

SW-Vermarktung – Verkauf, Vermietung, Lizenz

Dr. Anselm Brandi-Dohrn
Rechtsanwalt, FA für Gew RS, CLP
Von BOETTICHER Rechtsanwälte PartG mbB

**Sie haben Software entwickelt und wollen diese nun „vermarkten“ –
Welchen rechtlichen Rahmen müssen Sie beachten?**

1. Grundmodelle der Vermarktung von Software:
 - Verkauf
 - Vermietung (SaaS, ASP)
 - Lizenzvertrag
 - Sonderfall: Kooperation bei notwendiger Weiterentwicklung der SW
2. Unterschiede bei der Vermarktung an Verbraucher oder Unternehmer
3. Das Problem der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ („AGB“)

SW-Vermarktung – Verkauf, Vermietung, Lizenz

Verwertungsart	Eigenvertrieb: Vertrieb von Software-Kopien	Verwertung der Software durch Dritte
Verkauf	- An Verbraucher - An Unternehmer / Reseller	Verkauf der Software insgesamt
Vermietung	SaaS, ASP	Lizenzvertrag
Kooperation	Entwicklungsvertrag (Zuarbeit) durch Dritte	Kooperation mit Vertriebsrecht des Dritten

1. Eigenvertrieb: Verkauf von SW-Kopien ist Kaufvertrag wenn
 - Lieferung von SW zur Nutzung auf Dauer (gegen Einmalzahlung)
 - Dann irrelevant, ob der Vertrag als „Lizenz“ bezeichnet wird („EULA“!)
 - gleich ob Vertrieb auf Datenträger oder per Online-Download
 - Folge Haftung: Sie haften – unabhängig von Verschulden - zwei Jahre ab Lieferung für Freiheit von Sach- und Rechtsmängeln
 - Folge Preise: Kein Einfluss auf Weiterverkaufspreis!
 - **Vertrieb an Unternehmen**: entweder Einzelverträge mit End Usern oder Vertrieb an Reseller (sog. „Vertragshändlerverträge“)
 - **Vertrieb an Verbraucher**: bes. Verbraucher-Schutzvorschriften

1. Eigenvertrieb: Nutzung auf Zeit (ASP, SaaS) ist Mietvertrag, also
 - Folge Haftung: Vermieter haftet während der gesamten Mietzeit für Mangelfreiheit ($\Leftrightarrow$ entgeltliche Wartungsverträge ...)
 - Folge Preise:
 - kontinuierlicher Cash flow durch Mieteinnahmen;
 - keine Konkurrenz durch Reseller, da Sie Untervermietung untersagen können und Mieter die SW nicht weiter verkaufen kann.

Verwertung durch Dritte:

- Verkauf der SW insgesamt (= Kaufvertrag, Partizipation an späteren Verkaufserlösen des Erwerbers kann vereinbart werden)
- Lizenzierung der SW insgesamt (= Vertrag eigener Art)
 - Ähnelt einem Mietvertrag, ist aber gesetzlich nicht geregelt, also detaillierter Vertrag notwendig
 - Umfang der Nutzungsrechte des Lizenznehmers definieren (Vervielfältigung, Vertriebsarten, Anpassung/Verbesserung)
 - Folge Haftung: Haftung des Lizenzgebers kann weitgehend ausgeschlossen werden
 - Folge Preise: Lizenznehmer ist frei in der Preisgestaltung

Sonderfall: **Kooperationsverträge**

- Sind bei Eigenvertrieb ebenso denkbar wie bei Vertrieb durch den Kooperationspartner
- Kooperationsvertrag = Gesellschaftsvertrag: Ohne vertragliche Regelung heißt das
 - Haftung: ggü Koop-Partner verringerte Haftung (nur für „Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten“); ggü Dritten haften alle gemeinsam
 - Ergebnisse: gehören i. d. R. allen gemeinsam, also darf jeder die Ergebnisse nutzen, ohne an den anderen einen Ausgleich zahlen zu müssen, ABER Lizenzierung an Dritte bedarf Zustimmung des anderen.
 - ! Ergebnisse können das Background IP entwerten (SW Version 2.0 ...)

2. Unterschiede bei der Vermarktung an Verbraucher und Unternehmer

- Vermarktung an Unternehmer bedeutet i.d.R. niedrigere Marge
- Vermarktung an Verbraucher, heißt höhere Preise, aber zB
 - Zusätzliche Anforderungen an die Gestaltung des Bestellvorgangs in Webshops
 - quasi keine Abweichung von der gesetzlichen Mängelhaftung möglich (§ 475 BGB) und Vermutung, dass Mangel vorliegt, wenn dieser innerhalb von 6 Monaten nach Lieferung auftaucht (§ 476 BGB)
 - Strenge Anforderungen an alle übrigen Vertragsklauseln („AGB“)

3. Das Problem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wenn Sie Vertragsklauseln in der Absicht verwenden, sie für mehrere Verträge zu verwenden, liegen „AGB“ vor. Folgen:

- Während individuell Vertragsfreiheit herrscht, kann im AGB-Vertrag wirksam nur vereinbart werden, was „fair“ ist
- ggü Verbrauchern wird vermutet, dass jeder Vertrag ein AGB-Vertrag ist
- Folge Haftung: Haftung nur sehr schwer einzuschränken
- Folge Unwirksamkeit: (i) es gilt nicht das „gerade noch rechtlich zulässige“, sondern das (strenge) Gesetz.
(ii) Sie können bei Verwendung unwirksamer Klauseln kostenpflichtig abgemahnt werden

Ergebnis:

1. Während Verwertung durch Verkauf von SW und Vermietung (SaaS) im Prinzip ohne spezielle vertragliche Regelung denkbar sind, ist ein individuell verhandelter Vertrag zwingend
 - Bei Kooperationsverträgen
 - Bei Lizenzverträgen über die SW insgesamt
2. Im Massengeschäft gelten die besonderen Bestimmungen des AGB-Rechts. Die im Netz vorhandenen „Standard-AGB“ passen meist nicht für Ihr spezielles Geschäftsmodell, die Vertragsklauseln sind dann (i) unwirksam und (ii) Sie werden abgemahnt und zahlen fremde Anwälte

Danke für Ihre
Aufmerksamkeit!

Dr. Anselm Brandi-Dohrn
Rechtsanwalt, FA für Gew RS, CLP
abrandi-dohrn@boetticher.com

Von BOETTICHER Rechtsanwälte PartG mbB