



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
EVGENI TANCHEV
vom 17. Dezember 2020¹

Rechtssache C-410/19

The Software Incubator Ltd
gegen
Computer Associates UK Ltd

(Vorabentscheidungsersuchen des Supreme Court of the United Kingdom [Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Selbständige Handelsvertreter – Richtlinie 86/653/EWG – Art. 1 Abs. 2 – Definition des Handelsvertreters – Begriffe ‚Verkauf‘ und ‚Waren‘ – Elektronische Lieferung einer Computersoftware mit Erteilung einer unbefristeten Lizenz an die Kunden eines Unternehmers“

I. Einleitung

1. Dieses Vorabentscheidungsersuchen des Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter².
2. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 definiert einen Handelsvertreter als einen selbständigen Gewerbetreibenden, dessen Tätigkeit insbesondere den Verkauf oder den Ankauf von Waren für eine andere Person, den Unternehmer, umfasst. Die sich in der vorliegenden Rechtssache stellende Hauptfrage lautet, ob die elektronische Lieferung einer Computersoftware, verbunden mit der Erteilung einer unbefristeten Lizenz, an die Kunden des Unternehmers als „Verkauf“ von „Waren“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden kann.
3. Mithin gibt diese Rechtssache dem Gerichtshof erstmals die Gelegenheit, über die Auslegung der Begriffe „Verkauf“ und „Waren“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 zu entscheiden. Dies ist im Ausgangsverfahren erforderlich, um zu bestimmen, ob die Richtlinie 86/653 für einen Vertreter gilt, der verpflichtet ist, die fragliche Computersoftware zu bewerben, und ob somit seinem auf diese Richtlinie gestützten Anspruch auf Schadensersatz stattgegeben werden kann.

¹ Originalsprache: Englisch.

² ABl. 1986, L 382, S. 17.

II. Rechtsrahmen

A. Unionsrecht

4. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 sieht vor:

„Handelsvertreter im Sinne dieser Richtlinie ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für eine andere Person (im Folgenden Unternehmer genannt) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abzuschließen.“

B. Recht des Vereinigten Königreichs

5. Die Richtlinie 86/653 wurde durch die Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (Statutory Instruments 1993/3053) (Regelungen zur Umsetzung einer Richtlinie des Rates über die Handelsvertreter [Rechtsverordnungen 1993/3053]) in geänderter Fassung (im Folgenden: Regulations) in das Recht des Vereinigten Königreichs umgesetzt³. Regulation 2 Abs. 1 dieser Regulations lautet:

„Im Sinne dieser Regulations

bezeichnet ‚Handelsvertreter‘ einen selbständigen Gewerbetreibenden, der ständig damit betraut ist, für eine andere Person (den ‚Unternehmer‘) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abzuschließen ...“

III. Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

6. Dem Vorlagebeschluss zufolge ist Computer Associates UK Ltd (im Folgenden: Computer Associates) eine Gesellschaft, die eine Computersoftware vermarktet, deren Art als „application release automation software“ (Software zur Automatisierung der Freigabe von Anwendungen) (im Folgenden: Software) bekannt ist. Diese Software ist komplex, kostspielig und nicht individualisiert, was bedeutet, dass es sich nicht um eine Sonderanfertigung für einen bestimmten Kunden handelt. Der Zweck der Software besteht darin, den übergreifenden Einsatz und die übergreifende Aktualisierung anderer Softwareanwendungen in den verschiedenen Betriebsumgebungen großer Organisationen wie Banken und Versicherungsgesellschaften automatisch zu koordinieren und installieren, so dass die zugrunde liegenden Anwendungen vollständig in die Software-Betriebsumgebung integriert sind.

7. The Software Incubator Ltd (im Folgenden: The Software Incubator) ist eine Gesellschaft, deren Eigner Herr Scott Dainty ist.

8. Am 25. März 2013 schlossen Computer Associates und The Software Incubator eine schriftliche Vereinbarung (im Folgenden: Vereinbarung).

³ Für Nordirland gibt es gesonderte Umsetzungsvorschriften (Commercial Agents [Council Directive] Regulations [Northern Ireland], 1993 [Northern Ireland Statutory Rules 1993/483]) (Regelungen zur Umsetzung einer Richtlinie des Rates über die Handelsvertreter [Nordirland], 1993 [Nordirland Rechtsvorschriften 1993/483]), die für dieses Verfahren nicht einschlägig sind.

9. Nach Klausel 2.1 der Vereinbarung stimmte The Software Incubator durch Herrn Dainty zu, im Auftrag von Computer Associates potenzielle Kunden in Irland und dem Vereinigten Königreich anzusprechen „um das Produkt zu bewerben, zu vermarkten und zu verkaufen“. Mit „Produkt“ wurde die Software bezeichnet, die im ersten Punkt der Vorbemerkung der Vereinbarung angegeben war. Dementsprechend war für die Zwecke der Vereinbarung Computer Associates der Unternehmer und The Software Incubator der Vertreter.

10. Wie in dem Vorlagebeschluss angegeben, ließen sich die wesentlichen Merkmale der Lieferung der Software wie folgt zusammenfassen: Zunächst lieferte Computer Associates ihren Kunden die Software elektronisch mit einer E-Mail, die einen Link zu einem Online-Portal enthielt, von dem sie diese herunterluden. Obwohl die Möglichkeit der Softwarelieferung auf einem körperlichen Datenträger bestand, wurde sie in der Praxis nicht genutzt.

11. Darüber hinaus hatte Computer Associates nach Klausel 4.1 der Vereinbarung das ausschließliche Recht, die Geschäftsbedingungen in Verbindung mit der Lizenzierung der Software an Kunden festzulegen, und stellte gemäß Klausel 6.1 der Vereinbarung den Kunden alle Gebühren in Rechnung, die mit der Nutzung der Software verbunden waren, und zog diese Gebühren ein. The Software Incubator war demnach als Vertreter damit betraut, die Erteilung von Lizenzen zur Nutzung der Software von Computer Associates gegenüber deren Kunden zu bewerben. The Software Incubator war nicht befugt, die Inhaberschaft oder eigentumsähnliche Rechte an der Software zu übertragen.

12. Insoweit wurde dem Kunden gemäß den Vereinbarungen zwischen Computer Associates und ihren Kunden⁴ eine Lizenz zur Nutzung der Software eingeräumt, die in den meisten Fällen unbefristet war, was bedeutete, dass sie für einen unbegrenzten Zeitraum galt. Die Lizenz erlaubte dem Kunden u. a., die Software in dem festgelegten Gebiet für eine zugelassene Zahl Endnutzer zu installieren und anzuwenden und den zugelassenen Endnutzern Zugang zu der Software zu gestatten. Hinsichtlich der Lizenz wurde des Weiteren ausbedungen, dass der Kunde bestimmten Verpflichtungen nachkommen musste, insbesondere derjenigen, nicht auf nicht zugelassene Teile der Software zuzugreifen oder diese zu nutzen, diese nicht einer Dekompilierung, einer Änderung oder einem Reverse Engineering zu unterziehen und sie nicht gegen Entgelt zu überlassen, abzutreten, zu übertragen oder für sie eine Unterlizenz zu erteilen. Computer Associates und mit ihr verbundene Unternehmen behielten sich alle Rechte, die Inhaberschaft, Urheberrechte, Patente, Markenrechte, Geschäftsgeheimnisse und alle sonstigen ausschließlichen Rechte an der Software vor. Jede Partei konnte die fragliche Vereinbarung wegen Vertragsverletzung oder bei Insolvenz der anderen Partei kündigen; in diesem Fall wurde die Lizenz widerrufen und der Kunde hatte etwaige Kopien der Software zurückzugeben oder zu zerstören.

13. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2013 kündigte Computer Associates die Vereinbarung mit The Software Incubator.

⁴ Wie im Vorlagebeschluss dargelegt, wurde die Lizenz zur Nutzung der Software gemäß der maßgeblichen Vereinbarung zwischen Computer Associates und dem Kunden von einer mit ihr verbundenen Gesellschaft, der CA Europe SARL, erteilt. Die Lizenzbedingungen wurden für Neukunden im Software-Modul gemäß der Rahmenvereinbarung und für Bestandskunden in der Hauptvereinbarung (Master Agreement) festgelegt, wobei die Bedingungen materiell vergleichbar waren. Gemäß diesen den Erklärungen von Computer Associates beigefügten Vereinbarungen war der Kunde im Allgemeinen verpflichtet, die Gebühr für die Software innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt der Rechnung von Computer Associates zu zahlen. Kunden füllten für den Kauf der Software auch ein Bestellformular aus.

14. The Software Incubator erhob gegen Computer Associates vor dem High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Hoher Gerichtshof von England und Wales [Abteilung für Zivilsachen]) (Vereinigtes Königreich), Klage und begehrte insbesondere Schadensersatz gemäß den Bestimmungen der Regulations zur Umsetzung des Art. 17 der Richtlinie 86/653. Computer Associates bestreitet eine Schadensersatzpflicht u. a. mit der Begründung, die Regulations seien nicht anwendbar, da im Sinne der Definition des Handelsvertreters in Regulation 2 Abs. 1 zur Umsetzung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 die Lieferung der von The Software Incubator beworbenen Software keinen „Verkauf von Waren“ im Sinne der Definition des Handelsvertreters in Regulation 2 Abs. 1 dieser Regulations zur Umsetzung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 darstelle.

15. Mit seinem Urteil vom 1. Juli 2016⁵ entschied der High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Hoher Gerichtshof von England und Wales [Abteilung für Zivilsachen]), dass die elektronische Lieferung der Software, die aufgrund einer unbefristeten Lizenz verbunden gewesen sei, einem „Verkauf von Waren“ nach Regulation 2 Abs. 1 gleichkomme, und sprach The Software Incubator gemäß diesen Regulations u. a. 475 000 Pfund Sterling (GBP) (ungefähr 531 100 Euro) als Schadensersatz zu. Der „Verkauf von Waren“ sei für die Zwecke der Regulations autonom zu definieren und die Lieferung der Software nicht deshalb vom Begriff der „Ware“ ausgeschlossen, weil die Software nicht verkörpert sei, und auch nicht von dem des „Verkaufs“ ausgeschlossen, weil die Inhaberschaft der sie betreffenden Rechte des Geistigen Eigentums gewöhnlich nicht mit absoluter Wirkung übertragen werde.

16. Computer Associates legte gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel bei dem Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht von England und Wales [Abteilung für Zivilsachen]) (Vereinigtes Königreich) ein.

17. Mit seinem Urteil vom 19. März 2018⁶ entschied der Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht von England und Wales [Abteilung für Zivilsachen]), dass die elektronische und nicht auf einem Datenträger verkörpert erfolgende Lieferung der Software keine „Waren“ im Sinne der Regulation 2 Abs. 1 zum Gegenstand habe. Diesem Gericht zufolge ist nach einschlägiger Rechtsprechung diese Feststellung ungeachtet der Bedenken zwingend, dass dieser Ansatz im Licht des technologischen Fortschritts überholt erscheinen möge. Das genannte Gericht hat daher nicht geprüft, ob die Softwarelizenzerteilung zugunsten der Kunden von Computer Associates nach dieser Bestimmung als „Verkauf“ anzusehen sei. Folglich gelangte das Gericht zu dem Ergebnis, dass The Software Incubator kein Handelsvertreter im Sinne der Regulations sei, und wies den auf diese Vorschriften gestützten Schadensersatzanspruch ab.

18. Mit Beschluss vom 28. März 2019 hat der Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) The Software Incubator die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung des Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht von England und Wales [Abteilung für Zivilsachen]) zugelassen.

19. Das vorliegende Gericht legt dar, es sei nicht klar, ob die Definition des Handelsvertreters in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653, die auf den „Verkauf von Waren“ beschränkt ist, auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anzuwenden sei.

⁵ Software Incubator Ltd v Computer Associates UK Ltd [2016] EWHC 1587 (QB), Nrn. 35 bis 69.

⁶ Computer Associates Ltd v Software Incubator Ltd [2018] EWCA Civ 518, Nrn. 13, 17 bis 69.

20. Unter diesen Umständen hat der Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) entschieden, das Ausgangsverfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Stellt eine Kopie einer Computersoftware, die Kunden eines Unternehmers elektronisch und nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert wird, „Waren“ in dem Sinne dar, in dem dieser Begriff in der Begriffsbestimmung eines Handelsvertreters in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter verwendet wird?
2. Stellt es einen „Verkauf von Waren“ in dem Sinne dar, in dem dieser Begriff in der Begriffsbestimmung eines Handelsvertreters in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 verwendet wird, wenn Computersoftware Kunden eines Unternehmers geliefert wird, indem dem Kunden eine unbefristete Lizenz zur Nutzung einer Kopie der Computersoftware erteilt wird?

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof

21. The Software Incubator, Computer Associates, die deutsche Regierung und die Europäische Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht. The Software Incubator, Computer Associates und die Kommission haben auch die schriftlichen Fragen beantwortet, die ihnen der Gerichtshof nach Art. 62 Abs. 1 seiner Verfahrensordnung vorgelegt hat.

22. Während der Anhängigkeit dieser Rechtssache vor dem Gerichtshof hat das Vereinigte Königreich die Europäische Union am 31. Januar 2020 verlassen. Nach Art. 86 Abs. 2 des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft⁷ bleibt der Gerichtshof weiterhin für Vorabentscheidungsersuchen der Gerichte des Vereinigten Königreichs zuständig, die vor Ende des Übergangszeitraums vorgelegt werden, der gemäß Art. 126 des Abkommens grundsätzlich am 31. Dezember 2020 endet. Außerdem wird das Urteil des Gerichtshofs nach Art. 89 Abs. 1 des Abkommens, gleich ob es vor oder nach dem Ende des Übergangszeitraums ergeht, in seiner Gesamtheit für das Vereinigte Königreich und im Vereinigten Königreich rechtsverbindlich sein.

23. Demnach ist der Gerichtshof angesichts dessen, dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen am 28. Mai 2019 vorgelegt worden ist, weiterhin für dieses Vorabentscheidungsersuchen zuständig und ist der Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) an das in dem vorliegenden Verfahren ergehende Urteil des Gerichtshofs gebunden.

V. Zusammenfassung der Erklärungen der Beteiligten

24. The Software Incubator bringt vor, die erste Frage sei zu bejahen. Ihrer Ansicht nach schließt der Begriff „Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 Software unabhängig davon ein, ob sie auf körperliche oder nicht körperliche Weise geliefert werde. Es gebe im Wortlaut dieser

⁷ ABl. 2020, L 29, S. 7. Nach Art. 86 Abs. 3 des Abkommens gilt ein Vorabentscheidungsersuchen zu dem Zeitpunkt als vorgelegt, zu dem die Unterlagen zur Einleitung des Verfahrens von der Kanzlei des Gerichtshofs der Europäischen Union registriert wurden. Im vorliegenden Fall wurde das Vorabentscheidungsersuchen des Supreme Court des Vereinigten Königreichs am 28. Mai 2019 von der Kanzlei des Gerichtshofs registriert.

Bestimmung keinen Unterschied zwischen körperlichen und nicht körperlichen Waren, und unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte habe der Unionsgesetzgeber nur „Dienstleistungen“ und nicht etwa auch nicht körperliche Waren von dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausschließen wollen.

25. The Software Incubator macht geltend, das Verständnis des „Waren“-Begriffs in anderen Bereichen des Unionsrechts sei nur begrenzt hilfreich, da es jeweils von dem Zusammenhang und den Zielen der in Rede stehenden Unionsrechtsbestimmungen abhängt. Gleichwohl weist The Software Incubator darauf hin, Computersoftware werde in Rechtsakten der Union, die z. B. Marken⁸ und Medizinprodukte⁹ betreffen, als „Waren“ behandelt und falle nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit¹⁰ unter die Definition von „Waren“, ebenso wie es bei der Elektrizität der Fall sei. Es sei nicht maßgeblich, dass jüngere Unionsmaßnahmen zum Verbraucherschutz, einschließlich der Richtlinie 2011/83¹¹ und der Richtlinie 2019/770¹², zwischen Kaufverträgen über Waren und Verträgen über die Lieferung digitaler Inhalte wie etwa Computersoftware unterschieden, da dies die besonderen Ziele dieser Richtlinien widerspiegeln und die Richtlinie 2019/770 jedenfalls unabhängig davon den gleichen Schutz für Verbraucher vorsehe, ob die Lieferung des digitalen Inhalts durch ein körperliches oder nicht körperliches Medium erfolge.

26. The Software Incubator trägt vor, ihr Standpunkt stimme mit den von der Richtlinie 86/653 verfolgten Zielen überein, weil ein Handelsvertreter, der elektronisch gelieferte Computersoftware verkaufe, denselben Schutz benötige wie derjenige, der sie auf einem körperlichen Datenträger verkaufe, und es sich dabei im Wesentlichen um dieselben „Vermittlertätigkeiten i[m] Handel“ handle, auf die im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 86/653 verwiesen werde. Da Computersoftware nicht losgelöst von einer körperlichen Umgebung betrieben werden könne, indem sie auf Computer-Hardware aufgespielt werde, sei es aus ihrer Sicht gekünstelt, sie als „Waren“ einzustufen, wenn sie auf einer Disk geliefert werde, jedoch nicht, wenn die Lieferung durch Herunterladen geschehe. Eine solche Unterscheidung führe auch zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt, da ein Unternehmer seinen Verpflichtungen aus der Richtlinie 86/653 durch die Lieferung seiner Produkte in elektronischer Form entgehen könnte. In Anbetracht dessen, dass es die Funktion des Handelsvertreters sei, Geschäfte zu vermitteln, und die Liefermethode möglicherweise nicht in der Vermittlungsphase bestimmt werde, solle die Anwendbarkeit der Richtlinie 86/653 nicht davon abhängen, welche Entscheidungen der Unternehmer hierzu treffe, nachdem der Handelsvertreter seine Funktion wahrgenommen habe.

⁸ The Software Incubator verweist insbesondere auf das Abkommen von Nizza über die Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken, abgeschlossen auf der diplomatischen Konferenz von Nizza am 15. Juni 1957, zuletzt revidiert in Genf am 13. Mai 1977 und geändert am 28. September 1979 (*United Nations Treaty Series*, Bd. 1154, Nr. 1 18200, S. 89).

⁹ The Software Incubator verweist insbesondere auf das Urteil vom 22. November 2012, *Brain Products* (C-219/11, EU:C:2012:742).

¹⁰ The Software Incubator verweist insbesondere auf die Urteile vom 10. Dezember 1968, *Kommission/Italien* (7/68, EU:C:1968:51), vom 21. Oktober 1999, *Jägerskiöld* (C-97/98, EU:C:1999:515), und vom 26. Oktober 2006, *Kommission/Griechenland* (C-65/05, EU:C:2006:673).

¹¹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2011, L 304, S. 64).

¹² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. 2019, L 136, S. 1). Nach Art. 24 dieser Richtlinie erlassen die Mitgliedstaaten bis zum 1. Juli 2021 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie nachzukommen, und werden sie ab dem 1. Januar 2022 anwenden.

27. The Software Incubator trägt vor, auch die zweite Frage sei zu bejahen, da der Begriff „Verkauf von Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 die Lieferung von Software aufgrund einer unbefristeten Lizenz einschließe. Aus dem Beschluss vom 10. Februar 2004 in der Rechtssache Mavrona¹³ ergebe sich, dass der Schwerpunkt bei der Auslegung dieser Bestimmung auf dem Wesen der Vertragsbeziehung zwischen dem Handelsvertreter und dem Unternehmer, der von diesem Vertreter ausgeübten Tätigkeit und dem Schutzbedürfnis dieses Vertreters liege, die allesamt unabhängig davon seien, ob die Software im Rahmen eines Kaufvertrags oder aufgrund einer unbefristeten Lizenz in verkörperter oder nicht verkörperter Form geliefert werde. Beschränkungen der Nutzung der Software in Hinblick auf Urheberrechte seien nicht relevant, da sie sich im Wesentlichen nicht von denjenigen unterschieden, die im Rahmen von Kaufverträgen seitens der Urheberrechtsinhaber für die verkauften Produkte auferlegt würden. Der von The Software Incubator vertretene Standpunkt werde durch das Urteil vom 3. Juli 2012 in der Rechtssache UsedSoft¹⁴ gestützt, in dem der Gerichtshof bei einem dem vorliegenden Fall vergleichbaren Sachverhalt die Lieferung eines Computerprogramms aufgrund einer unbefristeten Lizenz als „Verkauf“ angesehen habe; im vorliegenden Fall habe der Kunde Computer Associates eine Gebühr gezahlt und dafür eine Software erhalten, die er ohne jede weitere Zahlung einer Gebühr für einen unbegrenzten Zeitraum habe nutzen können, wobei jedoch wegen Softwareurheberrechten Nutzungsbeschränkungen bestanden hätten.

28. Computer Associates trägt vor, die erste Frage sei zu verneinen, da elektronisch gelieferte Computersoftware keine „Ware“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 darstelle. Aus ihrer Sicht schließt die allgemeine Bedeutung von „Waren“, wie aus anderen Sprachfassungen hervorgehe¹⁵, nur körperliche und bewegliche Gegenstände ein und findet somit keine Anwendung auf nicht körperliche Gegenstände wie etwa auf nicht körperliche Weise gelieferte Software. Als die Richtlinie 86/653 erlassen worden sei, hätten das Internet, Computersoftware und das Herunterladen in ihrer aktuellen Form nicht existiert, so dass der Warenbegriff nicht in dem Sinne habe verstanden werden können, dass er für nicht körperliche Gegenstände gelte, und seitdem sei er unverändert geblieben. Was die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 86/653 angehe, so habe der Unionsgesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Richtlinie mit Absicht auf „Waren“ beschränkt, und die mögliche Anwendung auf eine weitere Gruppe von Vertretern unter Einschluss solcher für „Produkte“ sei nicht aufgegriffen worden.

29. Computer Associates macht geltend, Wirkung und Stellung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 lieferten für ihren Standpunkt eine kontextbezogene Stütze, da diese zentrale Bestimmung den Anwendungsbereich der Richtlinie abgrenze. Sie weist darauf hin, dass der Gerichtshof auf der Grundlage des Beschlusses vom 10. Februar 2004 in der Rechtssache Mavrona¹⁶ dem in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 verwendeten Wortlaut seine Wirkung zumesse und, selbst wenn weitere Harmonisierung wünschenswert sei, diese nicht durch eine Gerichtsentscheidung herbeigeführt werden könne. Computer Associates trägt vor, der Begriff der „Waren“ in anderen Bereichen des Unionsrechts, wie etwa der Warenverkehrsfreiheit¹⁷, des

¹³ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁴ C-128/11, EU:C:2012:407.

¹⁵ Computer Associates verweist in dieser Hinsicht auf die dänische („salg eller køb af varer“), die niederländische („de verkoop of de aankoop van goederen“), die französische („la vente ou l'achat de marchandises“), die deutsche („den Verkauf oder den Ankauf von Waren“), die griechische („εμπορευμάτων“), die italienische („la vendita o l'acquisto di merci“), die portugiesische („a venda ou a compra de mercadorias“) und die spanische („la venta o la compra de mercancías“) Sprachfassung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653.

¹⁶ C-85/03, EU:C:2004:83.

¹⁷ Computer Associates verweist insbesondere auf die Urteile vom 30. April 1974, Sacchi (155/73, EU:C:1974:40), und vom 21. Oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, EU:C:1999:515).

Zolles¹⁸ und der Mehrwertsteuer¹⁹ beziehe sich lediglich auf körperliche Gegenstände, und es bestehe keine notwendige Verbindung zwischen der Bedeutung von „Waren“ in der Richtlinie 86/653 und im Klassifikationssystem für die Eintragung von Marken. Das Unternehmen betont auch, dass jüngere Verbraucherschutzmaßnahmen der Union einschließlich der Richtlinien 2011/83 und 2019/770 sowie der Richtlinie 2019/771²⁰ relevant seien, da sie insbesondere zeigten, dass dort, wo der Unionsgesetzgeber die Anwendung einer Unionsmaßnahme auf Computersoftware ohne einen körperlichen Datenträger, wie sie hier in Rede stehe, beabsichtige, er dies ausdrücklich und nicht durch die Verwendung des Begriffs „Waren“ vorsehe.

30. Computer Associates zufolge stimmt ihr Standpunkt mit den Zielen der Richtlinie 86/653 überein, da diese Richtlinie, wie aus ihrem zweiten Erwägungsgrund ersichtlich sei, darauf abziele, für den „Warenaustausch“ Binnenmarktbedingungen zu erreichen, und ihr Harmonisierungsziel gemäß ihren Art. 1 und 2 notwendigerweise auf diesen „Warenaustausch“ beschränkt sei. Der Umstand, dass nach der Richtlinie 86/653 auf einem körperlichen Datenträger gelieferte Computersoftware eine „Ware“ darstelle, nicht jedoch, wenn sie auf nicht körperliche Weise geliefert werde, sei nicht willkürlich, da sich dies aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie ergebe und dies, wie die Richtlinien 2011/83, 2019/770 und 2019/771 zeigten, Unterschiede zwischen Waren und digitalen Inhalten widerspiegele.

31. Computer Associates trägt vor, werde die erste Frage verneint, bestehe keine Notwendigkeit, sich mit der zweiten Frage zu befassen, und macht hilfsweise geltend, der Begriff des Verkaufs von Waren umfasse nicht die Erteilung einer Lizenz zur Nutzung einer Kopie der Software. Die allgemeine Bedeutung der Worte „Verkauf oder ... Ankauf von Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 bezeichne, wie aus anderen Sprachfassungen ersichtlich sei²¹, die Übertragung des Eigentums oder der Rechte an den Waren vom Verkäufer auf den Käufer. Ihrer Ansicht nach beinhaltet jedoch die Erteilung einer unbefristeten Lizenz unter den Umständen dieser Rechtssache keine Übertragung des Eigentums oder der Rechte an der Software. Vielmehr schlössen die Vereinbarungen zwischen Computer Associates und ihren Kunden eine solche Übertragung aus, da die Rechte an der Software bei Computer Associates und mit ihr verbundenen Unternehmen verblieben und keine anderen die Software betreffende Eigentumsrechte auf die Kunden übertragen würden. Eine solche Lizenz stelle daher keinen „Verkauf von Waren“ im üblichen Sinne, sondern eine vorübergehende Erlaubnis zur Nutzung der Software dar, die im Fall von Vertragsverletzung oder Insolvenz beendet werden könne. Das Urteil in der Rechtssache UsedSoft²² sei ferner wegen des besonderen Wortlauts und Zusammenhangs der in Rede stehenden Unionsrechtsvorschriften nicht einschlägig, was durch die jüngere Rechtsprechung untermauert werde²³. Jedenfalls spreche die Feststellung in diesem Urteil, „Verkauf“ bezeichne eine Übertragung von Eigentumsrechten, dagegen, den „Verkauf von Waren“ in der Richtlinie 86/653 dahin auszulegen, dass er auf die Erteilung einer Lizenz zur Nutzung der Software Anwendung finde.

¹⁸ Computer Associates verweist in dieser Hinsicht auf das Urteil vom 18. April 1991, *Brown Boveri* (C-79/89, EU:C:1991:153).

¹⁹ Computer Associates verweist in dieser Hinsicht auf die Urteile vom 27. Oktober 2005, *Levob Verzekeringen und OV Bank* (C-41/04, EU:C:2005:649), und vom 5. März 2015, *Kommission/Luxemburg* (C-502/13, EU:C:2015:143).

²⁰ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG (ABl. 2019, L 136, S. 28). Nach Art. 24 dieser Richtlinie erlassen die Mitgliedstaaten bis zum 1. Juli 2021 die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie nachzukommen, und werden sie ab dem 1. Januar 2022 anwenden.

²¹ Computer Associates verweist in dieser Hinsicht auf die Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653, die in Fn. 15 dieser Schlussanträge aufgeführt werden.

²² Urteil vom 3. Juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²³ Computer Associates verweist in dieser Hinsicht auf das Urteil vom 19. Dezember 2019, *Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111).

32. Die deutsche Regierung bringt vor, beide Fragen sollten zusammen in dem Sinne beantwortet werden, dass ein „Verkauf von Waren“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 gegeben sei, wenn einem Kunden des Unternehmers eine unbefristete Lizenz zur Nutzung einer Kopie einer Computersoftware lediglich elektronisch und nicht auf einem körperlichen Datenträger erteilt werde. Sie weist darauf hin, die deutsche Sprachfassung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 spreche gegen eine Beschränkung des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie auf körperliche Gegenstände, da die allgemeine Bedeutung des Substantivs „Ware“ auch nicht körperliche Gegenstände einschließe.

33. Die deutsche Regierung trägt vor, der Gerichtshof solle sich nicht auf die primärrechtliche Abgrenzung zwischen der Warenverkehrsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit stützen, da die Richtlinie 86/653 die Harmonisierung der Tätigkeit der Handelsvertreter zum Gegenstand habe und ihr Anwendungsbereich vor diesem Hintergrund funktional so zu bestimmen sei, dass die Auslegung möglichst handelsvertreterfreundlich erfolge. Sie betont, eine enge Auslegung von „Verkauf von Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 dahin, dass nur körperliche Waren erfasst seien, konterkariere das von der Richtlinie verfolgte Ziel des Schutzes der Handelsvertreter, da dann ein erheblicher Teil des tradierten Geschäftsfelds der Handelsvertreter in Deutschland nicht länger in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen würde.

34. Der deutschen Regierung zufolge führt eine derart enge Auslegung zu unbilligen Ergebnissen, da ein Handelsvertreter, der ein Produkt in körperlicher Form vermarkte, durch die Richtlinie 86/653 geschützt sei, jedoch nicht, wenn er dasselbe Produkt in digitaler Form vermarkte. Eine solche Lesart erlaube es einem Unternehmer außerdem, sich den zwingenden Bestimmungen dieser Richtlinie zu entziehen, indem er eine Konstellation wähle, in der der Geschäftsgegenstand kein körperlicher Gegenstand sei. Die deutsche Regierung ist der Auffassung, während die Vermarktung von Computersoftware nicht vorhersehbar gewesen sei, als die Richtlinie 86/653 verfasst wurde, sei es nicht die Absicht des Unionsgesetzgebers gewesen, den Schutz der Handelsvertreter von zufälligen technologischen Entwicklungen abhängig zu machen.

35. Die Kommission trägt vor, die beiden Fragen sollten zusammen in dem Sinne beantwortet werden, dass Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 die elektronischen Lieferungen einer Kopie einer Computersoftware an die Kunden eines Unternehmers, die nicht auf einem körperlichen Datenträger erfolge, einschließe. Der „Verkauf von Waren“ in der Richtlinie 86/653 sei ein autonomer Begriff des Unionsrechts und unter Berücksichtigung technologischer Entwicklungen dynamisch auszulegen. Die Kommission schlägt ferner vor, die beiden Fragen in umgekehrter Reihenfolge zu behandeln.

36. Die Kommission macht geltend, das Urteil in der Rechtssache UsedSoft²⁴ stütze die Feststellung, dass die Erteilung einer unbefristeten Lizenz zur Nutzung der Software nach der Richtlinie 86/653 als „Verkauf“ anzusehen sei. Diesem Urteil vergleichbar erwerbe im vorliegenden Fall der Kunde gegen Zahlung einer Gebühr ein Dauernutzungsrecht an der Software, und es mache, wie die nachfolgende Rechtsprechung²⁵ bestätige, keinen Unterschied für die Art des Geschäfts, ob die Software durch Herunterladen oder auf einem körperlichen Datenträger zur Verfügung gestellt werde.

²⁴ Urteil vom 3. Juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁵ Die Kommission verweist in dieser Hinsicht auf das Urteil vom 19. Dezember 2019, Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111).

37. Was den Begriff der „Waren“ angeht, ist die Kommission der Auffassung, die Rechtsprechung in anderen Bereichen des Unionsrechts sei nicht eindeutig, da sie von den anwendbaren Rechtsvorschriften und den besonderen Gegebenheiten abhängt. Ihrer Ansicht nach ist als nicht körperlicher Gegenstand vermarktete Computersoftware nach der Richtlinie 86/653 als „Ware“ im weiteren Sinn anzusehen und habe nicht vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen werden sollen, als diese im Verabschiedungsprozess abgeändert wurde, um „Dienstleistungen“ auszuschließen. Die Kommission betont, die Unionsrechtsvorschriften hätten sich in Bezug auf Computersoftware, wie die Richtlinien 2011/83 und 2019/770 veranschaulichten, ausgehend von der herkömmlichen Betonung des Eigentums an körperlichen Gegenständen und dem Gegensatz zwischen Waren und Dienstleistungen weiterentwickelt. Ihrer Ansicht nach steht ein weiter Ansatz in Einklang mit dem Ziel der Richtlinie 86/653, die Handelsvertreter zu schützen. In der Tat liefe es diesem Ziel zuwider, wenn demselben für denselben Unternehmer und zu denselben Bedingungen tätigen Handelsvertreter sein Schutz allein wegen technologischer Entwicklungen oder der von einem Kunden bevorzugten Art der Softwarelieferung entzogen würde. Die Kommission trägt in Analogie zum Urteil in der Rechtssache *UsedSoft*²⁶ des Weiteren vor, die Wirksamkeit der Richtlinie 86/653 würde konterkariert, wenn sich der Unternehmer seinen Verpflichtungen nach dieser Richtlinie entziehen könnte, indem er seine Produkte elektronisch liefert; dies gelte insbesondere, da diese Form der Vermarktung für Computersoftware massiv genutzt werde.

VI. Analyse

38. Mit seinen beiden Fragen möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob im Sinne der in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 festgelegten Definition des Handelsvertreters Computersoftware wie die in Rede stehende, die Kunden eines Unternehmers elektronisch und nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert wird, als „Ware“ und zweitens die Lieferung solcher Software aufgrund einer unbefristeten Lizenz, die Kunden gegen Zahlung einer Gebühr für einen unbegrenzten Zeitraum ein Recht einräumt, eine Kopie dieser Software zu nutzen, als „Verkauf“ anzusehen ist.

39. Diese beiden Fragen stellen sich aufgrund des Umstands, dass, wie aus den von The Software Incubator, Computer Associates und der Kommission eingereichten Erklärungen ersichtlich ist, nach dem Recht des Vereinigten Königreichs und anderer Mitgliedstaaten der Begriff „Waren“ herkömmlich auf körperliche und bewegliche Gegenstände, d. h. auf Gegenstände, die im Allgemeinen haptisch berührt und bewegt werden können, beschränkt wird und „Verkauf“ begrifflich mit einer Übertragung des Eigentums verbunden wird, was den Erwerb des verkauften Gegenstands und des Rechts bedeutet, über ihn zu verfügen; insoweit besteht eine Überschneidung mit den verwandten Begriffen des Eigentums und des Besitzes. Bei Computersoftware²⁷, womit allgemein eine Reihe von Computerprogrammen bezeichnet werden, die einen Computer in die Lage versetzen, zu funktionieren und Aufgaben auszuführen²⁸, begegnen diese Begriffe jedoch Herausforderungen. Dies beruht insbesondere darauf, dass heutzutage Computersoftware, wie die vorliegende Rechtssache veranschaulicht,

²⁶ Urteil vom 3. Juli 2012 (C-128/11, EU:C:2012:407).

²⁷ Für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze der rechtlichen Einstufung von Computersoftware in den Mitgliedstaaten, dem Vereinigten Königreich und anderen Rechtssystemen vgl. z. B. Clark, R., „The Legal Status of Software: Part 1“, *Commercial Law Practitioner*, Bd. 23, 2016, S. 48 bis 56, „The Legal Status of Software: Part 2“, *Commercial Law Practitioner*, Bd. 23, 2016, S. 78 bis 86, sowie von Bar, C. und Clive, E. (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Bd. 2, Sellier, 2009, S. 1217 und 1218.

²⁸ Vgl. z. B. Moon, K., „The nature of computer programs: tangible? goods? personal property? intellectual property?“, *European Intellectual Property Review*, Bd. 31, 2009, S. 396 bis 407, und Saidov, D. und Green, S., „Software as goods“, *Journal of Business Law*, 2007, S. 161 bis 181.

üblicherweise durch Herunterladen und nicht auf einem körperlichen Datenträger wie einer CD oder DVD geliefert wird und mit der Erteilung einer üblicherweise unbefristeten Lizenz zur Kontrolle ihrer Nutzung einhergeht. Folglich hat die rechtliche Einstufung der Computersoftware im Unionsrecht und anderen Rechtsordnungen in unterschiedlichen Zusammenhängen²⁹, wie etwa den nachfolgend erörterten Unionsmaßnahmen zum Verbraucherschutz³⁰, erhebliche Debatten ausgelöst.

40. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Begriffe „Verkauf“ und „Waren“ im nationalen Recht und im Unionsrecht unterschiedlich ausgelegt werden könnten. Sie stellen insbesondere Kernbegriffe des nationalen Privatrechts und in vielen Bereichen des primären und sekundären Unionsrechts dar. In der vorliegenden Rechtssache wird der Gerichtshof allerdings dazu aufgefordert, diese Begriffe in dem besonderen Zusammenhang der Richtlinie 86/653 und insbesondere im Licht der wesentlichen Merkmale des Handelsvertreters im Sinne des Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie auszulegen.

41. In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass die in der vorliegenden Rechtssache gestellten Fragen vom Gerichtshof noch nicht geprüft worden sind³¹. Zur Beantwortung dieser Fragen sind zuerst einige Vorbemerkungen zu der Richtlinie 86/653 und der Definition des Handelsvertreters sowie dem Urteil vom 3. Juli 2012 in der Rechtssache *UsedSoft*³² erforderlich (Abschnitt A). Sodann werde ich die Auslegung des in der ersten Frage erwähnten Begriffs „Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 prüfen (Abschnitt B). Abschließend werde ich auf die in der zweiten Frage erbetene Auslegung des Begriffs „Verkauf“ in dieser Vorschrift (Abschnitt C) eingehen³³.

42. Auf der Grundlage dieser Analyse bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass elektronisch gelieferte Computersoftware mit einer unbefristeten Lizenz wie der in Rede stehenden als „Verkauf“ von „Waren“ nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 anzusehen und diese Richtlinie daher auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anzuwenden ist.

A. Vorbemerkungen

1. Richtlinie 86/653 und die Definition des Handelsvertreters

43. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 86/653 ein wesentliches Rechtsinstrument zur Regelung der Handelsvertretung in der Union darstellt³⁴. Wie der Gerichtshof anerkannt hat, liegen die Ziele dieser Richtlinie, wie sich aus ihrem zweiten und dritten Erwägungsgrund ergibt,

²⁹ Es ist erwähnenswert, dass es z. B. eine Diskussion über eine mögliche Überarbeitung des Begriffs „Produkt“ in Art. 2 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ABl. 1985, L 210, S. 29) im Licht neuer Technologien gegeben hat; vgl. in dieser Hinsicht Kommission, Bericht über die Auswirkungen künstlicher Intelligenz, des Internets der Dinge und der Robotik in Hinblick auf Sicherheit und Haftung, COM(2020) 64 final, 19. Februar 2020, S. 16 und 17.

³⁰ Vgl. Nrn. 70 bis 72 dieser Schlussanträge.

³¹ Vgl. Nr. 45 dieser Schlussanträge.

³² C-128/11, EU:C:2012:407.

³³ In dieser Hinsicht scheint mir, die beiden Fragen sollten, selbst wenn eine gewisse Überschneidung unvermeidlich ist, insbesondere wegen der verschiedenen in Hinblick auf jede Frage vorbrachten Argumente gesondert behandelt werden, und dass kein Grund besteht, von der vom vorlegenden Gericht vorgegebenen Reihenfolge abzuweichen.

³⁴ Vgl. z. B. Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen, Evaluation of Directive 86/653 (REFIT Evaluation), SWD(2015) 146 final, vom 16. Juli 2015. Für eine eingehende Besprechung vgl. z. B. Saintier, S., „Commercial agency in European Union private law“, in Twigg-Flesner, C. (Hrsg.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, 2010, S. 273 bis 285; mit einem Fokus auf dem Vereinigten Königreich vgl. auch z. B. Randolph, F., und Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, 3. Aufl., Hart, 2010; Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, 5. Aufl., Bloomsbury Professional, 2020.

im Schutz der Handelsvertreter in ihren Beziehungen zu ihren Unternehmern, in der Förderung der Sicherheit im Handelsverkehr und in der Erleichterung des Warenaustauschs zwischen den Mitgliedstaaten durch Angleichung ihrer Rechtsordnungen im Bereich der Handelsvertretung³⁵. Hierzu führt die Richtlinie 86/653 harmonisierte Regeln über Rechte und Pflichten der Handelsvertreter und ihrer Unternehmer, die Vergütung der Handelsvertreter und den Abschluss und die Beendigung von Handelsvertreterverträgen einschließlich insbesondere des den Handelsvertretern bei Vertragsbeendigung geschuldeten Ausgleichs oder Schadensersatzes ein, der zwingendes Recht ist³⁶.

44. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 eröffnet insofern den Schutz, den diese Richtlinie den Handelsvertretern gewährt, als eine Person die in dieser Definition des Handelsvertreters aufgeführten Voraussetzungen erfüllen muss, um vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie erfasst zu sein. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, stellt Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 drei notwendige und hinreichende Voraussetzungen dafür auf, dass eine Person nach dieser Richtlinie als Handelsvertreter eingestuft werden kann: Erstens muss diese Person die Eigenschaft eines selbständigen Gewerbetreibenden haben, zweitens muss sie vertraglich dauerhaft an den Unternehmer gebunden sein, und drittens muss diese Person einer Tätigkeit nachgehen, die darin besteht, den Verkauf oder den Ankauf von Waren für den Unternehmer zu vermitteln oder diese Geschäfte in dessen Namen und für dessen Rechnung abzuschließen³⁷, was hier der Fall ist.

45. Was die dritte Voraussetzung anbelangt, hat der Gerichtshof Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 dahin ausgelegt, dass er insbesondere Handelsvertreter ausschließt, die mit dem Verkauf oder Ankauf von Dienstleistungen und nicht von Waren befasst sind³⁸. Jedoch ist der Gerichtshof bisher noch nicht dazu aufgerufen worden, die Begriffe „Verkauf“ und „Waren“ nach dieser Vorschrift zu erläutern. Dies mag zum Teil dadurch zu erklären sein, dass mehrere Rechtssachen nationale Rechtsvorschriften betrafen, die eine weite Definition der Handelsvertreter enthielten³⁹, so dass eine eingehende Befassung mit diesem Gegenstand nicht erforderlich war⁴⁰.

³⁵ Vgl. z. B. Urteil vom 4. Juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, Rn. 36).

³⁶ Vgl. z. B. Urteil vom 19. April 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, Rn. 34).

³⁷ Vgl. z. B. Urteil vom 21. November 2018, Zako (C-452/17, EU:C:2018:935, Rn. 23). Somit genügt es, wie der Gerichtshof in Rn. 24 dieses Urteils festgestellt hat, dass eine Person diese drei Voraussetzungen erfüllt, um sie als „Handelsvertreter“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 unabhängig von den Modalitäten, unter denen sie ihre Tätigkeit verrichtet, einstufen zu können, soweit sie nicht unter die Ausschlussstatbestände in Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie fällt.

³⁸ Vgl. z. B. Beschluss vom 6. März 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, nicht veröffentlicht, EU:C:2003:133) (betreffend einen Vertreter, der dem Abschluss von Versicherungs-, Rentenversicherungs- oder Sparverträgen nachging); vgl. auch die Zitate in der nächsten Fußnote.

³⁹ Obwohl in dieser Hinsicht nationale Rechtsvorschriften, die Handelsvertreter über den Verkauf oder Ankauf von Waren hinaus erfassen, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 86/653 fallen, hat sich der Gerichtshof für zuständig angesehen, in solchen Fällen zu entscheiden: vgl. Urteile vom 16. März 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, Rn. 7, 11 bis 19) (Schiffchartervertrag), vom 28. Oktober 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, Rn. 23 bis 28) (Händlervertrag), vom 17. Oktober 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, Rn. 30 und 31) (Vertrag über den Betrieb eines Seeverkehrsliniendienstes), vom 3. Dezember 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, Rn. 16 bis 19) (Vertrag über den Verkauf von Bankdienstleistungen und Versicherungen), und vom 17. Mai 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, Rn. 26 bis 32) (Vertrag über den Verkauf von Versicherungsdienstleistungen); vgl. weiter Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache Unamar (C-184/12, EU:C:2013:301, Nr. 48, Fn. 26).

⁴⁰ Zum Beispiel ist es erwähnenswert, dass der Gerichtshof (oder der Generalanwalt) in den Urteilen vom 23. März 2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199) (betreffend einen Vertreter, der Wirtschaftsinformationsdienste bewarb) und vom 19. April 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262) (betreffend einen Vertreter, der den Verkauf von Einfamilienhäusern bewarb) die Definition des Handelsvertreters nicht erörtert hat.

2. Das Urteil vom 3. Juli 2012 in der Rechtssache UsedSoft

46. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass das Urteil vom 3. Juli 2012 in der Rechtssache UsedSoft⁴¹ für die vorliegende Rechtssache einschlägig ist, selbst wenn es in einem anderen Zusammenhang erging. Es beruhte auf einem Vorabentscheidungsersuchen eines deutschen Gerichts zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁴². Eine der sich in dieser Rechtssache stellenden Schlüsselfragen war, ob die Lieferung einer Kopie eines Computerprogramms durch Herunterladen aufgrund einer unbefristeten Lizenz als „Erstverkauf oder andere Eigentumsübertragung“ anzusehen war, womit sich das Recht auf Verbreitung dieser Kopie nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 erschöpft⁴³.

47. In diesem Urteil hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Begriff „Verkauf“ in dieser Bestimmung als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen ist und nach einem allgemein anerkannten Begriffsverständnis eine Vereinbarung bezeichnet, nach der eine Person ihre Eigentumsrechte an einem ihr gehörenden körperlichen oder nicht körperlichen Gegenstand gegen Zahlung eines Entgelts auf eine andere Person überträgt⁴⁴. Auf dieser Grundlage entschied der Gerichtshof, dass die Lieferung einer Kopie eines Computerprogramms, die mit der Erteilung einer unbefristeten Lizenz einherging, die Übertragung des Eigentumsrechts an dieser Kopie und somit einen „Verkauf“ nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 beinhaltet⁴⁵. Indem er zu diesem Ergebnis gelangte, stellte er fest, dass es keine Rolle spielt, ob dem Kunden die Kopie des Computerprogramms durch Herunterladen oder auf einem materiellen Datenträger zur Verfügung gestellt wird⁴⁶. Der Gerichtshof hat zur Begründung auch ausgeführt, dass in Ermangelung einer weiten Auslegung des Begriffs „Verkauf“ dahin, dass er sämtliche Formen der Vermarktung eines Erzeugnisses umfasst, die dadurch gekennzeichnet sind, dass gegen Zahlung eines Entgelts, das es dem Inhaber des Urheberrechts ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, ein unbefristetes Nutzungsrecht an einer Programmkopie eingeräumt wird, die praktische Wirksamkeit des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 beeinträchtigt würde, weil die Lieferer den Vertrag lediglich als „Lizenzvertrag“ statt als „Kaufvertrag“ einstufen müssten, um die Erschöpfungsregel zu umgehen⁴⁷.

48. Der Gerichtshof stellte ferner fest, dass die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 genannte Erschöpfung des Verbreitungsrechts sowohl körperliche als auch nicht körperliche Programmkopien betrifft⁴⁸. Er wies insbesondere darauf hin, dass der Wortlaut dieser Bestimmung in dieser Hinsicht keine Unterscheidung vornimmt⁴⁹. Er war auch der Auffassung, dass die Veräußerung eines Computerprogramms auf einem körperlichen Datenträger und durch Herunterladen wirtschaftlich gesehen vergleichbar sind, da die Online-Übertragung

⁴¹ C-128/11, EU:C:2012:407. Für eine eingehende Besprechung vgl. z. B. Charleton, P., und Kelly, S., „The Oracle Speaks. C-128/11“, *The Bar Review*, Bd. 18, 2013, S. 33 bis 44; für eine kritische Sichtweise vgl. auch z. B. Moon, K., „Revisiting UsedSoft v. Oracle. Is Software Property and Can It Be Sold?“, *Computer Law Review International*, 2017, S. 113 bis 119.

⁴² ABl. 2009, L 111, S. 16.

⁴³ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 20 bis 35).

⁴⁴ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 40 und 42).

⁴⁵ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 44 bis 46 und 48).

⁴⁶ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 47).

⁴⁷ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 49).

⁴⁸ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 59).

⁴⁹ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 55).

funktionell der Aushändigung eines materiellen Datenträgers entspricht. Somit rechtfertigt die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2009/24 im Licht des Gleichbehandlungsgrundsatzes, diese Methoden auf die gleiche Weise zu behandeln⁵⁰.

49. Der Ansatz des Gerichtshofs im Urteil in der Rechtssache UsedSoft ist in der nachfolgenden Rechtsprechung wiederholt bekräftigt worden⁵¹. Wie durch das Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers⁵² veranschaulicht wird, betont der Umstand, dass der Gerichtshof seine Feststellungen im Urteil in der Rechtssache UsedSoft von den in anderen Sachverhalten gegebenen Umständen unterscheidet, im Vergleich zu anderen digitalen Produkten den besonderen Charakter von Computerprogrammen, insbesondere was die Gleichstellung körperlicher und nicht körperlicher Lieferformen angeht.

50. Folglich ergibt sich aus dem Urteil in der Rechtssache UsedSoft, dass funktionell und wirtschaftlich gesehen die elektronische Lieferung von Computersoftware, die mit der Erteilung einer unbefristeten Lizenz einhergeht, Gegenstand eines „Verkaufs“ sein kann und dass die Methoden der Übertragung durch ein körperliches oder nicht körperliches Medium vergleichbare Wirkungen erzeugen. Dieses Urteil stützt daher die Ansicht, dass die Lieferung der Software unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache als „Verkauf“ von „Waren“ nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 anzusehen ist. Ich werde auf dieses Urteil später in meiner Analyse zurückkommen (vgl. Nrn. 74, 85 und 87 dieser Schlussanträge).

B. Frage 1

51. Wie in Nr. 38 dieser Schlussanträge erwähnt, lautet die erste dem Gerichtshof vorgelegte Frage, ob elektronisch gelieferte Computersoftware wie die in Rede stehende als „Ware“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 anzusehen ist.

52. Nach den von Computer Associates vorgebrachten Argumenten fallen unter den Begriff der „Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 nur körperliche Gegenstände unter Ausschluss von auf nicht körperliche Weise gelieferter Computersoftware, wie sie hier in Rede steht. The Software Incubator, die deutsche Regierung und die Kommission stimmen dem nicht zu.

53. Wie in Nr. 4 dieser Schlussanträge ausgeführt, verweist Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 nicht auf nationales Recht. Somit müssen die in dieser Bestimmung enthaltenen Begriffe und insbesondere der Begriff „Waren“ nach ständiger Rechtsprechung⁵³ eine autonome und im gesamten Unionsgebiet einheitliche Auslegung erfahren, die von nationalen Rechtsvorschriften unabhängig ist⁵⁴. Diese Auslegung muss nach Maßgabe des Wortlauts der Vorschrift, ihres

⁵⁰ Vgl. Urteil vom 3. Juli 2012, UsedSoft (C-128/11, EU:C:2012:407, Rn. 61).

⁵¹ Vgl. z. B. Urteile vom 23. Januar 2014, Nintendo u. a. (C-355/12, EU:C:2014:25, Rn. 23), und vom 12. Oktober 2016, Ranks und Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:762, Rn. 28, 30, 35, 36, 49, 50 und 53 bis 55); vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe in der Rechtssache Ranks und Vasiļevičs (C-166/15, EU:C:2016:384, Nrn. 69 bis 80).

⁵² C-263/18, EU:C:2019:1111, Rn. 53 bis 58. Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:697, Nrn. 52 bis 67).

⁵³ Vgl. z. B. Urteil vom 4. Juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, Rn. 25).

⁵⁴ Es ist erwähnenswert, dass dies in früherer Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs (vgl. z. B. Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc [2014] EWHC 2908 (Ch), insbesondere Rn. 74, 86 und 93) und in Regierungsdokumenten anerkannt worden ist (vgl. Department of Trade and Industry, *Guidance Notes on the Commercial Agents [Council Directive] Regulations 1993, 1994, Regulation 2 Interpretation*, vierter Absatz). Vgl. in dieser Hinsicht weiter Tosato, A., „An exploration of the European dimension of the Commercial Agents Regulations“, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2013, S. 544 bis 565.

systematischen Zusammenhangs und des Sinns und Zwecks der Regelung, zu der sie gehört, erfolgen⁵⁵. Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann ebenfalls relevante Anhaltspunkte für ihre Auslegung liefern⁵⁶.

54. Auf dieser Grundlage bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass elektronisch gelieferte Computersoftware wie die in Rede stehende unter den Begriff der „Ware“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 fällt. Zu diesem Ergebnis komme ich aus folgenden Gründen:

55. Was den Wortlaut der Richtlinie 86/653 angeht, wird der Begriff „Waren“ nicht nur in Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie, sondern auch in ihren Art. 4 Abs. 2 Buchst. a, Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 Buchst. b verwendet. Jedoch bestimmt keine dieser Vorschriften die Bedeutung oder die Tragweite dieses Begriffs. Bezüglich des von Computer Associates vorgebrachten Arguments ist festzustellen, dass die in anderen Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 verwendeten Worte eine Auslegung dieser Bestimmung dahin, dass sie auf körperliche Gegenstände beschränkt ist, nicht zu bestätigen scheinen⁵⁷. Zum Beispiel würde der deutschen Regierung zufolge die deutsche Sprachfassung eine Auslegung von „Waren“ stützen, die nicht körperliche Gegenstände erfasst (vgl. Nr. 32 dieser Schlussanträge). Außerdem scheinen diese Sprachfassungen nicht darauf hinzudeuten, dass „Waren“ notwendigerweise auf körperliche Gegenstände beschränkt sind.

56. In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass sich die Umstände dieser Rechtssache von denen unterscheiden, die zum Beschluss vom 10. Februar 2004 in der Rechtssache Mavrona⁵⁸ geführt haben. In dem genannten Beschluss hat der Gerichtshof die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der Richtlinie 86/653 auf Kommissionäre auszudehnen, die für Rechnung des Unternehmers, jedoch in ihrem eigenen Namen handeln, u. a. mit der Begründung zurückgewiesen, dass dies dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 widerspreche. Demgegenüber geht es in der vorliegenden Rechtssache nicht darum, über den von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 festgelegten Umfang der Harmonisierung hinauszugehen, sondern darum, dass der Gerichtshof die in dieser Bestimmung enthaltenen Begriffe wie etwa „Waren“ auslegt, wo ihnen im Wortlaut selbst keine klare Bedeutung zugewiesen worden ist.

57. Folglich gibt der Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob elektronisch gelieferte Computersoftware wie die in Rede stehende nach dieser Bestimmung als „Ware“ anzusehen ist. Indessen nimmt diese Bestimmung keine Unterscheidung nach dem körperlichen oder nicht körperlichen Charakter der fraglichen Waren vor. Daher erlaubt sie eine weite Auslegung von „Waren“, die alle körperlichen und nicht körperlichen Gegenstände umfasst, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.

58. Die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 86/653 stützt eine solche Auslegung. Im Vorschlag der Kommission⁵⁹ verwies die Bestimmung, die die Definition der Handelsvertreter enthielt, auf „eine unbegrenzte Vielzahl von Geschäften“ und erfasste dadurch sowohl Waren als auch Dienstleistungen⁶⁰. Im Unterschied zu einer anderen Bestimmung dieses Entwurfs, die im

⁵⁵ Vgl. z. B. Urteil vom 8. September 2020, Recorded Artists Actors Performers (C-265/19, EU:C:2020:677, Rn. 46).

⁵⁶ Vgl. z. B. Urteil vom 1. Oktober 2019, Planet49 (C-673/17, EU:C:2019:801, Rn. 48).

⁵⁷ Vgl. Fn. 15 dieser Schlussanträge.

⁵⁸ C-85/03, EU:C:2004:83, Rn. 15 bis 21.

⁵⁹ Vgl. Kommission, Gleiche Rechte für Handelsvertreter. Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechte der Mitgliedstaaten die (selbständigen) Handelsvertreter betreffend, KOM(76) 670 endg., 13. Dezember 1976 (im Folgenden: Vorschlag), Entwurf des Art. 2.

⁶⁰ Vgl. in dieser Hinsicht den in Fn. 59 dieser Schlussanträge zitierten Vorschlag, Entwürfe der Art. 7 Abs. 1 und 2, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 Buchst. a, Art. 11 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 2.

Zusammenhang mit der Zulassung eines Zurückbehaltungsrechts des Handelsvertreters in Bezug auf Vermögenswerte des Unternehmers bei Beendigung des Vertretungsvertrags die „beweglichen Sachen und Vermögensgegenstände...“ nennt⁶¹, wurden für den Begriff „Waren“ keine genauen Hinweise gegeben. Diese Bestimmungen wurden mit einigen Textergänzungen in dem geänderten Vorschlag der Kommission⁶² nach der ersten Lesung des Europäischen Parlaments⁶³ sowie der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses⁶⁴ aufrechterhalten.

59. Bei der ersten Sitzung des Rates zu dem geänderten Vorschlag⁶⁵ war die dänische Delegation jedoch der Auffassung, dass dieser Vorschlag „auf Geschäfte begrenzt werden sollte, die den Verkauf von Waren umfassen“, was von den Delegationen Irlands und des Vereinigten Königreichs unterstützt wurde. Dies fand in den Äußerungen dieser Delegationen zur Definition des Handelsvertreters seinen Niederschlag, mit denen sie beantragten, „Geschäfte“ als „Verträge über den Verkauf von Produkten“ zu definieren⁶⁶.

60. Demzufolge erstellte die Kommission eine Arbeitsunterlage zum Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Richtlinie⁶⁷, die ihre Ansicht dazu darlegte, wie dieser möglicherweise beschränkt werden könnte. Insbesondere wies sie darauf hin, dass Dienstleistungen ausgeschlossen werden könnten, weil es ihrer Art nach nur wenige gebe, auf die die vorgeschlagene Richtlinie anwendbar sein würde. Ihrer Ansicht nach war es jedoch erforderlich, diejenigen Handelsvertreter zu erfassen, die wirtschaftlich gesehen in Bereichen von besonderer Bedeutung und insbesondere im Ankauf und Verkauf von Waren tätig sind. Sie wies darauf hin, dass die vorgeschlagene Richtlinie mithin lediglich für diejenigen Vertreter, die Industrieprodukte kaufen oder verkaufen, und nicht für Dienstleistungen oder Rohstoffe gelten könnte, da bestimmte Warenarten wie etwa Rohstoffe und landwirtschaftliche Erzeugnisse selten von Handelsvertretern gekauft oder verkauft wurden.

61. In seiner nächsten Sitzung⁶⁸ wies der Rat unter Berücksichtigung der Arbeitsunterlage auf seine Präferenz für eine Lösung hin, bei der die vorgeschlagene Richtlinie „zumindest Tätigkeiten umfasst, die mit dem Verkauf und Ankauf von Waren verbunden sind“. In dieser Hinsicht machten, während mehrere Delegationen einen Dienstleistungen ausschließenden Ansatz befürworteten, die Delegationen Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs Vorbehalte gegen eine Lösung geltend, die darauf abziele, mehr als nur den Verkauf von Waren zu regeln. Das Protokoll dieser Sitzung hält somit fest: „Da es nicht möglich war, diese Frage oder die Frage zu entscheiden, ob die Richtlinie Waren, Produkte oder körperliche Gegenstände erfassen soll, lautete die von der *Arbeitsgruppe* angenommene *Arbeitshypothese*, dass die Richtlinie für

⁶¹ Vgl. Vorschlag, zitiert in Fn. 59 dieser Schlussanträge, Entwurf des Art. 29 Abs. 2.

⁶² Vgl. Kommission, Änderung des Vorschlags einer Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechte der Mitgliedstaaten die (selbständigen) Handelsvertreter betreffend, COM(78) 773 final, 22. Januar 1979 (im Folgenden: geänderter Vorschlag), Entwürfe der Art. 2 und 29.

⁶³ Vgl. Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag, 12. September 1978 (ABl. 1978, C 239, S. 18), insbesondere zu den Entwürfen der Art. 2 und 29.

⁶⁴ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag, 24. November 1977 (ABl. 1978, C 59, S. 31), insbesondere Nrn. 2.3.1, 2.8.7 und 2.8.8.

⁶⁵ Vgl. Dok. 8278/79, 18. Juli 1979, S. 2 und 3.

⁶⁶ Vgl. Dok. 8278/79, zitiert in Fn. 65 dieser Schlussanträge, S. 6 und 7.

⁶⁷ Vgl. Dok. 8664/79, 22. August 1979.

⁶⁸ Vgl. Dok. 11507/79, 11. Dezember 1979, S. 2.

Handelsvertreter, die im Verkauf oder Ankauf von Waren tätig sind, gelten würde“⁶⁹. Dies fand in die Definition des Handelsvertreters Eingang, die auf den Verkauf und Ankauf von Waren verweist⁷⁰.

62. Dieser Ansatz wurde im Text der angenommenen Fassung der Richtlinie 86/653 aufrechterhalten⁷¹. Der Entwurf der Bestimmung, die das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters an „beweglichen Sachen und Vermögensgegenständen“ des Unternehmers betraf, wurde geändert und dann im Lauf des Entscheidungsprozesses gestrichen⁷².

63. Demnach kann aus der Einigung, den Begriff „Waren“ und nicht „Produkte“, „körperliche Gegenstände“ oder „bewegliche Sachen“ zu verwenden, abgeleitet werden, dass dieser Begriff in einem weiten Sinn den Gegenstand von Geschäften erfassen sollte, die die Haupttätigkeit der Handelsvertreter darstellen⁷³, und dass er nicht notwendigerweise auf körperliche oder bewegliche Gegenstände beschränkt wurde. Diese Auslegung fügt sich auch in den historischen Zusammenhang der Richtlinie 86/653 ein, in dessen Kontext ein internationales Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf⁷⁴ ausgearbeitet worden war, das in Einklang mit den damaligen Haupttätigkeiten der Handelsvertreter im internationalen Handel auf den Verkauf von Waren begrenzt war⁷⁵. Entgegen dem Vorbringen von Computer Associates gibt es in den oben genannten Dokumenten Hinweise darauf, dass die mögliche Anwendung dieser Richtlinie auf „Produkte“ nicht weiter gefasst sein sollte als bei „Waren“, sondern eher, insbesondere im Licht der Bezugnahme auf „Industrieprodukte“, besondere Arten von Handelswaren bezeichnen sollte, die einem bedeutenden Teil der Tätigkeit von Handelsvertretern entsprachen.

64. Der Zusammenhang des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 bestätigt ferner die Ansicht, dass der Begriff „Waren“ in dieser Bestimmung dahin ausgelegt werden kann, dass er körperliche und nicht körperliche Gegenstände erfasst. Insbesondere schränkt eine solche Auslegung einen Handelsvertreter nicht darin ein, seine wesentlichen Aufgaben nach der Richtlinie 86/653 wahrzunehmen, die, wie aus ihren Art. 3, 4 und 17 ersichtlich ist, darin bestehen, neue Kunden für den Unternehmer zu werben und die Geschäftsverbindungen mit den Bestandskunden zu erweitern⁷⁶.

⁶⁹ Vgl. Dok. 11507/79, zitiert in Fn. 68 dieser Schlussanträge, S. 2.

⁷⁰ Vgl. Dok. 11507/79, zitiert in Fn. 68 dieser Schlussanträge, S. 3 und 9.

⁷¹ Vgl. z. B. Dok. 7379/86, 4. Juni 1986, S. 3; Dok. 8543/86, 18. Juli 1986, S. 3. In dieser Hinsicht wurde der Vorschlag der Delegation des Vereinigten Königreichs, „oder den Ankauf“ aus der Definition des Handelsvertreters zu streichen (vgl. z. B. Dok. 6877/80, 6. Mai 1980, S. 22), zurückgewiesen.

⁷² Vgl. z. B. Dok. 4737/81, 10. Februar 1981, S. 8 und 9; Dok. 10292/81, 28. Oktober 1981, S. 8 bis 10; Dok. 4347/82, 21. Januar 1982, S. 23; Dok. 7381/83, 9. Juni 1983, S. 19.

⁷³ Es ist erwähnenswert, dass dies aus bestimmten Veröffentlichungen ersichtlich ist, die den Erklärungen von Computer Associates beigelegt waren und die zu jener Zeit herausgegeben wurden: vgl. Lando, O., „The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 44, 1980, S. 1 bis 16, insbesondere S. 2 und 5; United Kingdom Law Commission, *Law of Contract. Report on the Proposed E.E.C. Directive on the Law relating to Commercial Agents*, Nr. 84, 1977, insbesondere Art. 2(a) bis (c), S. 15.

⁷⁴ Übereinkommen über die Vertretung beim internationalen Warenkauf, unterzeichnet in Genf am 17. Februar 1983, verfügbar unter <http://www.unidroit.org/>; es ist mangels einer ausreichenden Anzahl von Ratifizierungen nicht in Kraft getreten. Vgl. z. B. Jansen, N., und Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, S. 592 und 593.

⁷⁵ Vgl. in dieser Hinsicht Maskow, D., „Internal Relations Between Principals and Agents in the International Sale of Goods“, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, Bd. I, 1989, S. 60 bis 187, S. 99 bis 101.

⁷⁶ Vgl. in dieser Hinsicht Urteile vom 12. Dezember 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, Rn. 26), und vom 4. Juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, Rn. 33).

65. Eine solche Auslegung steht auch nicht der Anwendung der anderen Bestimmungen der Richtlinie 86/653 entgegen, in denen der Begriff „Waren“ genannt wird. Insoweit wären die Bestimmungen über die vom Unternehmer zu liefernde Beschreibung der Waren nach Art. 4 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 86/653, über die angemessene Vergütung des Handelsvertreters auf der Grundlage dessen, was Vertretern, die mit den fraglichen Waren befasst sind, gezahlt wird, nach Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie und über das Erfordernis, dass sich eine dem Handelsvertreter auferlegte Wettbewerbsabrede auf die Art der Waren erstrecken muss, die Gegenstand des Vertretungsvertrags sind, nach ihrem Art. 20 Abs. 2 Buchst. b unabhängig davon anwendbar, ob die Waren körperlich oder nicht körperlich sind.

66. Dies wird durch die Umstände der vorliegenden Rechtssache veranschaulicht. Wie in Nr. 9 dieser Schlussanträge ausgeführt, wurde die Software in der Vereinbarung als ein zum Vertrieb als Ware bestimmtes „Produkt“ behandelt, zu dessen Bewerbung, Vermarktung und Verkauf The Software Incubator verpflichtet war. Außerdem war The Software Incubator gemäß dieser Vereinbarung verpflichtet, i) in Beziehung auf die Software der Entwicklung der Umsätze und der Kundenbeziehungen von Computer Associates erhebliche Zeit und Anstrengung zu widmen; ii) die Berechnung der Provision von The Software Incubator beruhte auf dem Softwareumsatz, und iii) es gab eine Wettbewerbsklausel, die The Software Incubator untersagte, Tätigkeiten nachzugehen, die mit der Software in Wettbewerb standen. Auf dieser Grundlage ist festzustellen, dass der Umstand, dass die Software auf nicht körperliche Weise geliefert wurde, offenbar nicht der Wahrnehmung der Verpflichtungen von The Software Incubator oder Computer Associates nach der Vereinbarung entgegenstand.

67. Entgegen den von Computer Associates vorgebrachten Argumenten folgt, obwohl Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 eine zentrale Bestimmung zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie darstellt, daraus nicht, dass der Begriff „Waren“ dahin verstanden werden muss, dass er ausschließlich auf körperliche Gegenstände verweist. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs (vgl. Nr. 44 dieser Schlussanträge) ist die Definition des Handelsvertreters in dieser Bestimmung umfassend in dem Sinne, dass alle Personen, die die dort festgelegten Voraussetzungen erfüllen, als Handelsvertreter gelten, sofern sie nicht unter eine der Ausnahmen nach ihren Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 fallen. Diese Ausnahmen verweisen allgemein auf Stellung und Tätigkeiten bestimmter Personen, und nicht die Art der vermarkteten Waren⁷⁷.

⁷⁷ Allgemein gesprochen nimmt Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 86/653 Personen aus, die in Gesellschaften, Vereinigungen und als Gesellschafter tätig oder mit Konkursen befasst sind, während ihr Art. 2 Abs. 1 Handelsvertreter, die für ihre Tätigkeit kein Entgelt erhalten oder auf den Rohstoffmärkten tätig sind sowie eine bestimmte Körperschaft im Vereinigten Königreich ausnimmt.

68. Des Weiteren wird meine Analyse nicht durch die Auslegung des Begriffs „Waren“ in anderen Bereichen des Unionsrechts entkräftet. Insbesondere im Zusammenhang der Unionsmaßnahmen zu Zöllen⁷⁸ und der Mehrwertsteuer⁷⁹, in denen der Begriff „Waren“ auf körperliche Gegenstände beschränkt wurde, ist auf nicht körperliche Weise gelieferte Computersoftware nicht als „Ware“ angesehen worden, während Computersoftware im Zusammenhang mit Unionsmaßnahmen zu Marken⁸⁰ und Medizinprodukten⁸¹ als eine Warenart eingestuft worden ist. Diese Beispiele unterscheiden sich vom Kontext in der vorliegenden Rechtssache, in der der Begriff „Waren“ in der Richtlinie 86/653 nicht ausdrücklich auf körperliche Gegenstände beschränkt und Computersoftware auch nicht thematisiert worden ist.

69. Der Gerichtshof hat auch im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit „Waren“ ständig in weitem Sinne als „Erzeugnisse ..., die einen Geldwert haben und deshalb als solche Gegenstand von Handelsgeschäften sein können“ definiert⁸². Demnach werden z. B. elektronische Spiele einschließlich Computerspiele⁸³ und Elektrizität⁸⁴ ungeachtet ihres nicht körperlichen Charakters von dieser Definition erfasst. Angesichts dessen, dass die Software, wie sich aus den Umständen dieser Rechtssache ergibt, ein Erzeugnis ist, das einen Geldwert hatte und Gegenstand von Handelsgeschäften war, scheint sie vollumfänglich unter diese Definition zu fallen. Meines Erachtens betreffen die Feststellungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Sacchi*⁸⁵, wonach Ausstrahlungen von Fernsehsendungen Dienstleistungen darstellen, während Erzeugnisse, die für diese Ausstrahlung benutzt werden, Waren sind, und in der Rechtssache *Jägerskiöld*⁸⁶, wonach Fischereirechte und Angelerlaubnisse Dienstleistungen und keine Waren sind, entgegen dem Vorbringen von *Computer Associates* die besonderen Umstände dieser Rechtssachen und weisen in diesem Zusammenhang nicht auf eine allgemeine Beschränkung von „Waren“ auf körperliche Gegenstände hin.

70. Auch die Richtlinien 2011/83, 2019/770 und 2019/771 stützen meiner Ansicht nach keine Auslegung, wonach „Waren“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 auf körperliche Gegenstände beschränkt wären. Kurz gesagt stellen diese Richtlinien wesentliche

⁷⁸ Im Zusammenhang mit den Unionsmaßnahmen, die die gemeinsame Zollregelung betreffen, ist der Begriff „Waren“ dahin ausgelegt worden, dass er sich im Licht des Charakters dieser Regelung nur auf körperliche Gegenstände bezieht, und hat somit Fragen in Hinblick auf Computersoftware als nicht körperlichen Gegenstand, der für Zwecke der Zollwertermittlung in einen körperlichen Gegenstand einbezogen wird, aufgeworfen. Vgl. z. B. Urteile vom 14. Juli 1977, *Bosch* (1/77, EU:C:1977:130, Rn. 4), vom 18. April 1991, *Brown Boveri* (C-79/89, EU:C:1991:153, Rn. 21), vom 16. November 2006, *Compaq Computer International Corporation* (C-306/04, EU:C:2006:716, Rn. 30, 31 und 37), und vom 10. September 2020, *BMW* (C-509/19, EU:C:2020:694, Rn. 12 bis 23); vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache *Compaq Computer International Corporation* (C-306/04, EU:C:2006:68, Nrn. 50 bis 58).

⁷⁹ Im Zusammenhang mit Unionsmaßnahmen zur Mehrwertsteuerregelung wird der Begriff „Lieferung von Gegenständen“ ausdrücklich auf körperliche Gegenstände beschränkt, so dass digitale Produkte einschließlich Computersoftware, die auf nicht körperliche Weise geliefert werden, als „Dienstleistungen“ eingestuft werden, während solche Produkte, die auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, als „Waren“ klassifiziert werden. Vgl. z. B. Urteile vom 5. März 2015, *Kommission/Frankreich* (C-479/13, EU:C:2015:141, Rn. 35), vom 5. März 2015, *Kommission/Luxemburg* (C-502/13, EU:C:2015:143, Rn. 42), und vom 7. März 2017, *RPO* (C-390/15, EU:C:2017:174, Rn. 43 bis 72, insbesondere Rn. 50). Vgl. auch im Zusammenhang mit kundenangepasster Computersoftware Urteil vom 27. Oktober 2005, *Levob Verzekeringen und OV Bank* (C-41/04, EU:C:2005:649, Rn. 17 bis 30), und Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache *Levob Verzekeringen und OV Bank* (C-41/04, EU:C:2005:292, Nrn. 28 bis 60).

⁸⁰ Vgl. z. B. Urteil vom 29. Januar 2020, *Sky u. a.* (C-371/18, EU:C:2020:45, insbesondere Rn. 30, 47 und 54).

⁸¹ Vgl. z. B. Urteil vom 22. November 2012, *Brain Products* (C-219/11, EU:C:2012:742, insbesondere Rn. 16 bis 19).

⁸² Vgl. z. B. Urteile vom 10. Dezember 1968, *Kommission/Italien* (7/68, EU:C:1968:51, S. 428), und vom 23. Januar 2018, *Buhagiar u. a.* (C-267/16, EU:C:2018:26, Rn. 67).

⁸³ Vgl. Urteil vom 26. Oktober 2006, *Kommission/Griechenland* (C-65/05, EU:C:2006:673, Rn. 23 und 24).

⁸⁴ Vgl. z. B. Urteil vom 6. Dezember 2018, *FENS* (C-305/17, EU:C:2018:986, Rn. 34), und Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache *FENS* (C-305/17, EU:C:2018:536, Nrn. 19 bis 21).

⁸⁵ Vgl. Urteil vom 30. April 1974 (155/73, EU:C:1974:40, Rn. 6 und 7).

⁸⁶ Vgl. Urteil vom 21. Oktober 1999 (C-97/98, EU:C:1999:515, Rn. 30 bis 39).

Rechtsinstrumente des Verbrauchervertragsrechts der Union dar⁸⁷. Die Richtlinie 2011/83 erfasst Verbraucherverträge über digitale Inhalte ungeachtet der Übertragungsmethode, und während auf einem körperlichen Datenträger gelieferte digitale Inhalte als „Waren“ eingestuft werden, werden auf eine nicht körperliche Weise gelieferte digitale Inhalte weder als Gegenstand von Kaufverträgen noch von Dienstleistungsverträgen angesehen und für sie besondere Regeln festgelegt⁸⁸. Somit klärt diese Richtlinie nicht die Einstufung solcher digitaler Inhalte⁸⁹ und führt für sie neben der Kategorie der „Waren“, die als „bewegliche körperliche Gegenstände“ definiert sind⁹⁰, eine Kategorie *sui generis* ein.

71. Die Richtlinien 2019/770 und 2019/771 sind in ähnlicher Weise ausgerichtet. Die Richtlinie 2019/770 gilt für Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen ungeachtet des körperlichen oder nicht körperlichen Mediums, das für die Übertragung benutzt wird, und erfasst sogar den körperlichen Datenträger selbst, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient⁹¹. Sie überlässt jedoch die Frage der Rechtsnatur solcher Verträge dem nationalen Recht⁹². In Ergänzung dazu legt die Richtlinie 2019/770 harmonisierte Regeln für Verbraucherverträge über den Verkauf von Waren fest, die auch „Waren mit digitalen Elementen“ umfassen, worunter „bewegliche körperliche Gegenstände“ zu verstehen sind, die zu ihrem Funktionieren digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind⁹³. Somit beschränkt diese Richtlinie „Waren“ auf „bewegliche körperliche Gegenstände“ während sie besondere Regeln für digitale Produkte hinzufügt.

72. Auf dieser Grundlage ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass diese drei Richtlinien die Absicht des Unionsgesetzgebers aufzeigen, besondere Regeln zu entwickeln, die digitalen Inhalten einschließlich Computersoftware in Verbraucherverträgen ohne Störung des herkömmlichen Begriffs „Waren“ Rechnung tragen, der anders als in der Richtlinie 86/653 ausdrücklich auf körperliche Gegenstände bezogen ist. Außerdem stellt die Richtlinie 2019/770 körperliche und nicht körperliche Methoden der Bereitstellung digitaler Inhalte gleich, was dafür spricht, „Waren“ im Sinne der Richtlinie 86/653 dahin auszulegen, dass beide erfasst werden.

73. Schließlich teile ich die Ansicht von The Software Incubator, der deutschen Regierung und der Kommission, dass eine Auslegung von „Waren“, die sowohl auf körperliche als auch auf nicht körperliche Gegenstände anwendbar ist, mit den von der Richtlinie 86/653 verfolgten Zielen übereinstimmt. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die Beschränkung des Begriffs „Waren“ auf körperliche Gegenstände die Wirkung hätte, dass Handelsvertreter ungeschützt wären, die den Verkauf derselben Gegenstände vermitteln, wenn sie in nicht körperlicher Form geliefert werden. Dies würde den Anwendungsbereich des Schutzes einschränken, der Handelsvertretern in ihren Beziehungen zu ihren Unternehmern nach der Richtlinie 86/653 gewährt wird und der eines der Ziele dieser Richtlinie darstellt (vgl. Nr. 43 dieser Schlussanträge).

⁸⁷ Für eine Besprechung dieser Richtlinien und ihres weiteren Zusammenhangs vgl. z. B. Helberger, N., u. a., „Digital Content Contracts for Consumers“, *Journal of Consumer Policy*, Bd. 36, 2013, S. 37 bis 57; Jansen und Zimmermann, *Commentaries on European Contract Laws*, zitiert in Fn. 74 dieser Schlussanträge, S. 1 bis 18; Staudenmayer, D., „The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy“, *European Review of Private Law*, Bd. 28, 2020, S. 219 bis 250.

⁸⁸ Vgl. Richtlinie 2011/83, insbesondere Art. 1, Art. 5 Abs. 2, Art. 6 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2 Buchst. c, Art. 14 Abs. 4 Buchst. b, Art. 16 Buchst. m und Art. 17 Abs. 1 sowie den 19. Erwägungsgrund. Vgl. auch z. B. Kommission, Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2011/83, COM(2017) 259 final, 23. Mai 2017, Nr. 5.

⁸⁹ Vgl. in dieser Hinsicht Helberger u. a., zitiert in Fn. 87 dieser Schlussanträge, S. 44.

⁹⁰ Vgl. Richtlinie 2011/83, Art. 2 Nr. 3.

⁹¹ Vgl. Richtlinie 2019/770, insbesondere Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 3 sowie die Erwägungsgründe 19 und 20.

⁹² Vgl. Richtlinie 2019/770, insbesondere zwölfter Erwägungsgrund.

⁹³ Vgl. Richtlinie 2019/771, insbesondere Art. 1, Art. 2 Nr. 5 sowie Art. 3 Abs. 3 und 4; Erwägungsgründe 12 bis 16. Vgl. auch Richtlinie 2019/770, Art. 2 Nr. 3 und Art. 3 Abs. 4 sowie Erwägungsgründe 21 und 22.

74. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof, wie in den Nrn. 46 bis 50 dieser Schlussanträge erwähnt, im Urteil in der Rechtssache UsedSoft anerkannt, dass die Lieferung eines Computerprogramms auf einem körperlichen Datenträger die funktionelle Entsprechung zur Übertragung durch Herunterladen darstellt. Daher ergibt sich aus diesem Urteil, dass eine Auslegung des Begriffs „Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653, die körperliche und nicht körperliche Gegenstände umfasst, sicherstellt, dass Handelsvertreter, die den Verkauf von Computersoftware vermitteln, ungeachtet des Liefermediums den gleichen Schutz genießen.

75. Demgegenüber würde eine Auslegung von „Waren“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 dahin, dass hierunter nur körperliche Gegenstände fallen, es einem Unternehmer ermöglichen, die zwingenden Bestimmungen der Richtlinie 86/653, einschließlich derjenigen über den Handelsvertretern bei Beendigung des Vertretungsvertrags geschuldeten Ausgleich oder Schadensersatz (vgl. Nr. 43 dieser Schlussanträge), einfach durch eine Warenlieferung auf nicht körperliche Weise zu umgehen. Dies würde die mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele untergraben, Handelsvertretern Schutz zu gewähren und die Sicherheit des Handelsverkehrs zu fördern. In der Tat sollte einem Handelsvertreter, wie The Software Incubator und die Kommission ausführen, nicht der Schutz nach dieser Richtlinie wegen einer Entscheidung des Unternehmers oder gegebenenfalls des Kunden entzogen werden, die den Modus der Lieferung betrifft und die getroffen werden könnte, nachdem der Vertreter seine Aufgabe, den Verkauf der Waren zu vermitteln, erfüllt hat.

76. Zudem deutet entgegen den von Computer Associates vorgebrachten Argumenten nichts darauf hin, dass der Verweis auf den „Warenaustausch“ im dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 86/653 in Verbindung mit ihren Art. 1 und 2 eine Auslegung von „Waren“ stützt, die sich auf körperliche Gegenstände beschränkt. Dieser Verweis betrifft das Ziel der Richtlinie 86/653, die Regeln der Mitgliedstaaten zur Handelsvertretung zu harmonisieren, um einen Binnenmarkt zu schaffen, und nicht die Bedeutung von „Waren“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie. Dies wird dadurch belegt, dass ein solcher Verweis in identischer Form im Vorschlag der Kommission für die Richtlinie 86/653 enthalten war, die eine weiter gefasste Definition des Handelsvertreters enthielt, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen einschloss (vgl. Nr. 58 dieser Schlussanträge)⁹⁴.

77. Darüber hinaus ist die Notwendigkeit einer dynamischen oder sich entwickelnden Auslegung des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 zu berücksichtigen, die der technologischen Entwicklung in Übereinstimmung mit der Erreichung der Ziele dieser Richtlinie Rechnung trägt⁹⁵. In dieser Hinsicht ist die Vermarktung von Computersoftware, während sie nicht vorhersehbar war, als die Richtlinie 86/653 erlassen wurde, heutzutage weit verbreitet. Unter diesen Umständen könnte die fehlende Anerkennung solcher technologischer Entwicklungen meiner Ansicht nach der Wirksamkeit der in der Richtlinie 86/653 festgelegten Regeln für Handelsvertreter entgegenstehen.

78. Daher gelange ich zu dem Ergebnis, dass Kunden eines Unternehmers elektronisch gelieferte Computersoftware wie die in Rede stehende unter den Begriff der „Waren“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 fällt.

⁹⁴ Vgl. Vorschlag, zitiert in Fn. 59 dieser Schlussanträge, Entwurf des dritten Erwägungsgrundes. Vgl. auch geänderter Vorschlag, zitiert in Fn. 62 dieser Schlussanträge, Entwurf des dritten Erwägungsgrundes.

⁹⁵ Vgl. in dieser Hinsicht Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache Vereniging Openbare Bibliotheken (C-174/15, EU:C:2016:459, Nrn. 24 bis 40), und Schlussanträge des Generalanwalts Bobek in der Rechtssache Entoma (C-526/19, EU:C:2020:552, Nrn. 69 bis 84).

C. Frage 2

79. Wie in Nr. 38 dieser Schlussanträge erwähnt, lautet die zweite dem Gerichtshof vorgelegte Frage, ob die Lieferung einer Kopie einer Computersoftware, die wie die hier in Rede stehende den Kunden eines Unternehmers aufgrund einer unbefristeten Lizenz geliefert wird, als „Verkauf“ nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 anzusehen ist.

80. Wie aus dem Vorlagebeschluss sowie den dem Gerichtshof unterbreiteten Informationen ersichtlich ist, gibt unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache die von Computer Associates ihren Kunden erteilte Lizenz dem Kunden das Recht, eine Kopie der Software gegen Zahlung einer Gebühr, die dem wirtschaftlichen Wert dieser Kopie entspricht, für einen unbegrenzten Zeitraum zu nutzen (vgl. Nrn. 11 und 12 dieser Schlussanträge).

81. Den von Computer Associates vorgebrachten Argumenten zufolge kann eine solche Lizenz nicht als „Verkauf“ eingestuft werden, da sie nicht die Übertragung des Eigentums an der Software beinhaltet. The Software Incubator, die deutsche Regierung und die Kommission sind anderer Ansicht.

82. Wie in Nr. 53 dieser Schlussanträge festgestellt, verweisen die Begriffe in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 einschließlich des Begriffs „Verkauf“ nicht auf nationales Recht. Daher ist dieser Begriff als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen, der unabhängig von nationalen Rechtsvorschriften im gesamten Unionsgebiet einheitlich und vornehmlich unter Verweis auf den Wortlaut, den Zusammenhang und die Ziele der Richtlinie 86/653 auszulegen ist.

83. Auf dieser Grundlage bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass Computersoftware, die einem Kunden des Unternehmers aufgrund einer unbefristeten Lizenz wie der in Rede stehenden geliefert wird, die dem Kunden das Recht einräumt, die Kopie der Software gegen Zahlung einer Gebühr, die dem wirtschaftlichen Wert dieser Kopie entspricht, für einen unbegrenzten Zeitraum zu nutzen, als „Verkauf“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 anzusehen ist. Zu diesem Ergebnis komme ich aus folgenden Gründen:

84. Was den Wortlaut des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 angeht, gibt diese Bestimmung keinen Hinweis darauf, wie der Begriff „Verkauf“ zu verstehen ist. In Bezug auf die von Computer Associates vorgebrachten Argumente ist festzustellen, dass die in den verschiedenen Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 verwendeten Worte nicht darauf hindeuten scheinen, dass „Verkauf“ notwendigerweise auf eine bestimmte Weise zu verstehen ist⁹⁶.

85. Gleichwohl ist anzumerken, dass die vorbehaltlose Verwendung des Begriffs „Verkauf“ in dieser Bestimmung eine Auslegung erlaubt, die all jene Geschäfte umfasst, die eine Übertragung des Eigentums an Waren beinhalten. In dieser Hinsicht hat der Gerichtshof, wie in den Nrn. 46 bis 50 dieser Schlussanträge erwähnt, im Urteil in der Rechtssache UsedSoft eine weite Auslegung des Begriffs „Verkauf“ anerkannt, die alle Formen der Produktvermarktung erfasst, die durch die Einräumung eines Nutzungsrechts an einer Kopie eines Computerprogramms für einen unbegrenzten Zeitraum gegen die Zahlung einer Gebühr gekennzeichnet sind, die dem wirtschaftlichen Wert dieser Kopie entspricht. Ich sehe keinen Grund, warum dem Ansatz des

⁹⁶ Vgl. Fn. 15 dieser Schlussanträge.

Gerichtshofs in dem genannten Urteil nicht in der vorliegenden Rechtssache gefolgt werden sollte. In der Tat scheint mir, dass der Kontext und die von der Richtlinie 86/653 verfolgten Ziele für eine weite Auslegung des Begriffs „Verkauf“ in diesem Sinne sprechen.

86. Was den Kontext der Richtlinie 86/653 anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass diese Auslegung in Einklang mit den wesentlichen von einem Handelsvertreter wahrgenommenen Aufgaben steht, die, wie in Nr. 64 dieser Schlussanträge festgestellt und aus den Art. 3, 4 und 17 der Richtlinie ersichtlich, darin bestehen, neue Kunden für den Unternehmer zu werben und die Geschäftsverbindungen mit den Bestandskunden zu erweitern. Dies wird in der vorliegenden Rechtssache durch die Vereinbarung verdeutlicht, die, wie oben erwähnt (vgl. Nr. 66 dieser Schlussanträge), im Zusammenhang mit den von The Software Incubator wahrzunehmenden Aufgaben auf den „Verkauf“ der Software verweist.

87. Diese Auslegung stimmt auch mit den Zielen der Richtlinie 86/653 überein. Insbesondere ist, wie sich aus dem Urteil in der Rechtssache UsedSoft ergibt, davon auszugehen, dass eine weite Auslegung von „Verkauf“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 mit dem von dieser Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt, Handelsvertreter in ihren Beziehungen mit ihren Unternehmern zu schützen (vgl. Nr. 43 dieser Schlussanträge). Jede andere Lesart würde dieses Ziel dadurch untergraben, dass es einem Unternehmer ermöglicht würde, die zwingenden Bestimmungen der Richtlinie 86/653 dadurch zu umgehen, dass er die Vereinbarung mit seinen Kunden einfach „Lizenz“ und nicht „Verkauf“ nennt. Darüber hinaus würde dies in Anbetracht dessen, dass Computersoftware allgemein durch Lizenzen vermarktet wird, wahrscheinlich einer großen Anzahl von Handelsvertretern den von der Richtlinie 86/653 gewährten Schutz entziehen.

88. Es ist hinzuzufügen, dass, während die Entstehungsgeschichte des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 nur sehr wenig Aufschluss über die Bedeutung von „Verkauf“ gibt, der Begriff „Verkauf“ in dieser Bestimmung unter Berücksichtigung der damaligen Handelsgewohnheiten (vgl. Nrn. 58 bis 63 dieser Schlussanträge) die Haupttätigkeiten der Handelsvertreter erfassen und nicht die Anwendung der Richtlinie 86/653 auf zukünftige technologische Entwicklungen mit Auswirkung auf diese Tätigkeiten verhindern sollte.

89. Ich gelange daher zu dem Ergebnis, dass eine Kopie einer Computersoftware, die den Kunden eines Unternehmers aufgrund einer unbefristeten Lizenz wie der hier in Rede stehenden geliefert wird, die dem Kunden gegen Zahlung einer Gebühr, die dem wirtschaftlichen Wert dieser Kopie entspricht, ein Recht einräumt, die Software für einen unbegrenzten Zeitraum zu nutzen, unter den Begriff „Verkauf“ nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653 fällt.

VII. Ergebnis

90. Im Licht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Supreme Court of the United Kingdom (Oberster Gerichtshof des Vereinigten Königreichs) vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Eine Kopie einer Computersoftware wie die in dem Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Kunden eines Unternehmers elektronisch und nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert wird, fällt unter „Waren“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter.

2. Computersoftware, die den Kunden eines Unternehmers geliefert wird, indem dem Kunden eine unbefristete Lizenz wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende erteilt wird, die Kopie der Computersoftware gegen Zahlung einer Gebühr, die dem wirtschaftlichen Wert dieser Kopie entspricht, für einen unbegrenzten Zeitraum zu nutzen, fällt unter „Verkauf“ im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 86/653.