BGH 16.2.2011 – VIII ZR 226/07, NJW-RR 2011, 614 im Anschluss an EuGH 28.10.2010 – C 203/09, NJW-RR 2011, 255.

<sup>191</sup> Unter ausdrücklicher Aufgabe von BGH 6.7.1967 – VII ZR 35/65, BGHZ 48, 222 (224f.); BGH 16.2.2011 – VIII ZR 226/07, NJW-RR 2011, 614 im Anschluss an EuGH 28.10.2010 – C 203/09, NJW-RR 2011, 255.

lich, für das der Hersteller darlegungs- und beweisbelastet ist.<sup>192</sup> Das bedeutet, dass nicht ausnahmslos jede fristlose Kündigung durch den Hersteller zum Verlust der Anspruchsbeziehung des Vertriebsmittlers führen muss. Auch die Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist lässt nicht automatisch den Ausgleichsanspruch nach § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB (analog) entfallen. Jedoch spricht ein angemessenes Zuwarten bis zum Ausspruch der Kündigung für die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist und damit gegen das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der Vorschrift.<sup>193</sup>

- 123 Gem. § 89b Abs. 3 Nr. 3, Hs. 1 HGB (analog) entfällt die Ausgleichsberechtigung des Handelsvertreters/Vertragshändlers, wenn auf Grund einer Vereinbarung zwischen Hersteller und Handelsvertreter/Vertragshändler ein **Dritter anstelle des Vertriebsmittlers** in das Vertragsverhältnis **eintritt**. Eine derartige Eintrittsvereinbarung kann nach § 89b Abs. 3 Nr. 3, Hs. 2 HGB (analog) nicht vor Beendigung des Vertriebsvertrags getroffen werden. Zulässig ist hingegen eine mit der Beendigung des Vertriebsvertrags zusammenfassende Regelung. Zweck des § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB ist die Vermeidung einer Doppelbegünstigung. Wenn sich der ausscheidende Vertragshändler/Handelsvertreter die Übertragung seiner Vertretung auf einen Nachfolger vergüten lässt, soll er nicht noch zusätzlich einen Ausgleichsanspruch erhalten.<sup>194</sup>
- 124 Bei solchen Übertragungen auf einen Dritten werden in der Regel dreiseitige Verhandlungen geführt, in deren Verlauf auch oftmals eine **dreiseitige Übernahmevereinbarung** getroffen wird. Verschiedene **Übertragungsmodalitäten** sind hierbei denkbar. Die Übernahme des Vertriebsmittler-Unternehmens kann entweder durch eine „**unechte Vertragsübernahme**“ erfolgen, mit welcher der Vertriebsvertrag des ausscheidenden Handelsvertreters/Vertragshändlers beendet und gleichzeitig ein neuer Vertrag zwischen dem Hersteller und dem nachfolgenden Handelsvertreter/Vertragshändler abgeschlossen wird.<sup>195</sup> Die Übernahme kann aber auch durch eine „**echte Vertragsübernahme**“ (analog §§ 185 Abs. 2, 415 Abs. 1 BGB) erfolgen, und zwar durch einen Vertrag zwischen dem ausscheidenden und dem neu eintretenden Handelsvertreter/Vertragshändler unter Zustimmung des Herstellers.<sup>196</sup> Strittig ist, ob in diesen Fällen der Goodwill-Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters/Vertragshändlers § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB (analog) entfällt. Im Ergebnis dürfte dies jedoch keine Rolle spielen, da sich sein Anspruch jedenfalls nach § 89b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB (analog) ggf. bis auf Null reduziert.
- 125 Von der in § 89b Abs. 3 Nr. 3 HGB angesprochenen Eintrittsvereinbarung ist die so genannte „**Abwälzvereinbarung**“ zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um eine **zweiseitige Vereinbarung** zwischen Hersteller und dem Nachfolger des ausscheidenden Handelsvertreters/Vertragshändlers, wonach der nachfolgende Vertriebsmittler dem Hersteller den an den ausgeschiedenen Handelsvertreter/Vertragshändler gezahlten Goodwillausgleich erstattet.<sup>197</sup> Hierbei sind ebenfalls verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar. Beispielsweise kann der eintretende Nachfolger den Hersteller von Software von seiner Goodwillausgleichspflicht durch die Zahlung einer unter Umständen erhöhten Eintrittsgebühr entlasten. Erfolgt die vom neuen Handelsvertreter/Vertragshändler ausgeführte Zahlung an den ausscheidenden Vertriebsmittler, wird damit eine befreiende Schuldübernahme im Sinne des § 415 Abs. 1 BGB begründet, die vom ausscheidenden Handelsvertreter/Vertragshändler nach § 185 Abs. 2 BGB genehmigt werden muss. Möglich ist aber auch ein zwischen dem Hersteller und dem Neu-Handelsvertreter-/Vertragshändler geschlossener Vertrag zugunsten des ausscheidenden Handelsvertreters/Vertragshändlers, aus dem gemäß § 328 BGB ein eigenes Forderungsrecht des Handelsvertreters/Vertragshändlers resultiert, der aber gleichzeitig nach § 333 BGB ein Ablehnungsrecht besitzt.

<sup>192</sup> MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 211 mwN.

<sup>193</sup> OLG Köln 4.11.2011 – 19 U 79/10, BeckRS 2012, 19424.

<sup>194</sup> BT-Drs. 11/3077 v. 7.11.1988, 9.

<sup>195</sup> Vgl. Martinek, *Moderne Vertragstypen* Bd. II, S. 161.

<sup>196</sup> Martinek, *Moderne Vertragstypen* Bd. II, S. 161.

<sup>197</sup> MüKoHGB/Ströbl § 89b Rn. 226.

b) **Investitionsschutz.** Im Rahmen der unberechtigten Beendigung durch den Hersteller ist auch die Frage der Amortisation von Investitionen des Vertragshändlers zu berücksichtigen. Für Handelsvertreter stellt sich diese Frage nicht, da von diesen im Normalfall keine Investitionen verlangt werden. Investitionen haben sich amortisiert, wenn die vom Vertragshändler erwirtschafteten Erlöse die Anschaffungskosten sowie die laufenden Betriebskosten decken. Dies kann unter Umständen zu einer **Kündigungsschranke**, die wie eine Vertragsverlängerung wirkt sowie zu einem **Investitionersatzanspruch** führen.<sup>198</sup>

Die **Kündigungsschranke** wird damit begründet, dass die strenge Ausrichtung des Absatzmittlers und seines Unternehmens auf den Produzenten eine **gesteigerte Rücksichtnahme** des Herstellers auf seinen Vertragspartner gebiete. Von diesem würden erhebliche Investitionen erwartet. Dem Absatzmittler müsse daher auch die Gelegenheit ergehen werden, diese erbrachten Ausgaben wieder zu erwirtschaften.<sup>199</sup> Diese Grundsätze dürften sich wohl auch auf Vertriebsverträge übertragen lassen.

Der über § 242 BGB begründete **Investitionersatzanspruch** setzt voraus, dass der Hersteller einen rechtlich zurechenbaren **Vertrauensstatbestand** geschaffen hat.<sup>200</sup> Dieser Vertrauensstatbestand wird nicht schon dadurch begründet, dass ein auf unbestimmte Dauer angelegter Vertrag geschlossen wird. Maßgebend ist vielmehr, ob und in welchem Umfang der Hersteller die Investitionen des Resellers veranlasst hat und der Reseller damit auf den Vertrauensstatbestand gesetzt hat. Entscheidend ist hier also, dass es sich um „fremdbestimmte“ Investitionen handelt.<sup>201</sup> Nicht geschützt sind damit Investitionen, die der Reseller ausschließlich aus eigener unternehmerischer Erwägung heraus veranlasst hat.<sup>202</sup> Dies kann nicht dadurch umgangen werden, dass in den Vertriebsvertrag eine Formulierung aufgenommen wird, in welcher der Reseller anerkennt bzw. bestätigt, dass die von ihm getätigten Investitionen ausschließlich in seinem Interesse liegen. Denn entscheidend ist nicht der Wortlaut des Vertrags, sondern die tatsächlich dahinterstehende Praxis.<sup>203</sup> Schließlich setzt der Investitionersatzanspruch voraus, dass der Reseller **schutzwürdig** ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sich der Reseller als Anspruchssteller selbst vertragstreu verhalten hat. Aus diesem Grund entfällt die Berechtigung des Resellers hinsichtlich eines Investitionersatzanspruchs, wenn er dem Hersteller einen Anlass zur rechtswirksamen außerordentlichen Kündigung des Vertriebsvertrags gegeben hat (für den Fall einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung kommt die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung in Betracht; dann wird aber auch wieder das Amortisationsinteresse des Resellers relevant).

### III. Verträge zwischen Softwareherstellern/ Vertriebspartnern und Endkunden

#### 1. Überblick

Je nach Vertriebsmodell kommen die Verträge mit den Endkunden entweder direkt mit dem Hersteller von Soft- bzw. Hardware (Handelsvertretermodell) oder mit dem Vertriebspartner (Vertragshändlermodell) zustande. Neben einer möglichen Einbeziehung von im Markt weit verbreiteten Enduser License Agreements (kurz „EULA“) durch Vertragshändler<sup>204</sup> kann es zur Einbeziehung des EULA von Softwareherstellern zB im Wege von

<sup>198</sup> Zur dogmatischen Herleitung vgl. die 2. Auflage dieses Buchs an dieser Stelle.

<sup>199</sup> BGH 21.2.1995 – KZR 33/93, NJW-RR 1995, 1260 – Citroën.

<sup>200</sup> MVHD B IV/Graf v. Westphalen III 2 Anm. 17; ablehnend zu einem generellen Investitionskostenerstattungsanspruch OLG München 27.3.2019 – 7 U 1001/18, ZVertriebsR 2021, 105 (111).

<sup>201</sup> Ebenroth/Strittmatter BB 1993, 1521 (1530).

<sup>202</sup> Genzow Vertragshändlervertrag S. 141, Rn. 138; in der Praxis wird freilich die Unterscheidung zwischen fremdbestimmten und eigenbestimmten Investitionen des Resellers schwierig sein.

<sup>203</sup> Im Ergebnis auch von Westphalen AGB-Klauselwerke, Vertragshändlerverträge, Rn. 69; danach verstößt eine derartige Klausel gegen § 307 Abs. 1 und eventuell auch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB; ders. Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, III 2 Anm. 17.

<sup>204</sup> → Rn. 126 ff.

Shrinkwrap- bzw. Clickwrap-Agreements<sup>205</sup> oder im Rahmen von Online-Registrierungen<sup>206</sup> kommen. Tritt das EULA des Herstellers nachträglich und eigenständig neben das des Vertragshändlers, kommt es aus Endkundensicht zu einer nachträglichen und nicht zwingend von ihm vorab beabsichtigten Doppelung der Vertragspartner auf Lieferantenseite. Schließt der Endkunde Verträge mit mehreren Lieferanten (zB neben dem Lizenzvertrag mit dem Softwarehersteller einen Pflegevertrag mit dem Drittanbieter von Softwarepflegeleistungen) kann dies bereits beim Erwerb der Software zu einem Auseinanderfallen der Vertragsparteien auf Lieferantenseite führen.<sup>207</sup> Ebenso ergeben sich im Softwarebereich Besonderheiten im Rahmen der Mängelrechte und Haftungsfragen<sup>208</sup> und bei den Auswirkungen einer Unterbrechung der Lizenzkette auf den Endkundenvertrag.<sup>209</sup>

## 2. Einbeziehung von Enduser License Agreements („EULA“) des Vertragshändlers

- 130 Zur Rechteinräumung an den Endkunden bedienen sich sowohl Softwarehersteller als auch deren Vertriebspartner regelmäßig standardisierter Verträge, sog. **Enduser License Agreements** (kurz „EULA“).
- 131 Benutzt ein Vertragshändler solche EULA und räumt den Endkunden im eigenen Namen auf eigene Rechnung die Nutzungsrechte an der Software ein, droht die Gefahr, dass der Umfang der Rechte, die dem Vertragshändler von dem Softwarehersteller eingeräumt wurden von dem Umfang der Rechte abweicht, die der Vertragshändler im EULA den Endkunden einräumt (so genannte **back-to-back Absicherung**). Überschreitet der Vertragshändler den Umfang der ihm eingeräumten Nutzungsrechte im EULA und räumt der Hersteller dem Endkunden nicht parallel selber Rechte an der Software ein, kann es dazu kommen, dass der Endkunde die Urheberrechte des Softwareherstellers bewusst oder unbebewusst verletzt, da es im Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Nutzungsrechten gibt.<sup>210</sup> Damit besteht die Gefahr, dass der Endkunde vom Softwarehersteller wegen einer Urheberrechtsverletzung in Anspruch genommen wird und dann den Vertragshändler in **Regress** nimmt. Aus diesem Grund ist bei der Ausgestaltung des regelmäßig später verfassten EULA des Vertragshändlers besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die relevanten Bedingungen des Vertragshändlervertrags eins-zu-eins an den Endkunden weitergegeben werden und somit eine **Kongruenz der Verträge** besteht.

## 3. Vertragsschluss und Einbeziehung des EULA des Herstellers bei Shrinkwrap- und Clickwrap-Agreements

- 132 In der Praxis wird daneben regelmäßig versucht, zusätzlich zu dem bereits zwischen dem Endkunden und dem Vertragshändler bestehenden Vertragsverhältnis mittels eines so genannten **Clickwrap-** (Vertragsschluss durch Drücken der Entertaste oder Anklicken des ZustimmungsbUTTONS) oder **Shrinkwrap-** (Vertragsschluss durch Aufreißen der Schutzhülle, „**Schutzhüllenverträge**“) **Agreements** eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Endkunde und Softwarehersteller zu begründen und so zB auch das **EULA des Softwareherstellers** direkt mit dem Endkunden zu vereinbaren.<sup>211</sup> Inhalt dieser neben den Vertrag zwischen dem Kunden und dem Vertragshändler tretenden vertraglichen Beziehung zwischen dem Kunden

<sup>205</sup> → Rn. 128 ff.

<sup>206</sup> → Rn. 133 ff.

<sup>207</sup> → Rn. 141 ff.

<sup>208</sup> → Rn. 160 ff.

<sup>209</sup> → Rn. 176 ff.

<sup>210</sup> So allgemeine Meinung, vgl. nur Wandtke/Bullinger/Wandtke UrhG § 44 Rn. 3; Schricke/Schricke Vor § 28 Rn. 63; Dreier/Schulze/Schulze § 31 Rn. 24 jeweils mwN; BGH 12.2.1952 – I ZR 115/51, BGHZ 5, 116 (119) – Parkstraße 13; BGH 21.11.1958 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 200 (203) – Der Heiligenhof; BGH 3.3.1959 – I ZR 17/58, GRUR 1959, 335 (336) – Wenn wir alle Engel wären; BGH 26.3.2009 – I ZR 153/06, MMR 2009, 838 – Reifen Progressiv; BGH 3.2.2011 – I ZR 129/08, MMR 2011, 305 – UsedSoft I mAnm Heydn = juris PR-ITR 8/2011 mAnm Wiesemann.

<sup>211</sup> Vgl. hierzu Contreras/Slade CRI 2000, 104; Karger ITRB 2003, 134 und ders. ITRB 2004, 110; Lejeune ITRB 2001, 263. Vgl. hierzu auch → § 17 Rn. 1 ff. Besonderheiten in IT-Verträgen mit Verbrauchern (Hard- und Software, Cloud).

und dem Hersteller sollen neben der Lizenz zumeist Nutzungsbeschränkungen und Gewährleistungsausschlüsse sein. Deshalb sind diese Verträge für den Kunden meist nachteilig.

Bei den Shrinkwrap- und den Clickwrap-Agreements, die den Endkunden erst nach dem Vertragsschluss mit dem Vertriebsmittler zur Verfügung gestellt werden,<sup>212</sup> ist zudem **problematisch**, ob diese Gestaltungen überhaupt zu einem **Vertragsschluss** zwischen dem Kunden und dem Hersteller führen können, und wenn ja, welchen Inhalt die zu schließenden Verträge haben. Um in den Fällen der Clickwrap- bzw. Shrinkwrap-Agreements überhaupt zu einem Vertragsschluss zu kommen, wird argumentiert, dass der Hersteller jeweils gemäß § 151 S. 1 BGB auf den Zugang der Annahmeerklärung des Kunden verzichtet, die dieser durch schlüssiges Verhalten, nämlich das Anklicken des entsprechenden Buttons bzw. durch das Aufreißen der Verpackung erklärt.

Zunächst kann schlüssiges Handeln aber nur dann eine Vertragsannahme begründen, wenn dem Handelnden bewusst ist, dass die fragliche Handlung auf den Willen, sich vertraglich zu binden, schließen lässt bzw. der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben das Verhalten als Willenserklärung deuten durfte.<sup>213</sup> Ein entsprechendes Bewusstsein kann vorliegend zwar durch einen Hinweis auf der Verpackung bzw. auf dem Bildschirm erreicht werden. Erforderlich ist aber zugleich, dass die vorgenommene Handlung aus Sicht des Erklärungsempfängers nach Treu und Glauben den Charakter einer schlüssigen Handlung hat. Dies wird durch die Verkehrssitte bestimmt. Nach Abschluss des Rechtsgeschäfts zwischen dem Kunden und dem Vertragshändler kann der Kunde aber davon ausgehen, dass dieses Rechtsgeschäft damit auch tatsächlich abschließend geregelt ist. Damit kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass vor allem durch Aufreißen der Verpackung ein schlüssiges Verhalten vorliegt, mit dem eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Endkunden zum Abschluss eines solchen Clickwrap- bzw. Shrinkwrap-Agreements abgegeben werden soll.

Zusätzlich bedarf es für den Abschluss eines Vertrags nach § 151 BGB, dass der Antragende auf den Zugang der Annahmeerklärung ausdrücklich verzichtet hat bzw. nach der Verkehrssitte hierauf verzichtet werden kann. Auch an einer solchen **Verkehrssitte** fehlt es bis heute.<sup>214</sup>

Erforderlich ist daher, dass das Vertrauen des Kunden, mit der Software auch Nutzungsrechte daran erworben zu haben, zerstört wird bzw. gar nicht erst entsteht und der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben das Verhalten als Willenserklärung deuten durfte. Diese Wirkung kann nur erzielt werden, indem der Kunde vor Abschluss des Kaufvertrags darüber informiert wird, einen zweiten Vertrag mit dem Hersteller der Software abschließen zu müssen. An die Form eines solchen informatorischen Hinweises sind strenge Anforderungen zu stellen. Es genügt weder ein Aushang im Geschäft des Vertragshändlers,<sup>215</sup> noch ein Aufkleber oder Aufdruck auf der Softwareverpackung.<sup>216</sup> Es bedarf vielmehr eines drucktechnisch herausgehobenen Hinweises in den AGB des Vertragshändlers, der allerdings nur dann ausreichen soll, wenn er sich in unmittelbarer Nähe der Unterschriftenzeile befindet. Überdies sollen weitere drucktechnisch herausgehobene Hinweise in demselben Formular unzulässig sein.

#### 4. Vertragsschluss bei Online-Registrierung

In der Praxis sehr häufig anzutreffen ist daneben eine Vertragsgestaltung, bei der sich der Endkunde zur Herstellung eines direkten vertraglichen Kontakts mittels einer **Online-Registrierung** beim Softwarehersteller registrieren kann oder sogar muss, wenn er die Soft-

<sup>212</sup> Zur Wirksamkeit von Clickwrap-Verträgen beim reinen Verweis auf den Vertrag im Rahmen eines Onlinebestellprozesses vgl. EuGH 21.5.2015 – C 322/14 – El Madjoub, MMR 2015, 515.

<sup>213</sup> Grüneberg/Ellenberger BGB vor § 116 Rn. 2/3.

<sup>214</sup> Marly Softwareüberlassungsverträge Rn. 471; ders., Praxishandbuch Softwarerecht, S. 431; Lejeune ITRB 2014, 234 (237), im Ergebnis auch Witzel ITRB 2016, 235 (236).

<sup>215</sup> Vgl. Lehmann/Schmidt Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 715 Rn. 19.

<sup>216</sup> Marly Softwareüberlassungsverträge Rn. 475; ders., Praxishandbuch Softwarerecht, S. 435.

ware vertragsgemäß nutzen bzw. zusätzliche Serviceleistungen in Anspruch nehmen will.<sup>217</sup> Hier kommt durch das Ausfüllen und Absenden der Registrierung – ggf. zusätzlich – ein Vertrag zwischen dem Endkunden und dem Hersteller zustande.

- 138 Die Registrierung des Kunden ist bei einer solchen Online-Registrierung Voraussetzung für eine umfängliche Nutzung der Software durch den Endkunden. Zur **tatsächlichen Durchsetzung dieser Registrierungspflicht** kommt technisch etwa eine Sperre der Speicher- und Druckfunktionen des Programms in Betracht, ggf. auch erst nach Ablauf einer sog. „Grace Period“, wenn der Kunde keine Registrierung vornimmt.<sup>218</sup>
- 139 Im Hinblick auf diese Registrierungsverträge stellt sich die bei Clickwrap- bzw. Shrinkwrap-Agreements relevante **Frage der Einbeziehung** weniger dringlich, da dem Kunden weder ein Vertragsschluss durch Vornahme eines bloßen Realakts (etwa Öffnen der Verpackung oder Drücken der Enter-Taste auf dem Computer bzw. Anklicken eines Zustimmungsbuttons) noch die Zustimmung zu ihm unbekanntem AGB-Klauseln abverlangt wird.
- 140 Bezüglich des Erfordernisses eines **Hinweises** auf das Erfordernis des Abschlusses eines **zweiten Vertrags** ist § 305c Abs. 1 BGB zu beachten. Bereits der verkaufende Vertragshändler muss also den Kunden darüber informieren, dass er, um die gekaufte Software nutzen zu können, einen weiteren Vertrag mit dem Hersteller abschließen muss. Eine entsprechende Pflicht sollte in dem Vertragshändlervertrag niedergelegt und durch eine Freistellungsverpflichtung gegenüber Ansprüchen des Endkunden gegen den Softwarehersteller für den Fall, dass der Vertragshändler hiergegen verstößt, abgesichert werden.

**Formulierungsvorschlag:**<sup>219</sup>

- 141 Der Vertragshändler ist verpflichtet, den Endkunden vor Vertragsschluss darauf hinzuweisen, dass der Endkunde zur vertragsgemäßen Nutzung der Software die unter www... abrufbaren weiteren Bedingungen des Herstellers akzeptieren muss. Sofern der Kunde hierzu nicht bereit ist, hat der Vertragshändler die ungeöffnete Software gemäß seinen Rückgabebestimmungen zurückzunehmen. Verstößt der Vertragshändler schuldhaft gegen seine Hinweispflicht aus diesem Absatz, stellt er den Hersteller von allen hieraus resultierenden Ansprüchen des Endkunden frei.
- 142 In Anbetracht der eingangs geschilderten tatsächlichen Möglichkeiten des Herstellers, die Nutzungsmöglichkeiten des Kunden an der Software einzuschränken und von einer Registrierung abhängig zu machen, stellt sich die Frage, ob der Kunde **Mängelgewährleistungsansprüche** geltend machen kann, wenn er die Registrierung nicht vornehmen möchte.
- 143 Hier ist danach zu differenzieren, ob der Kunde bei Vertragsschluss **Kenntnis von der Nutzungsbeschränkung** hatte. Dies folgt aus § 442 BGB. Danach sind Mängelrechte des Käufers ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt. Der relevante Mangel ist vorliegend die vom Hersteller eingefügte Sperre. Anspruchsgegner wäre der Vertragshändler als Vertragspartner des Kunden.
- 144 Es liegt daher im Interesse des Vertragshändlers, **auf bestehende Nutzungseinschränkungen** bzw. Sperren der Software vor bzw. ohne die Vornahme einer Registrierung beim Hersteller **hinzuweisen**. Zu einem Ausschluss der Mängelrechte des Käufers nach § 442 BGB führt, dass dem Kunden eindeutig erkennbar gemacht wird, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zeitpunkt die Funktionssperre der Software eintritt.<sup>220</sup> Eine solche Erkennbarkeit kann durch Aufdrucke bzw. Aufkleber auf der Verpackung erreicht werden. Ansonsten stehen dem Kunden in den geschilderten Fällen die Mängelrechte des § 437 Nr. 1–3 BGB bzw. § 327i Nr. 1–3 BGB zu.

<sup>217</sup> Vgl. Koch CR 2002, 629; Marly Softwareüberlassungsverträge Rn. 459. Zu diesem Modell im Spielebereich vgl. BGH 11.2.2010 I ZR 178/08, MMR 2010, 771 – Half life 2; BGH 6.10.2016 – IZR 25/15, MMR 2017, 171 (172) – World of Warcraft I.

<sup>218</sup> Vgl. Koch CR 2002, 629.

<sup>219</sup> Vgl. zum Hinweistext auf Verpackungen BGH 11.2.2010 – I ZR 178/08, MMR 2010, 771 – Half life 2.

<sup>220</sup> Koch CR 2002, 629 (633).

**Praxistipp:**

Muss der Kunde nach Abschluss des Softwarelizenzvertrags noch zusätzliche Handlungen vornehmen, um die Software im vertraglich vereinbarten Umfang nutzen zu können, so ist der Kunde hierauf vor Vertragsschluss hinzuweisen.

**5. Auseinanderfallen der Vertragsparteien auf Lieferantenseite**

Neben den Fällen, in denen das EULA des Herstellers nachträglich und eigenständig neben das des Vertragshändlers tritt und es aus Endkundensicht zu einer nachträglichen und nicht zwingend von ihm vorab beabsichtigten Doppelung der Vertragsparteien auf Lieferantenseite kommt, kann der Endkunde auch bereits beim Erwerb der Software Verträge mit mehreren Lieferanten abschließen oder sich während der Vertragslaufzeit gezielt für eine Aufspaltung der Bezugsquellen entscheiden. Kommt es auf diese Weise zu einem **Auseinanderfallen der Vertragsparteien**, bedarf es besonderer Regelungen mit dem Endkunden. 145

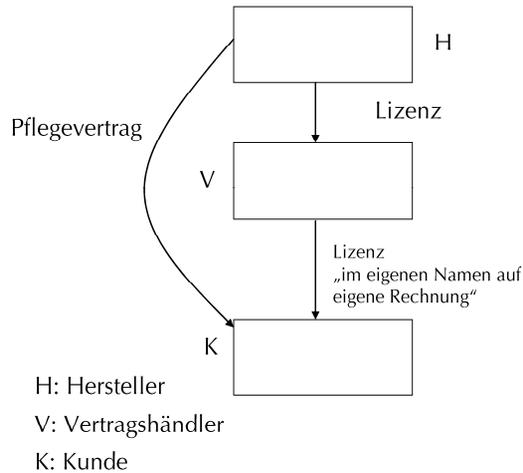
Dies kann – wie eingangs dargestellt – der Fall sein, wenn mehrere Softwarehersteller ihre **Software gemeinsam an den Endkunden vertreiben** und beide dem Endkunden entsprechende Rechte einräumen müssen. Es kann aber auch dann der Fall sein, wenn der Softwarehersteller dem Endkunden in einem Handelsvertreter-Modell die **Rechte an der Software direkt einräumt, die Pflege der Software aber durch einen Dritten**, zB den Handelsvertreter, erfolgt. 146  
Ebenso ist aber auch der umgekehrte Fall in einem Vertragshändler-Modell denkbar: In dieser Konstellation ist es der Vertragshändler, mit dem sich der Endkunde über die Rechteeinräumung einigt und es ist der Softwarehersteller, der die Pflegeleistungen erbringt. Diese Situationen können auch in bereits bestehenden Vertragsverhältnissen auftauchen, wenn sich der Endkunde entschließt, die Rechteeinräumung und die Pflegeleistungen nicht mehr aus einer Hand zu beziehen. Schließlich sind am Markt Vertriebsmodelle etabliert, bei denen der Vertriebsmittler nur einen Aktivierungsschlüssel für die Software vertreibt, der Endkunde die Software und weitere damit im Zusammenhang stehende Pflegeleistungen dann aber vom Hersteller bezieht. Sofern dem Endkunden unterschiedliche Leistungen von verschiedenen Vertragspartnern angeboten werden, kann von einem „**gesplitteten Modell**“ gesprochen werden.

**Praxistipp:**

Gerade bei dem Auseinanderfallen der Vertragsparteien kommt es auf eine klare Vertragsgestaltung, insbesondere eine Koppelung der Verträge und eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche an.

a) **Vertragshändler: Auseinanderfallen von Lizenz- und Pflegevertrag.** Im Grundfall eines gesplitteten Modells im Vertragshandel räumt der Vertragshändler die Rechte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ein. Einen Pflegevertrag bietet der Händler – etwa mangels Vorliegens des Quellcodes mit Bearbeitungsrechten – nicht an. Diesen kann – so die Grundvariante – der Kunde direkt mit dem Hersteller abschließen. 147

**Modell: Gesplittetes Modell – Grundfall Vertragshändler**



- 148 **Exkurs: Abzugrenzen** von diesen Fällen sind die Fälle, in denen zwar der Hersteller die Pflegeleistung tatsächlich erbringt, der Vertragshändler aber weiterhin Vertragspartner des Kunden für die Pflegeleistungen ist. In diesen Fällen kommt es gerade **nicht zu einem Auseinanderfallen von Lizenz- und Pflegevertrag**. Da die Pflegeleistungen de facto vom Hersteller erbracht werden versuchen Reseller in der Praxis dennoch häufig, den Kunden mit allen Ansprüchen direkt an den Hersteller zu verweisen. Sofern der Vertragshändler allerdings nicht etwaige Ansprüche aus seinem Vertrag mit dem Hersteller an den Kunden abtritt, wäre eine solche Vereinbarung zwischen Reseller und Kunde ein **unzulässiger Vertrag zu Lasten** des nicht am Vertrag beteiligten Herstellers als **Dritter**. Insofern müssen Ansprüche des Kunden aus dem Pflegevertrag mit dem Reseller auch gegen diesen geltend gemacht werden. Gleiches gilt für etwaige Auftragsverarbeitungsvereinbarungen: da vertraglicher Leistungserbringer der Reseller ist (der sich ggf. des Herstellers als Unterauftragnehmer bedient) sind solche **Vereinbarungen in der Kette zwischen Kunde-Reseller-Hersteller** und nicht direkt zwischen Kunde und Hersteller abzuschließen.
- 149 Kommt es wie im vorstehenden Schaubild dargestellt zu einem echten Auseinanderfallen der Vertragsparteien des Lizenz- und des Pflegevertrages, sollten die **beiden Verträge verklammert** werden: dies kann dadurch erfolgen, dass der Vertrag zwischen Hersteller und Reseller die Verpflichtung auf Abschluss des Pflegevertrags zwischen Kunde und Hersteller – möglicherweise in Form eines echten Vertrags **zugunsten Dritter** gemäß § 328 BGB – enthält.<sup>221</sup>
- 150 Als weitere Variante kommt in Betracht, dass die Lizenz zwischen Vertragshändler und Kunde unter der **aufschiebenden Bedingung des Abschlusses eines Pflegevertrags** zwischen Hersteller und Kunde steht. Jedes Auseinanderlaufen dieser beiden Vertragsbeziehungen birgt Nachteile für den Kunden und in der Folge juristischen „Sprengstoff“.
- 151 Dieser kann durch eine enge **Koppelung der Verträge** entschärft werden. Von besonderem Interesse sind dabei die Regelungen
- zu Mängeln,
  - zur Zahlung,
  - zur vorzeitigen Vertragsbeendigung sowie
  - zur regulären Beendigung oder
  - Verlängerung
- der beiden Verträge. Hier sollte bei der Gestaltung der Verträge mit den Endkunden darauf geachtet werden, dass entweder absolut übereinstimmende Regelungen verwendet oder dass die Regelungen aneinandergekoppelt werden, so dass beispielsweise die Beendigung des Li-

<sup>221</sup> In AGB stellt sich die Frage, ob derartige Klauseln nicht als überraschend iSd § 305c Abs. 1 BGB oder jedenfalls als unklar iSd Abs. 2 zu qualifizieren wären.

zenzvertrags automatisch oder nach Wahl des Kunden zur gleichzeitigen Beendigung des Pflegevertrags führt.

**Formulierungsvorschlag:**

- Endet der Lizenzvertrag, so endet der Pflegevertrag automatisch mit Wirkung zum selben Zeitpunkt, ohne dass es einer gesonderten Erklärung der Parteien bedarf.
- Wird der Pflegevertrag beendet, so hat der Kunde das Wahlrecht, ob er sich an den Lizenzvertrag weiter gebunden halten will. Dieses Wahlrecht ist durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Lizenzgeber innerhalb einer Frist von zehn Werktagen (Montag bis Freitag mit Ausnahme bundeseinheitlicher Feiertage) ab dem Tage auszuüben, an dem der Pflegevertrag endet. Macht der Kunde von diesem Wahlrecht keinen Gebrauch, so läuft der Lizenzvertrag weiter.

152

Ebenso kann die Vergütungspflicht eines Lizenzvertrags an den Fertigstellungsgrad/die Nutzbarkeit des unter einem Pflegevertrag beauftragten Customizings gekoppelt und ggf., bei Nichtfertigstellung innerhalb gewisser Fristen, ein in allen Verträgen geltendes Rücktritts- oder Kündigungsrecht vereinbart werden.

153

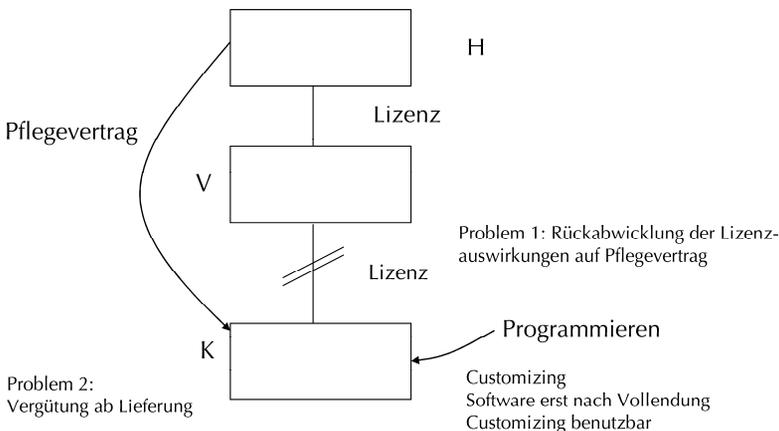
**Formulierungsvorschlag:**

Beim vollständigen Erreichen eines jeden nach Ziffer . . . . . des Pflegevertrags vorgesehenen Meilensteins zum Customizing erhöht sich der monatliche Lizenzbetrag für die Zukunft um einen Betrag von EUR . . . . . bis zu dem vereinbarten monatlichen Endlizenzbetrag von EUR . . . . .  
Erfolgt keine vollständige Fertigstellung des Customizing in dem in diesem Vertrag vorgesehenen Umfang bis zum . . . . ., so hat der Auftraggeber das Recht, nicht jedoch die Pflicht, den Pflege- und/oder den Lizenzvertrag innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab dem . . . . . zu kündigen.

154

**b) Vertragshändler: Wesentliche Problemstellungen bei fehlender Vertragskoppelung**

155



Fehlt es an der vorgeschlagenen **Vertragskoppelung**, so stellt sich zum Beispiel schon dann ein Problem, wenn der Lizenzvertrag infolge Mangelhaftigkeit vom Kunden **rückabgewickelt** wird. Hier ist zu fragen, ob sich diese Rückabwicklung auch auf den Pflegevertrag erstreckt. Dies ist auf den ersten Blick grundsätzlich zu verneinen, da die schuldrechtlichen Verpflichtungen jeweils nur diejenigen binden, die den Vertrag abgeschlossen haben. Damit ist der Pflegevertrag zwischen Hersteller und Kunde getrennt vom (rückabgewickelten) Lizenzvertrag zwischen Vertragshändler und Kunde zu betrachten.

156

- 157 Eine missliche Konsequenz besteht für den Kunden weiter dann, wenn er das lizenzierte Programm selbst in der Standardfassung nicht verwenden kann, sondern separat ein umfangreiches **Customizing** in Auftrag gibt. Für den Fall, dass die Software erst nach Vollendung des Customizing in zB 24 Monaten benutzbar ist, stellt sich auch hier die Frage, ob die Pflegegebühren bereits ab Lieferung der Standardsoftware zu vergüten sind, wie es zB regelmäßig in Pflegeverträgen formuliert ist. Auch hier gilt die Relativität der schuldrechtlichen Verpflichtungen, die möglichst durch eine kundenorientierte Vertragsgestaltung durchbrochen werden sollte. Andernfalls käme eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht (§ 313 Abs. 1 BGB). Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, in welchem Maße die Partei, die sich auf die Störung des Pflegevertrags berufen will, für diese Störung selber verantwortlich gemacht werden kann.
- 158 Fehlt eine Koppelung von Pflege und Lizenz, kann sich die **Nichtigkeit** auch des Pflegevertrags aus § 139 BGB ergeben.<sup>222</sup> Demnach würde der Pflegevertrag vorliegend auch als nichtig anzusehen sein, wenn der Lizenzvertrag nichtig wäre und davon auszugehen ist, dass der Pflegevertrag allein nicht abgeschlossen worden wäre. Die Norm setzt also ein einheitliches Rechtsgeschäft voraus, wobei in erster Linie der Parteiwille zur Zeit des Vertragschlusses maßgeblich ist.<sup>223</sup> Lässt sich ein solcher nicht feststellen, weil die Parteien die Einheitlichkeit schlicht nicht bedacht haben, ist der objektive Sinnzusammenhang der Geschäfte zu untersuchen. Die Geschäfte müssen, wenn auch äußerlich getrennt, innerlich derart miteinander verflochten sein, dass sie nur miteinander eine sinnvolle Regelung bilden.<sup>224</sup> Dies könnte etwa bei einem Pflegevertrag anzunehmen sein, der ohne zugehörige Lizenz keinen Sinn macht und noch dazu aufgrund der Regelungen des Lizenzvertrags verpflichtend abgeschlossen werden musste. Die Verschiedenheit der Personen und Vertragstypen hindert im Übrigen die Annahme einer Einheit nicht.<sup>225</sup> Es ist also unschädlich, dass der Kunde einerseits mit dem Vertragshändler, andererseits mit dem Hersteller kontrahiert.
- 159 c) **Handelsvertreter: Einbindung in Softwareentwicklung.** Auch im Handelsvertretermodell kann es durch das Auseinanderfallen der Vertragsparteien zu einer Vielfalt von Problemen kommen. So treten regelmäßig dann Probleme auf, wenn der Handelsvertreter selbst bei der Weiterentwicklung der Software mitwirkt und insoweit ebenfalls Rechte an der aktuellen beim Endkunden eingesetzten Version der Software oder an abtrennbaren Teilen hiervon erwirbt.
- 160 Zwischen Hersteller und Handelsvertreter entsteht damit insoweit ein kooperationsähnliches Verhältnis. In dem Handelsvertretervertrag sollte genau geregelt werden, welche Eingriffe zur Weiterentwicklung von dem dem Handelsvertreter einzuräumenden Bearbeitungsrecht umfasst sind. Ebenso sollte insbesondere bestimmt werden, (i) welche Schnittstelleninformationen (ii) in welchem Umfang offen zu legen sind und (iii) – für den Fall, dass von einer Miturheberschaft an der Software auszugehen ist – in welchem Umfang eine Verwertung durch einen der beteiligten Urheber alleine vorgenommen werden kann.
- 161 Aus Sicht des Kunden kann sich ergeben, dass er zur Sicherheit von beiden Parteien (Hersteller und Handelsvertreter) Lizenzrechte eingeräumt bekommt, die dann ebenfalls gleichlaufend konzipiert sein sollten.

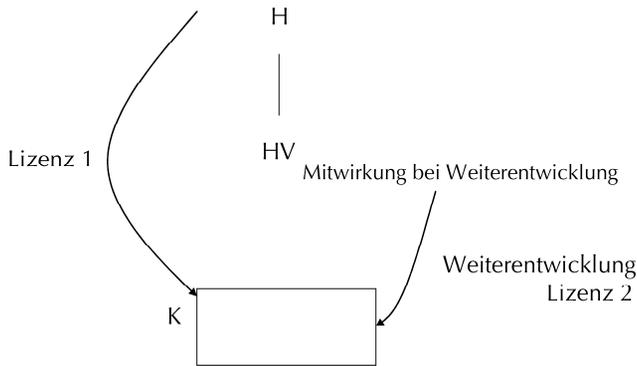
### Gesplittetes Modell – Handelsvertreter

<sup>222</sup> Schuster/Grützmacher/Vogel HGB § 84 Rn. 23.

<sup>223</sup> Staudinger/Roth BGB § 139 Rn. 37.

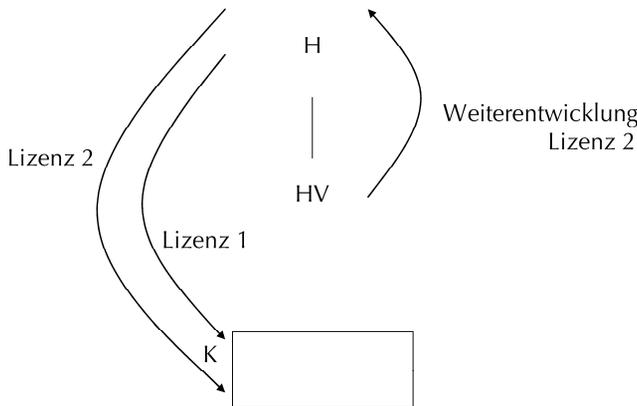
<sup>224</sup> Staudinger/Roth BGB § 139 Rn. 45.

<sup>225</sup> Staudinger/Roth BGB § 139 Rn. 42 f.



Um Unsicherheiten aus der Sicht des Kunden zu vermeiden, ist es aus seiner Sicht vorzugswürdig, auf einer „one-stop“-Strategie dh auf einem einzigen Vertragspartner zu bestehen. Dabei sollte sich dieser Vertragspartner (in der Regel der Softwarehersteller) dazu verpflichten – ggf. durch Abgabe einer Rechtsgarantie oder einer üblichen Klausel zu Rechten Dritter –, dass er dem Kunden sämtliche erforderlichen Rechte an der überlassenen Version der Software einräumen kann. Damit ist es an dem Softwarehersteller, im Wege einer Rechteeinräumung die Rechtslage mit seinem Handelsvertreter zu klären und dem Kunden im Wege einer Sublizenz die entsprechenden Rechte zu gewähren. Durch eine solche Regelung wird das Risiko, das ein Auseinanderfallen der Vertragsparteien birgt, auf den Softwarehersteller gebündelt.<sup>226</sup> 162

**Modell Sublizenz – Handelsvertreter**



d) **Sonderfall: Vertrieb von Aktivierungsschlüsseln.** In den letzten Jahren hat sich daneben ein Geschäftsmodell entwickelt, bei dem der Endkunde die Software kostenfrei vom Hersteller unter Akzeptanz des EULA des Herstellers herunterlädt. Zur Möglichkeit der tatsächlichen Nutzung der Software ist aber ein – ggf. zeitlich nur begrenzt wirksamer – **Aktivierungsschlüssel** erforderlich, den in diesem Geschäftsmodell wiederum ein Vertriebsmittler für den Hersteller kostenpflichtig und unter separaten Geschäftsbedingungen an den Endkunden vertreibt. Dieses Modell hat für den Hersteller den Vorteil, dass er zwar selber Vertragspartner des Endkunden wird und damit auch Kontrolle über die (wirksame Einbeziehung des) EULA hat. Der Einzug der Lizenzvergütung (insbesondere im internationalen Bereich) ist dem Vertriebsmittler überlassen. Dabei ist der Vertrieb von Software, die erst 163

<sup>226</sup> Zu Formulierungsvorschlägen → § 16 Rn. 1 ff. Standardklauseln im Geschäftsverkehr (B2B).

nach Zuweisung einer individuellen Kennung genutzt werden kann, grundsätzlich zulässig.<sup>227</sup> Da **Aktivierungsschlüssel als solche allerdings keine Lizenz** darstellen, die zur Nutzung der Software berechtigen, sondern nur ein **technisches Mittel zu deren Aktivierung** sind,<sup>228</sup> vertreibt der Mittler in einem solchen Fall streng genommen nicht die Software, sondern nimmt letztlich nur die Zahlungsabwicklung für den Hersteller wahr. Die Rechteeinräumung an der Software hat vollständig in dem EULA des Herstellers zu erfolgen. Dabei ist aus AGB-rechtlicher Sicht insbesondere darauf zu achten, dass in dem EULA des Herstellers das genaue Lizenzmodell transparent für den Endkunden beschrieben ist. Das EULA des Herstellers sollte keine Widersprüche zu den Vertragsbedingungen des Anbieters der Aktivierungsschlüssel enthalten. Stattdessen sollte insbesondere aus Kundensicht die Wirksamkeit der beiden Verträge aneinander gekoppelt werden. Auch sollte vertraglich vereinbart werden, dass Einreden aus dem Vertrag mit dem Hersteller gegenüber dem Vertriebsmittler geltend gemacht werden können. Selbst wenn das EULA keine konkrete Zahlungspflicht enthält und damit ggf. als Schenkung gem. §§ 516 ff. BGB einzuordnen wäre (was eine AGB-rechtlich weitergehende Einschränkungen der Haftung und der Gewährleistung zulassen würde), sollten diese mit Blick auf eine etwaige Einheitlichkeit der Geschäfte unterbleiben.

- 164 e) **Sonderfall: Vertrieb von SaaS Produkten.** Je nach Ausgestaltung wird bei SaaS-Produkten nicht die Software selbst, sondern nur der Zugang zu einem auf der Software basierendem Service vertrieben.<sup>229</sup> Diesen erbringt regelmäßig der Hersteller. Zwar sind insofern Vertragshändler-Konstellationen denkbar, bei denen der Vertragshändler als Vertragspartner des Kunden den Hersteller als Subdienstleister (basierend auf den durchgereichten Standard-AGB des Herstellers) einsetzt. Häufiger wird aber in diesen Fällen ein Handelsvertretermodell gewählt. Dies gilt insbesondere, da der Kunde bei der Anmeldung und Nutzung der SaaS Produkte direkt mit dem Hersteller interagiert. Sofern der Kunde zur Nutzung der SaaS Produkte seinerseits Software installieren muss (zB lokale Client oder Browser-Extensions), müssen ihm hieran die entsprechenden urheberrechtlichen Nutzungsrechte eingeräumt werden.

**Praxistipp:**

Erfordert die Nutzung eines SaaS Produkts die Installation von Software beim Kunden, ist bei der Nutzungsrechtseinräumung darauf zu achten, dass das eingeräumte Vervielfältigungsrecht auf diesen Teil der Software beschränkt wird und nicht die gesamte dem SaaS Produkt zugrundeliegende Software umfasst.

## 6. Mängelrechte und Haftungsfragen

- 165 a) **Allgemeine Differenzierung zwischen Handelsvertretern und Vertragshändlern.** Für die Beurteilung der „Gewährleistung“ (Mängelhaftung des Händlers oder Herstellers bzw. Mängelrechte des Kunden) ist wiederum abzugrenzen zwischen Vertragshändlern und Handelsvertretern.
- 166 Haben **Vertragshändler** in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber Unternehmern gehandelt, sind die Vorschriften der §§ 445a und 445b BGB über den **Verkäuferregress** für den Vertragshändler von zentraler Bedeutung. Gegenüber **Verbraucher-Kunden** ist zu **unterscheiden**: ist die Software **digitales Element einer Ware** gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB, gelten §§ 445a und 445b BGB iVm § 478 BGB. Wird die Software als ‚gesondertes‘ **digitales Produkt** gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB an Verbraucher-Kunden vertrieben, gelten die Sonderregelung für digitale Produkte in § 327u BGB).

<sup>227</sup> BGH 11.2.2010 – I ZR 178/08, MMR 2010, 771 – Half life 2.

<sup>228</sup> OLG München 1.6.2017 – 29 U 2554/16, GRUR 2017, 1034 (1037); OLG Frankfurt a. M. 17.11.2016 – 6 U 167/16, MMR 2017, (263); Merk/Schneider MMR-Beil. 2019, 12 (13).

<sup>229</sup> Zu vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl. Heydn MMR 2020, 435.

Nach §§ 445a und 445b BGB (bzw. § 327u BGB bei digitalen Produkten im B2C-Bereich) werden **besondere Regelungen** aufgestellt, die den **Regress** des Vertragshändlers gegenüber dem **Hersteller der Software** betreffen. Denn der Hersteller verlagert die Gewährleistung auf den Vertragshändler, muss also vom Vertragshändler wiederum in Anspruch genommen werden können, wenn dieser im Verhältnis zu Endkunden wegen mangelhafter Software gewährleistungsbedingten Zusatzaufwand zu tragen hat.<sup>230, 231</sup> Beim Softwarevertrieb ist diese Gewährleistung dem Vertragshändler allerdings grundsätzlich nur insoweit möglich, als er aufgrund einer Zugriffsmöglichkeit auf den Quellcode überhaupt in der Lage ist, selbst Mängelbeseitigungen an der Software vorzunehmen. Meist nämlich wird der Vertragshändler zumindest im B2B-Bereich stattdessen durch den Hersteller vertraglich verpflichtet sein, im Namen des Herstellers mit den Kunden Pflegeverträge abzuschließen, die auch eine Gewährleistung durch den Hersteller für die Pflegeleistung selbst mit sich bringen. Theoretisch besteht daneben aber weiterhin der Gewährleistungsanspruch des Kunden gegen den Vertragshändler, der diesen faktisch nur unter Einschaltung des Herstellers erfüllen kann, sofern Nacherfüllung geschuldet wird.

Hat hingegen ein **Handelsvertreter** im Namen und für Rechnung des Herstellers gehandelt, so bleiben die Bestimmungen der §§ 445a und 445b BGB (bzw. § 327u BGB bei digitalen Produkten im B2C-Bereich) im Verhältnis des Handelsvertreters zum Hersteller außer Betracht. Stattdessen sind die Gewährleistungsfragen in diesem Fall ausschließlich direkt zwischen dem Hersteller und den Kunden gem. §§ 434 ff. BGB (bzw. gem. §§ 327 ff. BGB bei digitalen Produkten im B2C-Bereich)<sup>232</sup> zu klären.

**b) Rechtslage beim Verkäuferregress des Vertragshändlers (insbesondere bei Verbraucher-Kunden).** Für die Fälle des Regresses ist mit der Änderung des BGB zum 1.1.2022 zu unterscheiden, ob am Ende der Kette ein Verbraucher-Kunde steht und ob die Software als ‚gesondertes‘ digitales Produkt oder als digitales Element einer Ware an Verbraucher-Kunden vertrieben wird. Dem Vertragshändler steht im B2B-Bereich und bei Waren mit digitalen Elementen im B2C-Bereich in § 445a Abs. 1 BGB (bzw. in § 327u BGB bei digitalen Produkten im B2C-Bereich) ein **selbständiger Regressanspruch** zur Verfügung.<sup>233</sup> Nach § 445 Abs. 1 BGB kann der Vertragshändler beim Verkauf einer neu hergestellten Sache vom Hersteller Ersatz der Aufwendungen verlangen, die der Vertragshändler im Verhältnis zum Kunden nach § 439 Abs. 2; Abs. 3 und Abs. 6 S. 2 BGB sowie nach § 475 Abs. 4 BGB zu tragen hatte, wenn der vom Kunden geltend gemachte Mangel bereits beim Übergang der Gefahr auf den Vertragshändler vorhanden war. Gleiches soll gelten, wenn der Mangel bei Waren mit digitalen Elementen auf einer Verletzung der Aktualisierungspflicht im B2C-Bereich nach § 475b Abs. 4 BGB beruht.<sup>234</sup> Dabei bestimmt § 445a Abs. 2 BGB als **unselbständiger Regressanspruch**<sup>235</sup> (dh nur in Verbindung mit den Ansprüchen aus § 437 BGB), dass es zur Ausübung der in § 437 Nr. 1–3 BGB bezeichneten Rechte<sup>236</sup> des Vertragshändlers gegen den Hersteller, der ihm die Sache verkauft hatte, wegen dem vom Kunden geltend gemachten Mangel einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Vertragshändler die verkaufte neu hergestellte Sache als Folge ihrer Mangelhaftigkeit zurücknehmen musste oder der Kunde den Kaufpreis gemindert hat.<sup>237</sup> Nach § 445a Abs. 4 BGB bleibt § 377 HGB (Untersuchungs- und Rügepflichten) unberührt.

Ist der Kunde **Verbraucher** und wird die Software als digitales Produkt vertrieben, gilt die **Sonderregelung des § 327u BGB**. Danach besteht ein Aufwendungsersatzanspruch für An-

<sup>230</sup> Vgl. MüKoBGB/Lorenz § 478 Rn. 4.

<sup>231</sup> Zu Mängelrechten beim Softwarekauf → § 12 Rn. 1 ff. Überlassung von Software auf Dauer.

<sup>232</sup> Im Detail → § 17 Rn. 1 ff. Besonderheiten in IT-Verträgen mit Verbrauchern (Hard- und Software, Cloud).

<sup>233</sup> Zu § 445a BGB Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745 (3750).

<sup>234</sup> Lorenz NJW 2021, 2065 (2067) sowie Dubovitskaya MMR 2022, 3 (7) merken zurecht an, dass der Hersteller für eine Pflicht in Regress genommen wird, die er mangels Anwendbarkeit des § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB im B2B-Bereich gar nicht direkt hat.

<sup>235</sup> Höpfner/Fallmann NJW 2017, 3745 (3750).

<sup>236</sup> Weiterführend hierzu → § 12 Rn. 1 ff. Überlassung von Software auf Dauer.

<sup>237</sup> Zur Problematik der Nacherfüllung → Rn. 163 ff.

sprüche gem. § 327c Abs. 1 S. 1 BGB bei **unterbliebener Bereitstellung** der Software durch den Hersteller. Das Gleiche gilt wie bei § 445a Abs. 1 BGB für die nach § 327l Abs. 1 BGB vom Vertragshändler zu tragenden Aufwendungen im Falle von anfänglichen Mängeln sowie bei der Verletzung der Aktualisierungspflicht nach § 327f Abs. 1 BGB.<sup>238</sup> Von dieser Regelung kann nach § 312u Abs. 4 BGB nicht vertraglich abgewichen werden.<sup>239</sup> Nach § 327u Abs. 5 BGB bleibt § 377 HGB (Untersuchungs- und Rügepflichten) unberührt. § 327u Abs. 6 BGB stellt klar, dass die Regelung in der gesamten Vertriebskette gilt.

**Praxistipp:**

Führt diese Vertriebskette insbesondere in das außereuropäische Ausland sollte der Regress ausdrücklich vertraglich geregelt werden, da dort die auf harmonisiertem EU-Recht basierende Regelung des § 327u Abs. 6 BGB nicht gilt.<sup>240</sup>

- 171 Darüber hinaus wird nach § 327k Abs. 1 BGB **vermutet**, dass die Software als digitales Produkt bereits bei **der Bereitstellung mangelhaft war**, wenn sich **innerhalb eines Jahres** seit der Bereitstellung (bzw. bei dauerhaft bereitgestellter Software gem. § 327k Abs. 2 BGB während des Bereitstellungszeitraums) einen Sach- oder Rechtsmangel zeigt. **Ausnahmen** bestehen nach § 327k Abs. 3 BGB bei Fehlern, die aus der Sphäre des Verbrauchers resultieren (dh fehlende Kompatibilität der beim Verbraucher eingesetzten Umgebung oder fehlende Mitwirkung), sofern der Verbraucher gem. § 327k Abs. 4 BGB auf die notwendigen Anforderungen vorab hingewiesen wurde.<sup>241</sup>
- 172 Schließlich ist die besondere **Verjährungsvorschrift** des § 445b BGB für den B2B sowie den B2C-Bereich, bei dem die Software digitales Element einer Ware ist, zu beachten. Diese privilegiert den Vertragshändler insbesondere dadurch, dass nach § 445b Abs. 1 BGB die in § 445a Abs. 1 BGB bestimmten Aufwendungsersatzansprüche in zwei Jahren ab Ablieferung der Sache verjähren. Außerdem bestimmt § 445b Abs. 2 S. 1 BGB, dass die Verjährung der in den §§ 437 und 445a Abs. 1 BGB bestimmten Ansprüche des Vertragshändlers gegen den Hersteller wegen des Mangels einer an den Kunden verkauften neu hergestellten Sache frühestens zwei Monate nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Vertragshändler die Ansprüche des Verbrauchers erfüllt hat. Das Ende dieser **Ablaufhemmung nach 5 Jahren** gem. § 445b Abs. 2 S. 2 BGB aF wurde zum 1.1.2022 **gestrichen**. Bei digitalen Produkten im B2C-Bereich verjährt der Aufwendungsersatzanspruch nach § 327u Abs. 2 S. 1 BGB bereits nach 6 Monate. Allerdings beginnt die Verjährung bei einem Mängelregress gem. § 327u Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB erst, wenn der Vertragshändler die Ansprüche des Verbrauchers auf Nacherfüllung nach § 327l Abs. 1 BGB erfüllt hat.
- 173 Was sonstige Pflichtverletzungen im Verhältnis des Herstellers zum Vertragshändler anbelangt, so ist zu beachten, dass es sich bei dem Vertragshändlervertrag um einen **Geschäftsbesorgungsdienstvertrag** handelt, auf den über § 675 BGB die allgemeinen dienstvertragsrechtlichen Vorschriften der §§ 611 ff. BGB Anwendung finden.<sup>242</sup> Soweit hier keine Spezialvorschriften greifen, kommt bei Pflichtverletzungen eine Anwendung der Regelungen des **allgemeinen Schuldrechts**, insbesondere des § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.
- 174 c) **Rechtslage bei Handelsvertretern im Einzelnen.** Hier ist zunächst zu differenzieren, ob der Handelsvertreter die Software an einen **Verbraucher** oder an einen **Unternehmer** vermittelt hat. Wurde sie an einen **Verbraucher** vermittelt, muss unterschieden werden, ob die

<sup>238</sup> Im Detail → § 17 Rn. 1 ff. Besonderheiten in IT-Verträgen mit Verbrauchern.

<sup>239</sup> Ob diese Regelung, die zwar im Ergebnis § 478 Abs. 2 S. 1 BGB entspricht auf Dauer Bestand haben wird ist abzuwarten, da sie gem. BT-Drs. 19/27653, 81 über die EU-rechtlichen Vorgaben der Digitalen-Inhalte Richtlinie hinausgeht.

<sup>240</sup> Grützmaker ITRB 2021, 287 (289).

<sup>241</sup> Vgl. ausführlich → § 17 Besonderheiten in IT-Verträgen mit Verbrauchern (Hard- und Software, Cloud). Sofern die Software nur digitales Element einer Ware ist, gilt für die Vermutung des Mangels eine entsprechende Regelung in §§ 478, 477 BGB.

<sup>242</sup> Vgl. Riehm JuS Lern-CD Zivilrecht III, Rn. 40 mwN.

Software ‚nur‘ digitales Element einer Ware gem. § 327a Abs. 3 S. 1 BGB oder ein eigenständiges digitales Produkt gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB ist. Sofern das Produkt an einen Verbraucher vermittelt wurde und digitales Element einer Ware ist, finden die Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs über digitale Produkte gem. §§ 475a ff. BGB im Verhältnis zwischen Hersteller und Kunden Anwendung. Sofern die Software ein eigenständiges digitales Produkt ist, gelten die besonderen Regelungen der §§ 327 ff. BGB.<sup>243</sup>

Gegenüber **Unternehmern** gelten die **allgemeinen Regelungen** des Kauf-, AGB- und ggf. Handelsrechts. Im Rahmen des AGB-Rechts ist wegen § 310 Abs. 1 BGB lediglich die weniger strenge Angemessenheitskontrolle gem. § 307 BGB vorgesehen.<sup>244</sup> 175

Im Verhältnis von Hersteller und Handelsvertreter bleiben kaufrechtliche Mängelrecht bzgl. der Software außen vor. Die Software wird vom Handelsvertreter ja gerade nicht gekauft. 176

**d) Besonderheiten der Nacherfüllung beim Softwarevertrieb.** Beim Softwarevertrieb ist hinsichtlich der Nacherfüllung bei Standard-Software im B2B-Bereich gem. §§ 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB sowie im B2C-Bereich bei Waren mit digitalen Elementen gem. §§ 475b; 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB und bei digitalen Produkten gem. §§ 327e; 327i Nr. 1, 327l BGB zu berücksichtigen, dass es Nacherfüllung nur in Form der Lieferung einer verbesserten Version (**Release, Update**) oder Beseitigung des konkreten Mangels (durch sog. **Patches**), bei Rechtsmängeln durch nachträgliche Einräumung der fehlenden Rechte oder durch Nachlieferung einer fremde Rechte nicht mehr verletzenden Software geben kann.<sup>245</sup> In diesem Kontext praktisch bedeutsam ist auch die Mangelbeseitigung durch Umgehung des Mangels (sog. **work-around**), bei welcher der Mangel zwar weiter besteht, sich aber aufgrund anderer Bedienung oder Konfiguration der Software nicht mehr auswirken kann.<sup>246</sup> 177

Da jedoch Kunden aus Angst vor Neukonfigurationen oder Softwareinstabilität oftmals eine Nacherfüllung durch Nacharbeiten und Änderungen des bestehenden Systems ablehnen, empfiehlt sich beim Vertrieb von Software eine AGB-mäßige Festschreibung dieses Verfahrens.<sup>247</sup> 178

Darüber hinaus werden sich im Softwarebereich häufig Mängelrügen von Kunden als unberechtigt herausstellen, insbesondere bei bloßen Bedienungsfehlern. In diesem Falle ist es ratsam, die hierdurch für den Hersteller bzw. den Vertragshändler entstehenden Zusatzkosten mittels AGB auf den Kunden abzuwälzen.<sup>248</sup> 179

Im Bereich des Softwarevertriebs sei schließlich darauf hingewiesen, dass die Vertragshändler meist technisch nicht in der Lage sind, Zugriff auf die Quellcodes der Software zu nehmen,<sup>249</sup> und an deren statt die Hersteller selbst im Rahmen der mit den Kunden bestehenden Pflegeverträge die erforderlichen Nachbesserungen vornehmen. Diese Surrogation des Mängelrechts durch die Pflichten des Pflegevertrags und deren Modalitäten sind auch im Verhältnis Hersteller – Vertragshändler, also im Vertriebsvertrag, zu adressieren. 180

**e) Auswirkung der Unterbrechung der Lizenzkette auf den Endkundenvertrag.** Fraglich ist, wie sich die Unterbrechung der Rechteinräumung innerhalb der Lizenzkette (zB durch außerordentliche Kündigung des Vertragshändlervertrags durch den Softwarehersteller) auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertragshändler und seinen Kunden auswirkt. 181

<sup>243</sup> Vgl. ausführlich → § 17 Rn. 1 ff. Besonderheiten in IT-Verträgen mit Verbrauchern (Hard- und Software, Cloud).

<sup>244</sup> Vgl. zum Problem des Gewährleistungsausschlusses durch AGB insbes. Grüneberg/Grüneberg, § 309 BGB Rn. 58 ff.

<sup>245</sup> Zur genauen Ausformulierung solcher Regelungen vgl. → § 16 Rn. 1 ff. Standardklauseln im Geschäftsverkehr. Zur generellen Diskussion über eine Update-Pflicht vgl. Schrader/Engstler MMR 2018, 356.

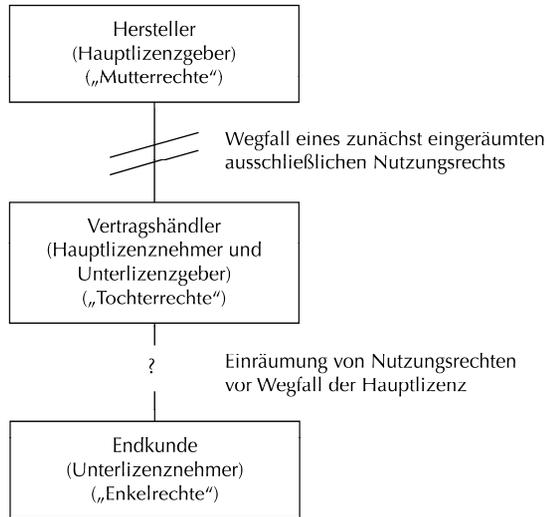
<sup>246</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Brandi-Dohrn 1.2 Rn. 148. Ausführlich hierzu → § 14 Rn. 1 ff. Softwarepflege und Support. Noch ungeklärt ist, ob die Aktualisierungspflichten nach § 327f Abs. 1 S. 1 BGB bzw. nach § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB ebenfalls durch work-arounds behoben werden können

<sup>247</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Brandi-Dohrn 1.2 Rn. 153 mwN.

<sup>248</sup> Vgl. Redeker Handbuch/Brandi-Dohrn 1.2 Rn. 163 mwN.

<sup>249</sup> Auch wenn die Dekompilierung einer Software durch den rechtmäßigen Erwerber zur Fehlerbehebung wurde vom EuGH für zulässig befunden wurde, vgl. Vgl. EuGH 6.10.2021 – C-13/20, MMR 2021, 951.

## Sachverhalt



- 182 Vor 2009 war die herrschende Meinung in Rechtsprechung<sup>250</sup> und Literatur,<sup>251</sup> dass beim Wegfall der ausschließlichen Nutzungsrechte früherer Stufen (dh Rechteeinräumung des Softwareherstellers an den Vertragshändler; Einräumung des sog. **Tochterrechts**) zB durch Kündigung des Vertrags, das Nutzungsrecht späterer Stufen (dh das Nutzungsrecht des Endkunden; sog. **Enkelrecht**) ebenfalls fortfällt. Dies wurde ua mit der Überlegung begründet, dass der Inhaber des Enkelrechts nicht mehr Rechte haben kann als der Inhaber des ausschließlichen (Tochter-)Nutzungsrechts.<sup>252</sup>
- 183 Dieser Standpunkt wurde in der Rechtsprechung durch drei Urteile des Bundesgerichtshofs revidiert: in der sogenannten „**Reifen Progressiv**“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>253</sup> vom 26.3.2009 kam der BGH im Wege einer umfassenden Interessenabwägung zu dem Ergebnis, dass für den Fall des **Rückrufs wegen Nichtausübung** nach § 41 UrhG der Softwarehersteller nicht übermäßig in der Nutzung seiner Rechte beeinträchtigt sei, wenn die vom ausschließlich Nutzungsberechtigten erteilten einfachen Nutzungsrechte fortbeständen.
- 184 Wurde diese Entscheidung teilweise zunächst noch als nicht übertragbare Sonderfallentscheidung angesehen,<sup>254</sup> festigte der Bundesgerichtshof seine neue Linie in der „**M2Trade**“-<sup>255</sup> und der „**Take Five**“-<sup>256</sup>Entscheidung (beide vom 19.7.2012). Der BGH beseitigte bestehende Unklarheiten dahingehend, dass sich das **Erlöschen** der Hauptlizenz (und damit der automatische Rückfall der dem Hauptlizenznehmer eingeräumten Nutzungsrechte an den Hauptlizenzgeber) in aller Regel auch dann nicht auf die Unterlizenz auswirkt, wenn die Hauptlizenz aus **anderen Gründen** als dem Rückruf wegen Nichtausübung erlischt.<sup>257</sup> In den zu entscheidenden Fällen waren dies die Kündigung des Hauptlizenzvertrags wegen Zah-

<sup>250</sup> BGH 15.4.1958 – I ZR 31/57, NJW 1958, 1583.

<sup>251</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke UrhG § 35 Rn. 7 mwN.

<sup>252</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke UrhG § 35 Rn. 7 mwN.

<sup>253</sup> BGH 26.3.2009 – I ZR 153/06, MMR 2009, 838 – Reifen Progressiv.

<sup>254</sup> Klawitter GRUR-Prax 2012, 425; vgl. auch noch die Voraufgabe an dieser Stelle.

<sup>255</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade.

<sup>256</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five.

<sup>257</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade; BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five.

lungsverzugs des Hauptlizenznehmers<sup>258</sup> und die Aufhebung des Hauptlizenzvertrags im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zwischen Hauptlizenzgeber und -nehmer.<sup>259</sup>

Der BGH unterschied im Ergebnis nicht nach der **Art der eingeräumten Unterlizenz** (dh einfache<sup>260</sup> oder ausschließliche<sup>261</sup> Lizenz) oder der **Art der für die Unterlizenz vereinbarten Vergütung** (dh Einmalzahlung,<sup>262</sup> fortlaufende Zahlung<sup>263</sup> oder Beteiligung an Lizenzerlösen).<sup>264</sup> 185

In beiden Entscheidungen wies der BGH allerdings ausdrücklich darauf hin, dass die Gründe, die zur Aufhebung des Hauptlizenzvertrags führten, nicht in der Sphäre des Unterlizenznehmers lagen. Insoweit kann **kein absolut geltender Sukzessionsschutz für Unterlizenzen** angenommen werden. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass es auch weiterhin zu einem Wegfall der Unterlizenzen kommen kann, wenn der Grund für den Wegfall der Hauptlizenz in der Sphäre des Unterlizenznehmers liegt.<sup>265</sup> 186

Der BGH begründete den Fortbestand der Unterlizenz in den entschiedenen Fällen mit dem im gewerblichen Rechtsschutz wie im Urheberrecht geltenden Grundsatz des **Sukzessionsschutzes**. Dessen Zweck sei es, das Vertrauen des Rechtsinhabers auf den Fortbestand seines Rechts zu schützen sowie ihm die Amortisation der getätigten Investitionen zu ermöglichen.<sup>266</sup> Auch eine umfassende **Interessenabwägung** stütze dieses Ergebnis.<sup>267</sup> Der Unterlizenznehmer habe die Möglichkeit, die eingeräumte Lizenz weiter zu nutzen. Dem Hauptlizenzgeber stehe gegen den Hauptlizenznehmer ein Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB auf Abtretung des gegen den Unterlizenznehmer bestehenden Anspruchs auf ausstehende Lizenzzahlungen zu. Der nach Erlöschen der Hauptlizenz nicht mehr berechnigte Hauptlizenznehmer (= Unterlizenzgeber) könne daher mit Erlöschen der Lizenz nicht mehr von den Lizenzzahlungen des Unterlizenznehmers profitieren.<sup>268</sup> 187

Um nicht auf den vom BGH genannten bereicherungsrechtlichen Anspruch, der erst beim Erlöschen der Hauptlizenz entsteht, angewiesen zu sein, kann seitens des Hauptlizenzgebers überlegt werden, sich etwaige Ansprüche des Hauptlizenznehmers gegen den Unterlizenznehmer bereits im Hauptlizenzvertrag **aufschiebend bedingt** für den Fall des Wegfalls der Hauptlizenz **abtreten zu lassen**.<sup>269</sup> Dies hätte den Vorteil, dass diese Abtretung vorrangig vor etwaigen späteren Abtretungen zum Tragen käme. 188

Bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist dagegen die Frage, ob diese Grundsätze auch dann anzuwenden sind, wenn ein Hauptlizenznehmer **bewusst** von dem Hauptlizenzgeber und dem Unterlizenznehmer **zwischengeschaltet wird**, um so im Fall des Erlöschens der Hauptlizenz eine Weitergeltung der Unterlizenzen zugunsten des Unterlizenznehmers herbeizuführen. Auf diese Weise könnte zumindest theoretisch versucht werden, bei einer Insolvenz des Hauptlizenzgebers<sup>270</sup> über den Fortbestand der Unterlizenz das Wahlrecht des Insolvenzverwalters des Hauptlizenzgebers nach § 103 InsO auszuhebeln. Dem potentiellen Insolvenzverwalter des Hauptlizenzgebers könnte so die „Verenkelung“ der Nutzungsrechte zur Unterlizenz als Grund entgegengehalten werden, warum dieser kei- 189

<sup>258</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade.

<sup>259</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five; BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade.

<sup>260</sup> BGH 26.3.2009 – I ZR 153/06, MMR 2009, 838 – Reifen Progressiv; BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade.

<sup>261</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five.

<sup>262</sup> BGH 26.3.2009 – I ZR 153/06, MMR 2009, 838 – Reifen Progressiv.

<sup>263</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 – M2Trade.

<sup>264</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five.

<sup>265</sup> Seegel CR 2013, 205 (209).

<sup>266</sup> Vgl. BT-Drs. IV/270, 56.

<sup>267</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 24/11, NJW-RR 2012, 1127 – Take Five; BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 (3303) – M2Trade.

<sup>268</sup> BGH 19.7.2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301 (3303) – M2Trade.

<sup>269</sup> Vgl. hierzu sowie zu weiteren vertraglichen Möglichkeiten der Bindung der Unterlizenz an den Bestand der Hauptlizenz: Heidenhain/Reus CR 2013, 273 (278); Meyer-van Raay NJW 2012, 3691 (3691).

<sup>270</sup> Weiterführend → § 44 Rn. 1 ff. – Software, Daten und Cloud in der Insolvenz, Escrow.

nen Einfluss auf die Nutzungsrechte mehr haben solle.<sup>271</sup> Es ist allerdings fraglich, ob Gerichte diese „Zwischenschaltungslösung“ nicht als eine unzulässige Umgehung ansehen (zB im Rahmen der auch vom BGH durchgeführten Interessenabwägung) und damit der Unterlizenz in solchen Fällen keinen Bestandsschutz gewähren.<sup>272</sup>

#### IV. Handel mit „gebrauchter“ Software

190 Immer stärker in den Vordergrund rückt die rechtliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software. Dabei sind die Begriffe „gebrauchte“ Softwarelizenzen, „Gebrauchtsoftware“ oder „Secondhand“-Software irreführend: anders als bei körperlichen Gegenständen nutzt sich Software nicht durch deren Verwendung ab.

##### 1. Hintergründe

- 191 Namentlich in den Fällen von Restrukturierungen, Entlassungen oder der Insolvenz ergibt sich die Situation, dass viele Lizenzen ungenutzt bleiben. Sofern die Lizenzen nicht zurückgegeben oder eine andere Lösung mit dem Lizenzgeber gefunden werden kann, sind die Lizenznehmer bestrebt, diese nicht verwendeten Lizenzen zu kommerzialisieren. Dabei werden häufig die **fein ausdifferenzierten Lizenzmodelle** der Softwarehersteller **unterlaufen**. Die verbleibenden Lizenzen reichen in den meisten Fällen nicht aus, um die von den Softwareherstellern bei Abnahme der Ursprungsmenge gewährten Vergünstigungen (zB Mengenrabatte) in dem gewährten Umfang auszulösen.
- 192 Aus diesem Grund enthalten allgemeine Lizenzbedingungen von Softwareherstellern regelmäßig Vorschriften, die darauf abzielen, einen Weitervertrieb zu unterbinden oder einzuschränken. Diese Regelungen reichen von (i) einem vollständigen **Weiterübertragungsverbot**, (ii) über einen **Zustimmungsvorbehalt**, der **frei im Ermessen** des Rechteinhabers steht, (iii) über einen **Zustimmungsvorbehalt**, wobei **bestimmte Zustimmungsgünde** (zB Insolvenz) oder Zustimmungsvoraussetzungen (zB Weitergabe der ursprünglichen Lizenzbedingungen) bereits vorab festgelegt sind bis hin zu (iv) der Regelung, dass eine **Zustimmung grundsätzlich erteilt** wird und nur in besonderen (ggf. vorbestimmten, Ausnahmefällen) versagt werden kann.<sup>273</sup>
- 193 Dabei stellt sich jeweils die Frage, in welchem **Verhältnis** solche vertraglichen Regelungen zu dem für Software speziell in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG geregeltem **Erschöpfungsgrundsatz** und der in § 69d Abs. 1 UrhG vorgesehenen **Ausnahme von zustimmungsbedürftigen Handlungen** stehen.
- 194 Der **Erschöpfungsgrundsatz** besagt, dass sich das Verbreitungsrecht an einem Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms, das mit Zustimmung des Rechteinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts erschöpft.<sup>274</sup> Konsequenz hiervon ist, dass – bei Vorliegen der Erschöpfungsvoraussetzungen – das jeweilige Vervielfältigungsstück ohne die Zustimmung des Urhebers weiterverbreitet werden kann. Dieses Recht, das Vervielfältigungsstück der Software der Öffentlichkeit anzubieten, ist für den Weitervertrieb von „gebrauchter“ Software essentiell.
- 195 Die Regelung des **§ 69d Abs. 1 UrhG** bezieht sich hingegen nicht auf das Verbreitungsrecht, sondern auf das zur Nutzung von Software durch einen potentiellen Zweiterwerber erforderliche Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht. Nach § 69d Abs. 1 UrhG bedarf –

<sup>271</sup> Bejahend: Klawitter GRUR-Prax 2012, 425 (427 f.); Frenzt/Masch ZUM 2012, 886; Berger GRUR 2013, 321 (330); ablehnend: Meyer-van Raay NJW 2012, 3691 (3693); Dahl/Schmitz BB 2013, 1032 (1036); McGuire/Kunzmann GRUR 2014, 28 (32).

<sup>272</sup> Gegen einen Bestandsschutz in diesen Fällen: Seegel CR 2013, 205 (211); McGuire/Kunzmann GRUR 2014, 28 (34); Meyer-van Raay NJW 2012, 3691 (3693).

<sup>273</sup> Zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit solcher Weiterübertragungsverbote → Rn. 213 ff.

<sup>274</sup> Zu Recht merkt Schneider CR 2009, 553 an, dass das Verhältnis des Erschöpfungsgrundsatzes zu § 34 UrhG bisher vernachlässigt erscheint.

soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen vorliegen – die Vervielfältigung oder Bearbeitung eines Computerprogramms nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn sie für eine **bestimmungsgemäße Benutzung** dieses Computerprogramms durch den zur **Verwendung** eines Vervielfältigungsstücks des Programms **Berechtigten** notwendig ist. Daraus folgt, dass der Zweiterwerber – bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Norm – im Rahmen der bestimmungsgemäßen Benutzung die für die tatsächliche Nutzung einer Kopie eines Computerprogramms essentiellen Vervielfältigungs- und Bearbeitungshandlungen ohne die Zustimmung des Rechtsinhabers vornehmen darf.

## 2. Grundsätzliche Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software

Wurde der Handel mit körperlich (zB auf einer CD) in den Verkehr gebrachter Software bereits in der Vergangenheit weitgehend als zulässig angesehen, war die Situation bei unkörperlich (zB per download) in den Verkehr gebrachter Software bis zur Entscheidung des EuGH im Fall UsedSoft GmbH/Oracle International Corp. im Jahre 2012<sup>275</sup> hoch umstritten.

a) **Handel mit körperlich in den Verkehr gebrachter Software.** Werden Vervielfältigungsstücke einer Software **offline in den Verkehr** gebracht, wird also zB eine Standardsoftware auf unbestimmte Dauer gegen Zahlung eines Entgelts – also im Wege eines Kaufvertrags – verkörpert auf einem Datenträger von einem Kunden erworben, erfolgt regelmäßig keine wirksame Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Softwareherstellers.<sup>276</sup> Damit erfolgt regelmäßig allein schon aus diesem Grund keine wirksame Vereinbarung etwaiger Nutzungsrechtsbeschränkungen. Wurde eine Standardsoftware daher im Wege eines Kaufvertrags verkörpert auf einem Datenträger erworben, so kann das erworbene Vervielfältigungsstück der Software im Rahmen einer weiteren Veräußerung einem Dritten überlassen und von diesem im Rahmen der Vorgaben des Urheberrechts genutzt werden. Dies setzt voraus, dass der Ersterwerber keine Programmkopien zurückhält, so dass es nicht zu einer gleichzeitigen Nutzung des Programms kommt.<sup>277</sup>

b) **Handel mit unkörperlich in den Verkehr gebrachter Software.** Stark umstritten war bis zur Entscheidung des EuGH im Fall UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.,<sup>278</sup> ob Vervielfältigungsstücke von Software, die nicht verkörpert auf einen Datenträger erstmals in den Verkehr gebracht wurden, ebenfalls in den Anwendungsbereich des Erschöpfungsgrundsatzes fallen. Folge wäre, dass die erstellten Kopien bei Vorliegen der Erschöpfungsvoraussetzungen weiterverbreitet werden dürfen.<sup>279</sup> Eine solche unkörperliche Verbreitung ist auf zwei Arten in der Praxis üblich: zum einen bei einem Vertrieb per **Download**, bei dem der Inhaber des Urheberrechts dem Herunterladen des Vervielfältigungsstücks aus dem Internet auf einen Datenträger zugestimmt hat und zum anderen bei **Mehrfach-, Volumen-**

<sup>275</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk = MMR 2012, 586 mAnm Heydn = NJW 2012, 2565.

<sup>276</sup> Vgl. die Ausführungen zu Shrinkwrap- und Clickwrap-Lizenzen → Rn. 128 ff.

<sup>277</sup> Vgl. zum Handel mit Second-Hand-Software nur Hilber CR 2008, 749; Huppertz CR 2006, 145; Grützmacher ZUM 2006, 302; Koch CR 2002, 629 (630).

<sup>278</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk = MMR 2012, 586 mAnm Heydn = NJW 2012, 2565.

<sup>279</sup> Zum damaligen Streitstand: BGH 3.2.2011 – I ZR 129/08, MMR 2011, 305 – UsedSoft I mAnm Heydn = juris PR-ITR 8/2011 mAnm Wiesemann = Cri 2011, 44 mAnm Witzel; Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69c Rn. 31 mwN; für eine analoge Anwendung: Möhring/Nicolini/Hoeren § 69c Rn. 16; Hoeren CR 2006, 573; Berger GRUR 2002, 198 (199); Oswald, Erschöpfung durch Online-Vertrieb urheberrechtlich geschützter Werke, 50; Spindler CR 2008, 69; vgl. Bartsch CR 1987, 8 (12); Grützmacher, Urheber-, Leistungs- und Sui-generis-Schutz von Datenbanken, S. 250; wohl auch Dreier/Schulze/Dreier § 69c Rn. 24; Royla/Gramer CR 2005, 154 (155); mit gewisser Tendenz zur direkten Anwendung Schrader/Rautenstrauch K&R 2007, 249 (253, 255); hingegen halten Fromm/Nordemann/Vinck § 69c Rn. 6; Mäger CR 1996, 522 (524); Pres, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, 116, Fn. 546 und wohl auch Lehmann, FS Schrickler, 543, 564 sogar eine extensive Auslegung für ausreichend; Ulmer/Hoppen CR 2008, 681, die in dem definierten Bit-Strom das Vervielfältigungsstück des Objektcodes sehen; Lehmann CR 2006, 655 (656).

oder **Paketlizenzen**, bei denen der Kunde (mit Zustimmung des Rechteinhabers) Vervielfältigungen von einer Masterkopie selbst herstellen darf.

- 198 Die überwiegende **obergerichtliche Rechtsprechung**<sup>280</sup> sowie Teile der **Literatur**<sup>281</sup> lehnten sowohl eine direkte als auch eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf das Verbreitungsrecht an Vervielfältigungsstücken von Software ab, wenn diese auf unkörperliche Weise in den Verkehr gebracht worden war. Dieser Ansicht schloss sich der EuGH im Fall *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*<sup>282</sup> allerdings nicht an.<sup>283</sup> Vielmehr behandelte er die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei sowohl körperlich als auch unkörperlich in den Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücken gleich.<sup>284</sup> Er begründet seine Ansicht insbesondere mit der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der beiden Fälle.<sup>285</sup> Ob der **EuGH** an dieser Rechtsprechung bei Computerprogrammen festhalten wird, nachdem er bei **E-Books eine Erschöpfung** ua unter Hinweis auf die Unterschiedlichkeit von körperlich und unkörperlich in den Verkehr gebrachtem Material **abgelehnt hat**, ist derzeit noch ungeklärt.<sup>286</sup>
- 199 Bis zu einer solchen Klärung sollte nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Computerprogrammen sowie der darauf basierenden sogenannten **UsedSoft II-Entscheidung**<sup>287</sup> des BGH weiter davon ausgegangen werden, dass die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei unkörperlich in den Verkehr gebrachten Computerprogrammen an die folgenden vier kumulativen **Voraussetzungen** gekoppelt ist:

200

#### Checkliste für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei unkörperlich in den Verkehr gebrachter Software:

- Der Urheberrechtsinhaber muss dem Ersterwerber ein **zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht** an dem Vervielfältigungsstück seines Werks eingeräumt haben.<sup>288</sup>

<sup>280</sup> OLG München 3.7.2008 – 6 U 2759/07, CR 2008, 551 = MMR 2008, 601; OLG Frankfurt a. M. 12.5.2009 – 11 W 15/09, CR 2009, 423 (424) = NJOZ 2009, 2562 = MMR 2009, 544 mAnm Bräutigam; OLG Düsseldorf 29.6.2009 – I-20 U 247/08, CR 2009, 566 = ZUM 2010, 60. OLG Frankfurt a. M. 22.6.2010 – 11 U 13/10, MMR 2010, 681. Das Urteil des OLG Hamburg v. 7.2.2007 – 5 U 140/06, MMR 2007, 317 bestätigte zwar die Vorinstanz (LG Hamburg 29.6.2006 – 315 O 343/06, MMR 2006, 827 mAnm Heydn), stützte dies allerdings alleine auf wettbewerbsrechtliche Aspekte des zu entscheidenden Falles und machte insoweit keine Aussage zu den hier behandelten urheberrechtlichen Problemstellungen.

<sup>281</sup> Moritz jurisPR-ITR 5/2007 Anm. 5; Haberstumpf CR 2009, 345 (351); ebenso Schrickler/Loewenheim § 69c Rn. 33 für den hier allein gegenständlichen Fall, dass der Rechteinhaber nur dem Ersterwerber die Nutzung erlaubt; Bräutigam/Lederer jurisPR-ITR 17/2008 Anm. 2; Dieselhorst CR 2007, 356 (358); Heydn/Schmidl K&R 2006, 74 (76); Koch ITRB 2007, 140 (142); Spindler CR 2008, 69 (70); Schack GRUR 2007, 639 (643); vgl. zudem Bergmann, FS Erdmann, 17, 24; Mestmäcker/Schulze/Haberstumpf § 69c Rn. 14; Koch CR 2002, 629 (631); Zahrt CR 1994, 457.

<sup>282</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 mAnm = MMR 2012, 586 mAnm Heydn = NJW 2012, 2565.

<sup>283</sup> So auch schon: Dreier/Schulze/Dreier § 69c Rn. 24; Wandtke/Bullinger/Grützmaker UrhG § 69c Rn. 31; Dreyer/Kotthoff § 69c Rn. 23, 25; Hoeren CR 2006, 573; Koehler S. 49, 72; Knies GRUR Int. 2002, 314 (316); Walter, FS Dittrich, S. 363 (379); Mäger CR 1996, 522 (525); Berger GRUR 2002, 198 (200); Witte ITRB 2005, 86 (89); Sosnizza K&R 2006, 206 (207); Royla/Gramer CR 2005, 154 (155); Baus, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, 2004, S. 85 (230).

<sup>284</sup> Zur fehlenden Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf andere Werkarten vgl. EuGH 19.12.2019 – C 263/19, GRUR 2020, 179 mAnm Ohly – Tom Kabinet (**E-Books**); LG Bielefeld 5.3.2013 – 4 O 191/11, GRUR-RR 2013, 281 (**Hörbücher**). Weiterführend auch Hartmann GRUR-Int. 2012, 980; Marly EuZW 2012, 654; Kloth GRUR-Prax 2013, 239; Peter ZUM 2019, 490; Bullinger/von Rauch NJW 2020, 816 oder Alber/Brandi-Dohrn ITRB 2021, 261 (264); Grützmaker CR 2020, 154. Zur Zulässigkeit der Weiterübertragung von NFTs, Heine/Stang MMR 2021, 755.

<sup>285</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (906) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>286</sup> Vgl. EuGH 19.12.2019 – C 263/19, GRUR 2020, 179 (182) mAnm Ohly – Tom Kabinet. Zu den noch nicht aufgelösten Widersprüchen zu seiner bisherigen Argumentation im Bereich von Software vgl. ua Grützmaker CR 2020, 154 (155); Witte CR 2022, 209 (211).

<sup>287</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232 – *UsedSoft II*. Zur Erweiterung der Rechtsprechung auf im Rahmen von Volumenlizenzen in den Verkehr gebrachter Vervielfältigungsstücke vgl. BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, MMR 2015, 530 – *UsedSoft III*.

<sup>288</sup> In der Entscheidung BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 – *Green-IT* stellte der BGH eine einjährige Überlassung, nach der die Software unbrauchbar wurde, einer dauerhaften Überlassung gleich. Es

- Der Urheberrechtsinhaber muss seine Zustimmung in die Nutzung seines Werks gegen Zahlung eines Entgelts erteilt haben, das es ihm **ermöglichen** soll, eine **dem wirtschaftlichen Wert des Vervielfältigungsstücks seines Werks entsprechende Vergütung** zu erzielen. Ob er diese Vergütung auch tatsächlich realisiert oder ggf. sogar ganz darauf verzichtet und sein Werk kostenlos zum Download bereitgestellt hat, ist unerheblich. Die reine Möglichkeit ist ausreichend.<sup>289</sup>
- Der Ersterwerber muss seine Kopie **unbrauchbar gemacht** haben. Der EuGH stellt fest, dass es dabei dem Urheberrechtsinhaber erlaubt ist, alle ihm zur Verfügung stehenden technischen Schutzmaßnahmen anzuwenden, um dies sicherzustellen.<sup>290</sup> Beispielhaft nennt der EuGH hier Programmschlüssel.<sup>291</sup> Relevanter Zeitpunkt der Unbrauchbarmachung ist der Zeitpunkt des Weiterverkaufs.<sup>292</sup>
- Sofern Gegenstand der Erschöpfung nicht das Vervielfältigungsstück des Computerprogramms in der zum Zeitpunkt des Ersterwerbs vorliegenden Fassung sein soll, sondern eine verbesserte und aktualisierte Fassung, müssen diese **Verbesserungen und Aktualisierungen** (wenn sie vom Urheberrechtsinhaber vorgenommen wurden) von einem zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber abgeschlossenen **Pflegevertrag gedeckt** sein. Gegenstand der Erschöpfung ist in diesen Fällen damit nicht das Vervielfältigungsstück in der ursprünglichen Fassung (zB Version 1.0 des Computerprogramms), sondern in der vom Urheberrechtsinhaber verbesserten und aktualisierten Fassung (zB Version 8.4 des Computerprogramms).<sup>293</sup> Ist der Endkunde Verbraucher wird dies – **unabhängig von einem Pflegevertrag** – wohl die gem. der gesetzlichen Regelung des **§ 327f BGB zu aktualisierende Fassung** des Computerprogramms umfassen.<sup>294</sup>

Der BGH stellt in seinem Urteil klar, dass **keine abstrakte Erschöpfung** eines Lizenzrechts erfolgt,<sup>295</sup> sondern sich die Erschöpfung des Verbreitungsrecht konkret auf das per Download erstellte Vervielfältigungsstück bezieht.<sup>296</sup> Dennoch ließ es der BGH in dem zu entscheidenden Fall ausreichen, dass der Zweiterwerber die tatsächlich von ihm verwendete Kopie des Computerprogramms nicht direkt vom Ersterwerber erhielt, sondern (in dem zu entscheidenden Fall) von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers auf seinen Computer herunterlud. Die **physische Weitergabe** eines Datenträgers mit der „**erschöpften**“ Kopie des Computerprogramms forderte der BGH insoweit nicht. Er ließ es – unter Hinweis auf die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der Vorgänge – ausreichen, dass der Weiterverkauf der Lizenz an den Zweiterwerber mit dem Weiterverkauf der von der Internetseite des Urheberrechtsinhabers heruntergeladenen Programmkopie verbunden war.<sup>297</sup> In der Folgezeit wurde obergerichtlich entschieden, dass der Weiterverkauf eines **Produkt Keys** diese Bedingungen nicht erfüllt.<sup>298</sup> Dieser Key stelle keine Lizenz dar, die zur Nutzung eines Computerpro-

bleibt abzuwarten, ob es sich hierbei um eine Einzelfallentscheidung handelte. Ebenfalls kritisch hierzu Stieper/Henke NJW 2015, 3548 (3549).

<sup>289</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 60 – UsedSoft II; OLG Frankfurt a.M. 18.12.2012 – 11 U 68/11, GRUR 2013, 279 (281) mAnm Marly.

<sup>290</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>291</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>292</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk; BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108, 1113 – Green-IT.

<sup>293</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk; vgl. Marly CR 2014, 145 (147), Schneider/Spindler CR 2014, 213 (219) und Schneider ITRB 2014, 120 (121), die sich für eine Erstreckung auch auf Patches aussprechen, die außerhalb eines Wartungsvertrages geliefert werden.

<sup>294</sup> Kritisch Stieper CR 2022, 325 (328).

<sup>295</sup> Dietrich NJW 2014, 364 (365); anders: Senftleben NJW 2012, 2924 (2926); Redeker CR 2014, 73 (75).

<sup>296</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 44 – UsedSoft II. So auch EuGH Ur. v. 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (908) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk; Schneider/Spindler CR 2013, 489 (493).

<sup>297</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 45 f. und 57 – UsedSoft II, ablehnend: Weisser/Färber MMR 2014, 364 (365).

<sup>298</sup> OLG München 1.6.2017 – 29 U 2554/16, GRUR 2017, 1034 (1037); OLG Frankfurt a.M. 17.11.2016 – 6 U 167/16, MMR 2017, 263 (264); vertiefend im Bereich von Computerspielen Merk/Schneider MMR-Beil. 2019, 12.

gramms berechtigt. Vielmehr sei er nur ein technisches Mittel zu dessen Aktivierung.<sup>299</sup> Auch bei Beschädigung oder Verlust des Originaldatenträgers eines körperlich in den Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücks darf nach Ansicht des EuGH in einer späteren Entscheidung<sup>300</sup> nicht die **Sicherungskopie** vertrieben werden. Hier soll der Erwerber wegen der vergleichbaren Interessenslage eine Kopie des Computerprogramms von der Webseite des Herstellers gegen Vorlage eines geeigneten Nachweises zum Erwerb der Nutzungslizenz herunterladen dürfen.<sup>301</sup>

- 202 Zur **Berechtigung des Zweiterwerbers** zur Nutzung stellte der BGH schon in seiner Vorlageentscheidung<sup>302</sup> zur UsedSoft II-Entscheidung klar, dass sich der Zweiterwerber nicht auf ein vom Ersterwerber übertragenes Vervielfältigungsrecht stützen kann, wenn der Urheberrechtsinhaber dem Ersterwerber dieses Recht nur als „nicht übertragbares“ Recht eingeräumt hat. Er begründete diese Ansicht damit, dass ein gutgläubiger Erwerb von urheberrechtlichen Nutzungsrechten nicht möglich ist.<sup>303</sup> Der BGH erstreckte genauso wie der EuGH zu Recht die Wirkung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht (analog) auf das Vervielfältigungsrecht.
- 203 Die **Nutzungsberechtigung** des Zweiterwerbers leitete der BGH stattdessen aus § 69d Abs. 1 UrhG ab.<sup>304</sup> Dieser Zweiterwerber (sowie etwaige Nacherwerber) sind als „zur Verwendung des Vervielfältigungsstücks Berechtigte“ anzusehen, die die erworbene Kopie des Computerprogramms vervielfältigen dürfen, wenn das Recht zur Verbreitung der Programmkopie erschöpft ist.<sup>305</sup>
- 204 Der BGH stellte klar, dass das Recht des Zweiterwerbers aus § 69d Abs. 1 UrhG nicht durch **anderslautende vertragliche Bestimmungen** ausgeschlossen werden kann.<sup>306</sup> Insbesondere kann sich der Urheberrechtsinhaber gegenüber dem Zweiterwerber nicht darauf berufen, dass der Vertrag zwischen dem Urheberrechtsinhaber und dem Ersterwerber lediglich ein „nicht übertragbares“, „nicht abtretbares“ oder „ausschließlich für interne Geschäftszwecke des Ersterwerbers“ eingeräumtes Nutzungsrecht vorgesehen habe oder das das Recht dem Ersterwerber vorbehalten sei.<sup>307</sup>
- 205 Der BGH äußerte sich darüber hinaus umfassend zur **Darlegungs- und Beweislastverteilung**: Im Ergebnis obliegt es dem Zweiterwerber, der sich auf die Berechtigung nach § 69d Abs. 1 UrhG berufen will, die wesentlichen Punkte für das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Norm darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen. Sofern hierfür Bestätigungen des Ersterwerbers oder eines Dritten (zB eines Notars) verwendet werden sollen, ist deren genauer Aussagegehalt zu prüfen. Das Testat eines Dritten, ihm habe eine Erklärung des ursprünglichen Lizenznehmers vorgelegen, wonach dieser rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese nicht mehr benutze und den Kaufpreis vollständig bezahlt habe, ist nicht

<sup>299</sup> OLG München 1.6.2017 – 29 U 2554/16, GRUR 2017, 1034 (1037); OLG Frankfurt a.M. 17.11.2016 – 6 U 167/16, MMR 2017, 263 (264). Im Ergebnis auch BGH 21.9.2017 – I ZR 230/16, ZUM 2018, 182 (184). Kritisch bei Computerspielen Dreier MMR 2021, 102 (103).

<sup>300</sup> EuGH 12.10.2016 – C-166/15 MMR 2017, 19 – Ranks ua mAnm Heydn; Kummermehr/Peter, ZUM 2017, 54.

<sup>301</sup> EuGH 12.10.2016 – C-166/15 MMR 2017, 19 – Ranks ua mAnm Heydn; Kummermehr/Peter, ZUM 2017, 54.

<sup>302</sup> BGH 3.2.2011 – I ZR 129/08, MMR 2011, 305, 308 – UsedSoft I mAnm Heydn = jurisPR-ITR 8/2011 mAnm Wieseemann = CRi 2011, 44 mAnm Witzel; BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 43 – UsedSoft II.

<sup>303</sup> BGH 3.2.2011 – I ZR 129/08, MMR 2011, 305 (308) – UsedSoft I mAnm Heydn = jurisPR-ITR 8/2011 mAnm Wieseemann = CRi 2011, 44 mAnm Witzel.

<sup>304</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 43 – UsedSoft II; BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 (1112) – Green-IT. Ablehnend zu einer Informationspflicht des Veräußerers über die genaue Rechtsgrundlage für die Berechtigung LG Hamburg 9.11.2017 – 327 O 301/17, MMR 2018, 250; bejahend (bei dem Vertrieb von Produkt Keys) KG Berlin 17.10.2017 – 5 W 224/17, GRUR-RR 2018, 106.

<sup>305</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 30 – UsedSoft II. So auch EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk; BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 (1112) – Green-IT.

<sup>306</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 32 – UsedSoft II.

<sup>307</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 31 – UsedSoft II.

ausreichend.<sup>308</sup> Aus einem solchen Testat ergibt sich zB nicht, dass die Kopie des Ersterwerbers auch tatsächlich unbrauchbar gemacht wurde.

Durch diese Darlegungs- und Beweislastverteilung hat umgekehrt der Softwarehersteller das Recht, seinen Kunden entsprechende **Nachweisverpflichtungen** vertraglich aufzuerlegen. Darüber hinaus hat er die Möglichkeit, in dem Lizenzvertrag mit dem Ersterwerber festzulegen, was genau zur bestimmungsgemäßen Benutzung des Computerprogramms nach § 69d Abs. 1 UrhG gehört. 206

#### Praxistipp:

Um die bestehenden Darlegungs- und Beweispflichten später auch tatsächlich erfüllen zu können, sollten sich Erwerber von „gebrauchter“ Software, die unkörperlich in den Verkehr gebracht wurde, insbesondere

- die Löschung durch den Veräußerer schriftlich bestätigen und
- das unterschriebene Original oder zumindest eine Kopie des Lizenzvertrags, der zu den Vervielfältigungsstücken gehört, die übertragen werden sollen, übergeben lassen.

Der Lizenzvertrag sollte vor allem dahingehend geprüft werden, dass

- der Urheberrechtsinhaber dem Ersterwerber gegen Zahlung eines Entgelts ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht eingeräumt hat;
- es dem Urheberrechtsinhaber zumindest möglich war, eine dem wirtschaftlichen Wert des Vervielfältigungsstücks seines Werks entsprechende Vergütung zu erzielen und
- die beabsichtigte Nutzung der Software durch den Erwerber der im Vertrag mit dem Erstlizenznehmer vereinbarten bestimmungsgemäßen Benutzung übereinstimmt.

Bei Zweifeln ist auch weiterhin der sicherste Weg, die Zustimmung des Urheberrechtsinhabers zur Übertragung der Nutzungsrechte einzuholen.

#### Praxistipp:

In öffentlichen Vergabeverfahren darf „gebrauchte“ Software nicht durch eine Beschränkung der Ausschreibung auf ‚Neulizenzen‘ per se ausgeschlossen werden. Stattdessen ist ein geeigneter Nachweis für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts vorzulegen oder eine Freistellungsvereinbarung in den abzuschließenden Vertrag aufzunehmen.<sup>309</sup>

### 3. Ausnahmen der Zulässigkeit des Handels mit „gebrauchter“ Software

Wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH ergibt, soll ein Handel mit „gebrauchter“ Software nicht in jedem Fall zulässig sein. Liegen zB die genannten Voraussetzungen für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an dem Vervielfältigungsstück nicht vor,<sup>310</sup> scheidet auch eine zulässige Weiterverbreitung dieses Vervielfältigungsstücks aus. 207

Dies ist dann der Fall, wenn der Hersteller/Urheberrechtsinhaber dem Ersterwerber nur ein zeitlich befristetes Nutzungsrecht im Rahmen eines als **Softwaremiet**e einzuordnenden Modells (zB im Rahmen einer entsprechend ausgestalteten SaaS-Lösung) eingeräumt hat.<sup>311</sup> Liegen zusätzlich die Vervielfältigungsstücke physisch nicht beim Ersterwerber, sondern in einer vom Urheberrechtsinhaber kontrollierten **Cloud**, wird der mögliche Zugriff der Erst- 208

<sup>308</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 64 – UsedSoft II. Kritisch zum Beweiswert solcher Notartestate und selbst erstellter Lizenzurkunden vgl. bereits LG Frankfurt a. M. 6.7.2011 – 2–06 O 576/09, ZUM 2012, 162; OLG Frankfurt a. M. 22.6.2010 – 11 U 13/10, MMR 2010, 681.

<sup>309</sup> Vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster 1.3.2016 – VK 1 – 2/16, CR 2016, 231 mAnm Taraz.

<sup>310</sup> → Rn. 196.

<sup>311</sup> In der Entscheidung BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 – Green-IT stellte der BGH eine einjährige Überlassung, nach der die Software unbrauchbar wurde, einer dauerhaften Überlassung gleich. Es bleibt abzuwarten, ob es sich hierbei um eine Einzelfallentscheidung handelte. Kritisch hierzu Stieper/Henke NJW 2015, 3548 (3549).

erwerber auf etwaige Vervielfältigungsstücke zum Zwecke des Weitervertriebs zusätzlich faktisch unterbunden.

- 209 Ebenso liegen die Erschöpfungsvoraussetzungen nicht vor, wenn der Ersterwerber seine Kopie der Software nicht unbrauchbar gemacht hat, sondern weiter nutzt. Dies kommt zB in Betracht bei **Client-Server-Lizenz-Modellen**.<sup>312</sup> Bei solcher Client-Server-Software wird die Software dauerhaft auf einem Server gespeichert. Die Nutzer greifen auf diese Serverkopie zu, indem sie sich nur lokale temporäre Kopien in den Arbeitsspeicher ihrer Arbeitsplatzrechner laden. Will ein etwaiger Zweiterwerber einer aufgespaltenen Client-Server-Lizenz seine erworbenen Lizenzen nutzen, steht er vor dem Problem, dass auch er die Software auf einem seiner Server installieren muss. Der Ersterwerber benötigt für die Weiternutzung seines Teils der aufgespaltenen Client-Server-Software-Lizenzen aber ebenfalls eine Kopie auf seinem Server. Er kann daher nicht seine eigene Kopie unbrauchbar machen, was Voraussetzung für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts an diesen abgespaltenen Vervielfältigungsstücken wäre.<sup>313</sup> Auch kann der Zweiterwerber durch einen so geplanten Nacherwerb nicht den Kreis der Nutzer einer bereits auf seinem Server installierten Kopie ausweiten.<sup>314</sup> Eine Übertragung des gesamten Lizenzpakets (verbunden mit der Unbrauchbarmachung der Kopie beim Ersterwerber) ist aber zulässig.
- 210 Abzugrenzen von Client-Server-Lizenz-Modellen sind die Fälle der Aufspaltung von **Mehrfachs-, Volumen- oder Paketlizenzen**, bei denen das Betriebsmodell vorsieht, dass **eigenständige Kopien der Software** auf den einzelnen Arbeitsplätzen **installiert** werden.<sup>315</sup> Hierbei erhöht sich durch eine Aufspaltung der ursprünglichen Mehrfach-, Volumen- oder Paketlizenzen und durch den Weitervertrieb der abgespaltenen Lizenzen die Anzahl der in den Verkehr gebrachten Vervielfältigungsstücke nicht.<sup>316</sup> In diesen Fällen wurde der Zweithandel auch mit den abgespaltenen Lizenzen als **zulässig** angesehen.<sup>317</sup>
- 211 Neben den genannten möglichen Ausnahmen der Mietmodelle sowie der Aufspaltung von im Client-Server-Modell betriebenen Software sind **weitere Ausnahmen** von der Zulässigkeit der Weiterverbreitung von Vervielfältigungsstücken eines Computerprogramms ohne oder gegen den Willen des Urheberrechtinhabers denkbar. Dabei können sowohl technische als auch vertragliche Wege diskutiert werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass sich etwaige weitere Ausnahmen nicht direkt aus den UsedSoft-Entscheidungen des EuGH<sup>318</sup> und BGH<sup>319</sup> ergeben und derzeit noch nicht im Lichte dieser beiden Entscheidungen höchststrichterlich überprüft wurden. Da EuGH und BGH ausdrücklich klarstellen, dass das Recht des Zweiterwerbers aus § 69d Abs. 1 UrhG nicht durch **anderslautende vertragliche Bestimmungen** ausgeschlossen werden kann, besteht bei allen diesen Lösungen zumindest das **Risiko bzw. die Chance**, dass sich der Urheberrechtinhaber nicht auf diese Ausnahmen berufen kann.
- 212 Auf **technischem Wege** könnte versucht werden, dem Zweiterwerber durch den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen die tatsächliche Nutzung der Software faktisch unmöglich zu machen.<sup>320</sup> Solche technischen Schutzmaßnahmen dürfen nach Ansicht des EuGH jedenfalls dafür eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass der Ersterwerber die bei ihm gespeicherte Programmkopie nicht weiter nutzt und die bei ihm vorliegende Kopie unbrauchbar

<sup>312</sup> Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von sog. **Aufspaltungsverboten**, dh von Regelungen, bei denen eine nur teilweise Überlassung von Lizenzen aus einem erworbenen Lizenzpaket ausgeschlossen wird vgl. LG Mannheim 22.12.2009 – 2 O 37/09, CR 2010, 159 (161).

<sup>313</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>314</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 63 – UsedSoft II.

<sup>315</sup> BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, MMR 2015, 530 – UsedSoft III; OLG Frankfurt a. M. 18.12.2012 – 11 U 68/11, GRUR 2013, 279 (281) mAnm Marly.

<sup>316</sup> BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13 MMR 2015, 530 – UsedSoft III; OLG Frankfurt a. M. 18.12.2012 – 11 U 68/11, GRUR 2013, 279 (281) mAnm Marly.

<sup>317</sup> BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, MMR 2015, 530 – UsedSoft III; OLG Frankfurt a. M. 18.12.2012 – 11 U 68/11, GRUR 2013, 279 (281) mAnm Marly.

<sup>318</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>319</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232 – UsedSoft II; BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, MMR 2015, 530 – UsedSoft III.

<sup>320</sup> Rauer/Bibi GRUR-Prax 2020, 55 (57).

macht.<sup>321</sup> Zum Einsatz solcher technischer Schutzmaßnahmen für darüber hinausgehende Zwecke führt der EuGH in seiner Entscheidung nichts aus. Als Beispiel einer solchen technischen Schutzmaßnahme nennt der EuGH den Einsatz von **Programmschlüsseln**.<sup>322</sup> Als weitere technische Schutzmaßnahme käme die Koppelung der Nutzung der Software an ein nicht übertragbares (online) **Nutzerkonto** in Betracht.<sup>323</sup> Darüber hinaus könnte die Nutzung der Computerprogramme von einer online (zB im Wege einer Registrierung)<sup>324</sup> oder offline (zB durch einen Techniker vor Ort) durchzuführenden **Programmaktivierung** abhängig gemacht werden.<sup>325</sup> Auf den Einsatz dieser technischen Schutzmaßnahmen sollte im Vertrag ausdrücklich hingewiesen werden, um etwaige Diskussionen über eine Mangelhaftigkeit der Software durch das reine Vorliegen der technischen Schutzmaßnahmen zu vermeiden.

#### Formulierungsvorschlag:<sup>326</sup>

Um die Software im vertraglich vereinbarten Umfang nutzen zu können, ist es erforderlich, auf unserer Internetseite www... ein Benutzerkonto anzulegen. Es ist Ihnen untersagt, Ihr Benutzerkonto zu verkaufen, für dessen Nutzung Geld zu verlangen oder es anderweitig weiterzugeben.

213

Mit Blick auf etwaige **vertragliche Wege**, den Handel mit „gebrauchter“ Software zu beschränken führt der BGH aus, dass sich der Rechtsinhaber zwar nicht auf vertragliche Bestimmungen berufen kann, die das durch § 69d Abs. 1 UrhG vermittelte Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht dem Ersterwerber vorbehalten. Allerdings ist auch der Zweiterwerber nur zu Handlungen berechtigt, die für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms nötig sind. Was die **bestimmungsgemäße Nutzung** des Computerprogramms ist, ergibt sich auch nach dem ausdrücklichen Hinweis des BGH aus dem zwischen dem Rechtsinhaber und dem Ersterwerber **geschlossenen Lizenzvertrag**.<sup>327</sup>

214

Die genaue Reichweite solcher Regelungen ist noch nicht abschließend geklärt. Allerdings stellt der BGH in seiner **UsedSoft III-Entscheidung**<sup>328</sup> klar, dass Regelungen, die den Einsatz der Software auf einen bestimmten Nutzerkreis oder einen bestimmten Verwendungszweck eingrenzen (und damit die Warenverkehrsfähigkeit beschränken), nicht berücksichtigt werden. Zu erwarten ist, dass sich diese Rechtsprechung auf weitere Lizenzen (zB Konzernlizenzen, CPU-Klauseln, Named User-Lizenzen) ausweiten wird.

215

Darüber hinaus ist der Urheberrechtsinhaber zumindest theoretisch in seiner wirtschaftlichen Entscheidung grundsätzlich frei, dem Zweiterwerb von Software den Abschluss eines **Pflegevertrags** zu verweigern oder an Wiederaufnahmeentgelte zu knüpfen.<sup>329</sup>

216

#### 4. AGB-rechtliche Zulässigkeit von Weiterübertragungsverboten

Regelmäßig werden Übertragungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen formuliert und unterliegen somit der AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB. Nur ausnahmsweise wer-

217

<sup>321</sup> EuGH 3.7.2012 – C 128/11, GRUR 2012, 904 (907) mAnm Hansen/Wolff-Rojczyk.

<sup>322</sup> Kritisch hierzu: Schneider/Spindler CR 2013, 489 (496) oder bei Computerspielen Dreier MMR 2021, 102 (103).

<sup>323</sup> Vgl. BGH 11.2.2010 – I ZR 178/08, GRUR 2010, 822 = NJW 2010, 2661 – Half life 2, ohne dass aber auf § 69d Abs. 1 UrhG eingegangen wird; Schneider/Spindler CR 2013, 489 (493); Dietrich NJ 2014, 194 (196). Zu Formulierungsvorschlägen für eine solche Bindung an ein Nutzerkonto vgl. → § 12 Rn. 1 ff. Überlassung von Software auf Dauer.

<sup>324</sup> Vgl. zum Vertragsschluss bei Online-Registrierung → Rn. 133 ff.

<sup>325</sup> Kritisch hierzu: Schneider/Spindler CR 2013, 489 (496); Schneider/Spindler CR 2014, 213 (221).

<sup>326</sup> Der Formulierungsvorschlag basiert auf dem vom BGH in seiner Half life 2-Entscheidung zu beurteilendem Text. Vgl. auch zum Hinweistext auf Verpackungen BGH 11.2.2010 – I ZR 178/08, MMR 2010, 771 – Half life 2.

<sup>327</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 68 – UsedSoft II.

<sup>328</sup> BGH 11.12.2014 – I ZR 8/13, MMR 2015, 530 – UsedSoft III.

<sup>329</sup> Ausführlich → § 39 Rn. 1 ff. Kartellrechtliche Bezüge.

den solche Weiterübertragungsverbote individuell ausgehandelt. Diese wären dann nach §§ 134, 138 und 242 BGB zu beurteilen.

- 218 a) **Einordnung von Weiterübertragungsverboten.** Umstritten war, ob eine solche Nutzungsrechtsbeschränkung den Ersterwerber der Software lediglich schuldrechtlich bindet – er mithin rechtlich die Nutzungsrechte an der Software noch übertragen kann (auch wenn er sich dadurch ggf. gegenüber dem Softwarehersteller schadensersatzpflichtig macht) – oder ob diesen Nutzungsrechtsbeschränkungen eine dingliche Wirkung zukommt – dem Ersterwerber also überhaupt nur eingeschränkte Rechte eingeräumt werden, so dass die Übertragung an einen Zweiterwerber gar nicht erst möglich ist. Der BGH stellt nunmehr klar, dass eine Nutzungsrechtsbeschränkung mit dinglicher Wirkung nur insofern möglich ist, als dass sie sich auf eigenständige Nutzungsarten bezieht.<sup>330</sup> Vertragliche Bestimmungen, die das Recht zur Weiterveräußerung der überlassenen Software ausschließen oder beschränken, sollen lediglich schuldrechtliche Wirkung haben.<sup>331</sup> Gerade bei digitalen Inhalten können sich solche abweichenden Vereinbarungen unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 327h BGB anbieten.<sup>332</sup>
- 219 b) **Hintergründe zum Streitstand.** Daneben ist umstritten, ob – und in welcher Ausgestaltung – solche Beschränkungen der Nutzungsrechtseinräumung an Computerprogrammen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam sind.
- 220 Dabei enthält die UsedSoft II-Entscheidung des BGH einen Widerspruch: Auf der einen Seite führt das Gericht aus, dass der Urheberrechtsinhaber ungeachtet anderslautender vertraglicher Bestimmungen weder dem Weiterverkauf der Kopie noch dem Herunterladen der Kopie durch den Erwerber widersprechen kann.<sup>333</sup> Auf der anderen Seite stellt der BGH klar, dass ein Ersterwerber, dem nur ein „nicht abtretbares“ Vervielfältigungsrecht eingeräumt wurde, dieses Recht nicht wirksam auf den Zweiterwerber übertragen kann, so dass er die Nutzungsberechtigung des Zweiterwerbers aus § 69d Abs. 1 UrhG herleitet.<sup>334</sup> Er geht damit anscheinend von der Wirksamkeit der Nutzungsrechtsbeschränkung im Vertrag mit dem Ersterwerber aus.
- 221 c) **Argumente gegen eine Wirksamkeit.** Nach der Ansicht,<sup>335</sup> die sich gegen eine Wirksamkeit von Weiterübertragungsverboten ausspricht, treten diese Beschränkungen in Konflikt mit dem für Software speziell in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG geregelten urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz. Dieser Grundsatz besagt, dass sich das Verbreitungsrecht an einem Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms, das mit Zustimmung des Rechteinhabers

<sup>330</sup> BGH 6.10.2016 – IZR 25/15, MMR 2017, 171 (172) – World of Warcraft I.

<sup>331</sup> BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 (1111) – Green-IT. Alber/Brandi-Dohrn ITRB 2021, 261 (264). Anders noch (mit Hinweisen zum Streitstand) die Voraufgabe an dieser Stelle. Zu Beispielen für Weiterübertragungsverbote vgl. Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, S. 661 ff.

<sup>332</sup> Alber/Brandi-Dohrn ITRB 2021, 261 (267). Begrenzend auf den ‚zwingenden Kern‘ bei Software Witte CR 2022, 209 (218); kritisch Kuschel/Rostam CR 2020, 393 (395).

<sup>333</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 31f – UsedSoft II.

<sup>334</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 43 – UsedSoft II, kritisch hierzu: Schneider ITRB 2014, 120 (122).

<sup>335</sup> LG Hamburg 25.10.2013 – 315 O 449/12, ZUM 2014, 69 = MMR 2014, 102 mAnm Heydn = K&R 2014, 63 mAnm Stögmüller = CR 2014, 18 mAnm Huppertz; OLG Hamburg 30.4.2013 – 5 W 35/13, MMR 2014, 115; OLG Hamm 28.11.2012 – 12 U 115/12 – 136, welches entsprechende Einschränkungen in Leasingverträgen als überraschende Klauseln bewertet; MüKoBGB/Wurmnest § 307 Rn. 93 mwN, hält ein formalmäßig vereinbartes Weitergabeverbot bei Software für AGB-widrig; ebenso Schneider ITRB 2014, 120 (121); Schneider/Spindler CR 2014, 213 (214); Grützmacher ZUM 2006, 302 (303); Grützmacher CR 2007, 549 (554); Wandtke/Bullinger/Grützmacher UrhG § 69c Rn. 38; Lehmann/Haberstumpf Kap. II Rn. 133; Hoeren RDV 2005, 11 (13); Lehmann CR 1990, 700 (701); Lehmann NJW 1993, 1822 (1825); Lehmann, FS Schricke, 543 (564); Bartsch CR 1994, 667 (672); Bartsch K&R 2000, 612; Mäger CR 1996, 522 (523 f.); Pres Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, 224; Schumacher CR 2000, 641 (648); Marly Softwareüberlassungsverträge Rn. 1042, 1051; ders. Praxishandbuch Softwarerecht, S. 667 ff.; nur das vertragliche Leitbild anerkennend Baus, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, 225; für Weitergabeverbote auch bei online übertragenen Werkexemplaren Hoeren CR 2006, 573 (578); Plafß GRUR 2002, 670 (680); Köhler CR 1987, 827 (830); Weisser/Färber MMR 2014, 364 (366); aA Lehmann/Schmidt Kap. XV Rn. 68; für Zulässigkeit des Verbots der Online-Weitergabe Koch CR 2002, 629 (631).

im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde, in Bezug auf dieses Vervielfältigungsstück mit Ausnahme des Vermietrechts erschöpft.<sup>336</sup> Enthalten also die AGB des Softwareherstellers ein Verbreitungsverbot, so liege hierin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden iSv § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da von wesentlichen Grundgedanken der Regelung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG abgewichen werde.<sup>337</sup> Gleiches gelte auch für Zustimmungsvorbehalte des Herstellers, da es damit in dessen Belieben gestellt würde, ob eine Erschöpfungswirkung zum Tragen käme oder nicht.<sup>338</sup> Darüber hinaus wird auf die Ausführungen des EuGH verwiesen, dass der Urheberrechtsinhaber dem Weiterverkauf der Kopie ungeachtet anderslautender vertraglicher Bestimmungen nicht mehr widersprechen könne, wenn Erschöpfung eingetreten sei.<sup>339</sup>

d) **Argumente für eine Wirksamkeit.** Gegen diese Ansicht und damit für die **Zulässigkeit** 222 solcher **Weiterübertragungsverbote** wird vorgebracht, dass bei einem Softwarelizenzvertrag nicht isoliert nur der Erschöpfungsgrundsatz in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG zu berücksichtigen sei. Die weiteren Regelungen des Urheberrechts dürften nicht außer Acht gelassen werden, insbesondere § 34 UrhG.<sup>340</sup> Diese Norm stelle gerade keine Umsetzung einer EU-Richtlinie dar, sondern nicht harmonisiertes deutsches Recht, so dass der EuGH diesbezüglich auch nicht direkt habe entscheiden können.<sup>341</sup> Nach § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG könne ein Nutzungsrecht grundsätzlich nur mit Zustimmung des Urhebers übertragen werden, wobei nach § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG diese Zustimmung nicht wider Treu und Glauben versagt werden dürfe. Darüber hinaus bestimme § 34 Abs. 5 UrhG, dass (mit Ausnahme des Rückrufsrechts und der Haftung des Rechteerwerbers) dem Urheber Vertragsfreiheit zukommt, mit dem Lizenznehmer eigene Regelungen zu finden.

Mit Blick auf den dargestellten **Widerspruch in der UsedSoft II-Entscheidung** müsse be- 223 achtet werden, dass der BGH die Ausführungen zur Unzulässigkeit entgegenstehender Regelungen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Ausnahme von zustimmungsbedürftigen Handlungen in § 69d Abs. 1 UrhG gemacht habe.<sup>342</sup> Es müsse daher eine **klare Trennung** zwischen der **vertraglichen** Möglichkeit der Nutzungsrechtseinräumung durch den Ersterwerber auf der einen Seite, und der **gesetzlichen** Ausnahme von zustimmungsbedürftigen Handlungen in § 69d Abs. 1 UrhG auf der anderen Seite vorgenommen werden.<sup>343</sup>

Nur die **Weiterreichung dieser gesetzlich geregelten Ausnahmemöglichkeit** dürfe auf 224 Grund des zwingenden Kerns des § 69d Abs. 1 UrhG nicht vertraglich unterbunden werden. Veräußere der Ersterwerber daher die Kopie des Computerprogramms und könne er das zur Nutzung erforderliche Vervielfältigungs- und Bearbeitungsrecht auf Grund einer dinglichen Verfügungsbeschränkung nicht wirksam übertragen, erhalte der Zweiterwerber nur die Rechtsstellung als „zur bestimmungsgemäßen Nutzung Berechtigter“ und damit die gesetzliche Berechtigung nach § 69d Abs. 1 UrhG. Dies stimme mit der Aussage des BGH überein, dass mit dem Begriff „Weiterverkauf der Lizenz“ vielmehr gemeint sei, dass die Nacherwerber mit dem Erwerb der „erschöpften“ Programmkopie das gesetzliche Recht zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Computerprogramms erlangten.<sup>344</sup> Das dem Ersterwerber ein-

<sup>336</sup> Schneider CR 2009, 553 merkt zu Recht an, dass das Verhältnis des Erschöpfungsgrundsatzes zu § 34 UrhG bisher vernachlässigt erscheint. Vgl. hierzu Bräutigam/Wiesemann CR 2010, 215.

<sup>337</sup> Vgl. hierzu nur Koch CR 2002, 629; Weisser/Färber MMR 2014, 364 (366), die auf kaufrechtliche Grundstücke abstellen.

<sup>338</sup> LG Hamburg 25.10.2013 – 315 O 449/12 – ZUM 2014, 69 (74) = MMR 2014, 102 (103) mAnm Heydn = K&R 2014, 63 mAnm Stögmüller = CR 2014, 18 mAnm Huppertz; Koch CR 2002, 629 (632).

<sup>339</sup> LG Hamburg 25.10.2013 – 315 O 449/12 – ZUM 2014, 69 (74) = MMR 2014, 102 (103) mAnm Heydn = K&R 2014, 63 mAnm Stögmüller = CR 2014, 18 mAnm Huppertz; OLG Hamburg 30.4.2013 – 5 W 35/13 – MMR 2014, 115 (116).

<sup>340</sup> Zum Spannungsverhältnis zwischen § 34 UrhG und dem Erschöpfungsgrundsatz vgl. ausführlich Bräutigam/Wiesemann CR 2010, 215.

<sup>341</sup> Kilian/Heussen/Heydn, Computerrechts-Handbuch, 1. Abschnitt Teil 2, Rn. 69a.

<sup>342</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 31f – UsedSoft II.

<sup>343</sup> Vgl. Heydn MMR 2014, 102 (106).

<sup>344</sup> BGH 17.7.2013 – I ZR 129/08, MMR 2014, 232, Rn. 43 – UsedSoft II.

geräumte vertragliche Nutzungsrecht, das damit nicht übergeht, gehe mit der Veräußerung des jeweiligen Vervielfältigungsstücks unter.<sup>345</sup>

- 225 e) **Fazit.** Eine **eindeutige Klarstellung** dieser Streitfrage durch den BGH ist **nicht** vollends **ersichtlich**, auch wenn sich die wohl hM gegen eine Wirksamkeit ausspricht. Dennoch kann – gerade mit Blick auf den Hinweis in der UsedSoft III-Entscheidung, dass durch den Weiterverkauf durchaus gegen schuldrechtliche Pflichten verstoßen werden kann, wenn sich diese im Rahmen des AGB- und Bestellrechts halten<sup>346</sup> – nicht ausgeschlossen werden, dass zumindest **ausnahmsweise Weiterübertragungsverbote**, die eine Weiterübertragung des Vervielfältigungsrechts nicht per se ausschließen, sondern von der Zustimmung des Urhebers abhängig machen, auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als **wirksam** angesehen werden, sofern vorab bestimmte Zustimmungsründe festgelegt und die Rechte des Zweiterwerbers nach § 69d Abs. 1 UrhG nicht beschränkt werden.<sup>347</sup> Zu den Zustimmungsründen sollte dabei zumindest die Insolvenz des bisherigen Lizenznehmers gehören.

---

<sup>345</sup> Heydn MMR 2014, 102 (106).

<sup>346</sup> Vgl. auch die Entscheidung BGH 19.3.2015 – I ZR 4/14, GRUR 2015, 1108 (1111) – Green-IT, in der der BGH von „(schuldrechtlich) wirksame Beschränkung“ spricht.

<sup>347</sup> Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von sog. **Aufspaltungsverboten**, dh von Regelungen, bei denen eine nur teilweise Überlassung von Lizenzen aus einem erworbenen Lizenzpaket ausgeschlossen wird vgl. LG Mannheim 22.12.2009 – 2 O 37/09, CR 2010, 159 (161). Zu Formulierungsvorschlägen für ein individualvertragliches Weiterübertragungsverbot vgl. → § 12 Rn. 1 ff. Überlassung von Software auf Dauer. Zu weiteren Fällen, in denen Weiterübertragungsverbote als wirksam angesehen werden können vgl. Marly S. 674 ff.