

Betriebs Berater

51/52 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Compliance ... vGA ... EntgTranspG ... Datenschutz ...** Recht ... 18.12.2017 | 72. Jg. Seiten 3009–3072

DIE ERSTE SEITE

Dr. Markus Ernst, LL.M., RA/StB

Verlustuntergang nach § 8c KStG – Wünsche zum (nächsten) Fest

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Armin Maslo, RA

Gruppenweite Einhaltung von geldwäscherechtlichen Pflichten bei Güterhändlern | 3010

Dr. Holger Lutz, LL.M., RA, und **Simone Bach**, LL.M., RAin

Agile Softwareentwicklung – Werkvertrag oder doch Dienstvertrag? | 3016

STEUERRECHT

Tino Duttiné, StB, und **Viktoria Partin**

EU-Richtlinienvorschlag zur Transparenz (Steuergestaltungen) mit für Deutschland untypischer Gesetzestechnik und mit Unklarheiten | 3031

Wolfgang Neyer, StB

Verwendungsfestschreibung gem. § 27 Abs. 5 KStG: Steuerfalle auch für Fälle der verdeckten Gewinnausschüttung? | 3036

Gerhard Bruschke, StB

Die Haftung der Vertreter nach § 69 AO – Teil I | 3040

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Norbert Lüdenbach, WP/StB, und **Dr. Jens Freiberg**, WP

BB-IFRS-Report 2017 | 3051

ARBEITSRECHT

Markulf Behrendt, RA, und **Verena Witzke**

Das Entgelttransparenzgesetz – „Null Auswirkungen“? | 3060

Dr. Katrin Haußmann, RAin/FAinArbR, und **Kai Brauneisen**, LL.M. (NYU), RA

Bestehende IT-Betriebsvereinbarungen – welchen Renovierungsbedarf bringt das neue Datenschutzrecht? | 3065

Dr. Holger Lutz, LL.M., RA, und Simone Bach, LL.M., RA in

Agile Softwareentwicklung – Werkvertrag oder doch Dienstvertrag?

Bei der agilen Softwareentwicklung entstehen immer wieder Streitigkeiten im Hinblick auf den anwendbaren Vertragstyp und das Bestehen oder Nichtbestehen von Gewährleistungsrechten. Daher soll im Folgenden untersucht werden, unter welchen Umständen eine Softwareentwicklung nach der agilen Methode Scrum als Werk- oder Dienstvertrag einzustufen ist und welche Möglichkeiten im Rahmen der Vertragsgestaltung bestehen.

I. Einleitung

Erst kürzlich hatte sich das OLG Frankfurt a.M. mit den zu behandelnden Fragestellungen zu beschäftigen.¹ In dem vorliegenden Fall hatte das OLG in der Berufung über den Antrag der Klägerin auf Zahlung der ausstehenden Vergütung für die Erstellung einer Internet-Plattform im Wege der agilen Softwareentwicklungsmethode „Scrum“ zu entscheiden. Die Vergütung war nach Aufwand bemessen und die rechnerische Richtigkeit der Forderung unstrittig. Die Beklagte war jedoch der Auffassung, die Leistung sei mangelhaft (der Vorwurf bezog sich auf die ihrer Ansicht nach unzureichende Dokumentation)² und daher unbrauchbar, weshalb der Klägerin der Vergütungsanspruch nicht zustehe. Eine Einigung über den anwendbaren Vertragstyp gab es nicht, insbesondere war es nie zum Abschluss eines Projektvertrags gekommen; stattdessen erfolgte die Zusammenarbeit auf der Grundlage eines Letter of Intent bis sie (nachdem zuvor noch eine Ratenzahlungsvereinbarung abgeschlossen worden war) schließlich abgebrochen wurde. Nachdem die Vorinstanz noch einen Werkvertrag eindeutig bejaht und den Vergütungsanspruch abgelehnt hatte,³ sprach das OLG der Klägerin den Vergütungsanspruch vollumfänglich zu. Grund für das Obsiegen der Klägerin war jedoch nicht die abweichende Einordnung des Vertrags unter das Dienstvertragsrecht – diese Frage ließ das OLG offen –, sondern der einfache Umstand, dass es die Beklagte versäumt hatte, eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Selbst bei unterstellter Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts wäre dies Voraussetzung für einen Rücktritt oder eine Minderung gewesen.

Da dieser Fall leider nicht zu einer vertragstypologischen Einordnung der agilen Softwareentwicklung geführt hat, nimmt sich der Beitrag dieser Problemstellung an. Hierbei nicht eingegangen werden soll auf die Frage, ob die agile Erstellung von Individualsoftware ggf. auch als Werklieferungsvertrag gemäß § 651 BGB,⁴ oder als Gesellschaftsvertrag⁵ einzuordnen ist. Weiterhin kann in diesem Beitrag nicht auf das ebenfalls im Zusammenhang mit der agilen Softwareentwicklung hoch relevante Thema einer möglichen Arbeitnehmerüberlassung eingegangen werden. Insbesondere in Anbetracht der erst kürzlich in Kraft getretenen Gesetzesverschärfung in diesem Bereich⁶ ist jedoch dringend zu empfehlen, auch arbeitsrechtliche Implikationen im Rahmen der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen und die Projektmitar-

beiter entsprechend zu schulen, um die Folgen einer nicht gewollten Arbeitnehmerüberlassung zu vermeiden.⁷

II. Wasserfallmethode vs. Scrum

Während die Softwareentwicklung nach der klassischen Wasserfallmethode in der Regel dem Werkvertragsrecht zuzuordnen sein wird,⁸ ist die Einordnung der Softwareentwicklung im Wege der agilen Methode Scrum weit weniger eindeutig. Dies liegt an den Unterschieden dieser beiden Entwicklungsmethoden:

Bei der klassischen Wasserfallmethode ist das Projekt in verschiedene aufeinander folgende Projektphasen unterteilt, die „wasserfallartig“ abgearbeitet werden.⁹ In diesem Sinne ist es Bedingung für den Beginn der eigentlichen Programmierarbeit, dass der Auftraggeber seine Anforderungen an die neue Software in einem sog. Lastenheft (oder auch Fachkonzept) so genau beschreibt, dass der Auftragnehmer diese (nach Erstellung einer technischen Spezifikation/Pflichtenheft) in der Software implementieren und anschließend die vertragsgemäße Umsetzung des Werks anhand der Leistungsbeschreibung überprüft werden kann.¹⁰ Verpflichtet sich der Auftragnehmer auf Grundlage einer solchen Leistungsbeschreibung zur Implementierung der Software, verspricht er vertraglich die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs im Sinne der §§ 631 ff. BGB.¹¹

Scrum hingegen ist darauf angelegt, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer in gemischten Scrum Teams (die aus dem Product Owner, dem Entwicklungsteam, sowie dem „Scrum Master“ bestehen) in einem iterativen, inkrementellen Prozess schrittweise (in sog. „Sprints“) dem anfangs erst vage umrissenen Ziel/der Produktivision des Auftraggebers nähern.¹² Hierzu wird zunächst in einem sog. Product Backlog beschrieben, was in dem Produkt enthalten sein kann, wobei das Product Backlog dynamisch ist und sich konstant

1 OLG Frankfurt, 17.8.2017 – 5 U 152/16, BB 2017, 3027 (in diesem Heft), K&R 2017, 803, CR 2017, 646.

2 Zur Dokumentationspflicht und deren Fälligkeit bei agilen Projekten macht das OLG Frankfurt interessante Ausführungen, die jedoch im Rahmen des vorliegenden Beitrags nicht vertieft werden können. Vgl. in diesem Zusammenhang auch bereits BGH, 20.2.2001 – X ZR 9/99, BB 2001, 803.

3 LG Wiesbaden, 30.11.2016 – 11 O 10/15, MMR 2017, 561.

4 Zum Meinungsstand vgl. Redeker, in: Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2016, B. Der Erwerb von Soft- und Hardware, Rn. 297 ff.

5 Ablehnend Imhof, in: Weitnauer/Mueller-Stöfen, Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 4. Aufl. 2017, 4. Agile Softwareprogrammierung, 2. Vertragstyp, S. 244.

6 Vgl. Gesetz vom 21.2.2017, BGBI. I S. 258.

7 Vgl. zum Thema: Litschen/Yacoubi, NZA 2017, 484.

8 Anders sind ggf. die häufig der Entwicklung vorausgehenden Analyse- und Beratungsleistungen zu beurteilen, vgl. Puchelt, DSRITB 2017, 475, 479 ff.

9 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 479 f.

10 Zdanowiecki, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, 11. Teil. App Commerce, B. App-Entwicklung, Rn. 6, 10.

11 Ernst, CR 2017, 285, 288.

12 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 3f. (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf zuletzt am 26.11.2017); Opelt u. a., Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge, 2017, S. 17.

weiterentwickelt.¹³ Hierdurch unterscheidet es sich wesentlich von einem Lasten- bzw. Pflichtenheft, das zu Beginn abschließend (vorbehaltlich einvernehmlich vereinbarter Änderungen) die jeweiligen Anforderungen beschreibt.¹⁴

Die schrittweise Umsetzung in einzelnen Sprints erfolgt auf der Grundlage der aus dem Product Backlog abgeleiteten Sprint Backlogs, wobei auch das jeweilige Sprint Backlog variabel ist und von dem Entwicklerteam angepasst werden kann.¹⁵ Jeder Sprint endet mit einem funktionstüchtigen Inkrement, das der Product Owner „releasen“ könnte; dieses wird dem Scrum-Team und Stakeholdern in einem informellen Sprint Review vorgeführt.¹⁶ Jedes Inkrement ist additiv zu allen früheren Inkrementen und gemeinsam mit diesen einsatzbereit.¹⁷

Der Product Owner ist für die Inhalte, den Zugriff und die Reihenfolge der Einträge des Product Backlogs verantwortlich.¹⁸ Auch entscheidet der Product Owner im Anschluss an einen Sprint im Sprint Review, welche Product Backlog-Einträge gemäß der „Definition of Done“ des Scrum-Teams als „Done“ anzusehen sind, und welche nicht.¹⁹ Da der Product Owner regelmäßig vom Auftraggeber gestellt wird,²⁰ kann der Auftraggeber hierdurch während des Projekts entscheidenden Einfluss auf den weiteren Projektverlauf und die fertigzustellende Software nehmen. Auch dies unterscheidet sich vom klassischen Werkvertrag, bei dem der Auftragnehmer die Software allein nach Maßgabe der anfänglich definierten Anforderungen implementiert.

III. Problemstellung

Die Gründe für den zunehmenden Wunsch von Auftraggebern nach einem agilen Vorgehen liegen auf der Hand. Der Auftraggeber spart sich die sonst erforderliche Zeit und den Aufwand, erst einmal eine umfassende Anforderungsanalyse und -beschreibung vorzunehmen, für die ihm zudem häufig die notwendige Sachkompetenz bzw. ausreichende interne Ressourcen fehlen. Die Beauftragung eines externen Dienstleisters hiermit im Rahmen eines Vorprojekts verursacht zusätzliche Kosten, ohne dass der Auftraggeber seinem Ziel, einer neuen Software, gefühlt bereits einen Schritt näher käme. Diese Nachteile wiegen umso schwerer, als sich auch bei einer derart sogfältigen Vorbereitung des Projekts nicht selten während des Projekts Anpassungsbedarf ergibt, der dann im Wege von Change Requests vereinbart werden muss, was erneute Verzögerungen, insbesondere auch wegen der damit verbundenen Verhandlung über eine Anpassung der Umsetzungsfristen und Kosten, verursacht.²¹ Bei Scrum hingegen können die sonst auf die Vorbereitung des Projekts entfallende Zeit und Kosten bereits in die schrittweise Umsetzung des Projekts investiert werden, wobei dem Auftraggeber, wie oben dargestellt, bereits nach kürzester Zeit erste nützliche Versionen seines Produkts zur Verfügung stehen.²² Auch aus Sicht des Auftragnehmers kann sich ein schnelles Kunden-Feedback als projektförderlich erweisen. Denn letztlich wird keiner Partei daran gelegen sein, eine Leistung abzuliefern bzw. zu erhalten, die zwar formell der Leistungsbeschreibung entspricht, aber trotzdem nicht zufriedenstellend ist, da sich im Nachhinein andere als die ursprünglich formulierten Anforderungen ergeben haben.²³

Trotz der beschriebenen Unterschiede zu der klassischen Vorgehensweise erwarten Auftraggeber auch bei einer agilen Vorgehensweise häufig die mit einem Werkvertrag verbundene Erfolgsverantwortung des Auftragnehmers und machen entsprechende Regelungen zur Be-

dingung der Auftragserteilung. Zudem fordern sie häufig die Vereinbarung verbindlicher Milestones sowie eines bestimmten Festpreises, um auch insoweit Planungs- und Kostensicherheit zu haben.²⁴ Diesem Wunsch nachzukommen, stellt Auftragnehmer jedoch mitunter vor erhebliche Schwierigkeiten. Nicht nur ist es ohne feste Leistungsbeschreibung kaum möglich, einen angemessenen Festpreis zu kalkulieren,²⁵ auch können feste Lieferfristen kaum zugesagt und kaum eine Erfolgsverantwortung für eine Leistung übernommen werden, die zu Beginn noch nicht feststeht und erst während des Projekts vom Auftraggeber spezifiziert wird. Aus diesem Grund versuchen Auftragnehmer in der Regel eine Beauftragung auf Dienstvertragsbasis bei einer aufwandsabhängigen Vergütung (Vergütung auf T&M-Basis) durchzusetzen.²⁶ Wie mit diesen widersprüchlichen Interessenlagen in der Vertragsgestaltung umgegangen werden kann, soll nachfolgend geprüft werden.

IV. Scrum – Werk-oder Dienstvertrag?

Zunächst ist prüfen, ob die Wahl des einschlägigen Vertragstyps für die Parteien überhaupt zur Disposition steht oder ob sich der anwendbare Vertragstyp zwangsläufig aus der agilen Vorgehensweise ergibt.

1. Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB

Eine Softwareentwicklung im Wege des Scrum-Verfahrens könnte grundsätzlich als Dienstvertrag einzustufen sein, weil bei Vertragsschluss ein bestimmter herbeizuführender Erfolg gerade noch nicht feststeht und der Product Owner die Inhalte des Product Backlogs – wollte man dieses als Leistungsbeschreibung ansehen – jederzeit neu definieren und priorisieren kann.²⁷ Auf eine solche Rechtsbeziehung insgesamt Werkvertragsrecht anzuwenden, würde bedeuten, dem Auftragnehmer eine Erfolgsverantwortung für eine Leistung aufzuerlegen, die er zu Projektbeginn noch nicht kennt.²⁸ Zudem fehlt dem Auftragnehmer bei derart weitgehender Entscheidungsmacht des Product

13 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 13 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

14 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 482.

15 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 15 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

16 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 11, 16 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

17 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 17 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

18 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 13 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

19 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 12 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf: 28.11.2017)).

20 Opelt u. a., Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge, 2017, S. 17; so scheinbar auch im Falle des eingangs erwähnten Falles, wobei der Product Owner vom LG Wiesbaden wohl versehentlich als Projekt-Owner bezeichnet wird (vgl. Schneider, ITRB 2017, 36).

21 Ernst, CR 2017, 285, 288.

22 Wobei hierbei jedoch nicht übersehen werden sollte, dass auch die Planung innerhalb des agilen Projekts zum Teil erheblichen Aufwand und Kunden-Expertise erfordert, vgl. Ernst, CR 2017, 285, 289.

23 Ernst, CR 2017, 285, 288.

24 Ernst, CR 2017, 285, 290.

25 Ernst, CR 2017, 285, 289.

26 Welkenbach, CR 2017, 639, 644 mit Fn. 34.

27 Welkenbach, CR 2017, 639, 642 f.

28 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 484.

Owners – und erst Recht im Falle gemischter Entwicklerteams – die Hoheit über die Leistungserbringung, die für die Übernahme einer Erfolgsverantwortung im Sinne der §§ 631 ff. BGB erforderlich wäre.²⁹ Es könnte daher argumentiert werden, bei Scrum stehe die Programmierarbeit als solche im Vordergrund, sodass Dienstvertragsrecht anzuwenden sei.³⁰

2. Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB

Andererseits spricht für das Werkvertragsrecht, dass gleichwohl am Ende des Projekts eine lauffähige Software stehen soll und somit ein – wenn auch zu Beginn erst in Umrissen beschriebener – Erfolg bezweckt ist.³¹ Insofern wird vertreten, auch die Rolle des Product Owner führe nicht zu einer dienstvertraglichen Einordnung, da auch wenn der Teamgedanke bei Scrum wesentlich sei, es sich letztlich doch um ein klassisches Leistungsaustauschverhältnis handle, bei dem die Erstellung der Software im Vordergrund stehe und nicht die Projektorganisation.³² In diesem Sinne scheinen auch Gerichte dazu zu tendieren, die wohl stets gegebene Erfolgserwartung des Auftraggebers höher zu bewerten, als die Art und Weise der Zusammenarbeit – denn wer würde eine kostspielige Softwareentwicklung in Auftrag geben, ohne die Erwartung, am Ende ein lauffähiges Produkt zu erhalten?³³

3. Einzelfall entscheidend

Gemäß vorstehenden Erwägungen sprechen sowohl gute Gründe für eine dienstvertragliche, als auch für eine werkvertragliche Einordnung der agilen Softwareentwicklungsmethode Scrum. Auch aus der Entscheidung des OLG Frankfurt, in der die Frage des anwendbaren Vertragstyps offen gelassen wurde, kann abgeleitet werden, dass grundsätzlich beide Optionen möglich sind.³⁴ Ob eine agile Softwareentwicklung dem Werk- oder Dienstvertragsrecht zuzuordnen ist, ist daher davon abhängig, wie die Parteien ihre Rechtsbeziehung und insbesondere ihre jeweiligen Verantwortlichkeiten im Einzelfall ausgestaltet haben.³⁵ Im Zweifel ist unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls und dem im Vertrag zum Ausdruck gebrachten Willen der Parteien gemäß §§ 133, 157 BGB darüber zu entscheiden, ob die reine Erbringung einer Dienstleistung oder aber ein bestimmtes Arbeitsergebnis als Erfolg geschuldet wird.³⁶

V. Folgen für die Vertragsgestaltung

Im Folgenden soll darauf eingegangen werden, was bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist und wie die widerstreitenden Interessen der Parteien bei der agilen Softwareentwicklung Scrum sinnvoll miteinander in Ausgleich gebracht werden können.

1. Allgemeines

In der Annahme, dass jede Partei den ihr günstiger vorkommenden Vertragstyp in den Vertrag „hineinverhandeln“ will, ist zunächst zu beachten, dass einem je nach Verhandlungsmacht erfolgreich in den Vertrag aufgenommenen Verweis auf §§ 631 ff. BGB oder §§ 611 ff. BGB lediglich indikative Wirkung zukommt.³⁷ Ebenso ist die Regelung der Vergütung auf Festpreis- oder T&M-Basis nicht allein entscheidend für die vertragstypologische Einordnung.³⁸ Parteien, die ihr Vertragsverhältnis werkvertraglich oder dienstvertraglich ausgestalten wollen, sollten daher stringent vorgehen. Einen Vertrag zwar mit „Dienstvertrag“ zu überschreiben und dann in der Leistungsbe-

schreibung einen bestimmten Erfolg hervorzuheben ist genauso wenig sinnvoll, wie eine Benennung als Werkvertrag, der dann vom Dienstleister lediglich bestimmte „Unterstützungsleistungen“ fordert.

2. Vertraglicher Umgang mit den Besonderheiten von Scrum

Wie ist nun aber mit den in Ziff. II. dargestellten Besonderheiten von Scrum in der Vertragsgestaltung umzugehen? Zur Beantwortung dieser Frage soll davon ausgegangen werden, dass dem häufigen Kundenwunsch nach einer werkvertraglichen Vorgehensweise weitestgehend nachgekommen werden soll, ohne jedoch den Auftragnehmer einem unbeherrschbaren Erfolgs- und Kostenrisiko auszusetzen. In Betracht kommt daher eine Art Mischform, die das Projekt in dienstvertragliche und werkvertragliche Phasen aufteilt und dem Auftragnehmer (lediglich) insoweit eine Erfolgsverantwortung überträgt, als er Art und Umfang der Leistung absehen und deren Umsetzung kontrollieren kann.³⁹ Es erscheint grundsätzlich möglich, ein einheitliches agiles Implementierungsprojekt in verschiedene Projektphasen aufzuteilen und diese jeweils gesondert zu beurteilen.⁴⁰ Insbesondere erscheint dies zweckmäßiger und interessengerechter als das „Überstülpen“ eines bestimmten Vertragstyps über komplexe Projekte, die sich aus unterschiedlichen Leistungen zusammensetzen.⁴¹ Sämtliche Einzel-Leistungen können dabei unter einem einheitlichen Projektraumenvertrag, der sowohl die dienstvertragliche als auch die werkvertragliche Leistungserbringung (sowie ggf. weitere kauf- oder mietvertragliche Komponenten) abdeckt, zusammengefasst werden.⁴²

a) Vorbereitungsphase

Etwaige der eigentlichen Entwicklung vorgelagerte Projektphasen, bspw. betreffend Analyse- und Beratungsleistungen bzgl. der grundsätzlichen Eignung einer bestimmten Software, Projektplanung, Schulungen in agiler Projektmethodik etc., die nicht auf die Erfüllung eines bestimmten Erfolgs ausgerichtet sind, werden auf Dienstvertragsbasis erbracht.⁴³ Dies gilt auch für die Unterstützung bei der initialen Erstellung des Product Backlogs (sowie etwaige spätere Änderungen hieran), da nach der Scrum-Methodik der Product Owner für das Product Backlog Management allein verantwortlich ist.⁴⁴

29 Vgl. *Welkenbach*, CR 2017, 639, 642 f.

30 *Redeker*, in: *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2016, B. Der Erwerb von Soft- und Hardware, Rn. 301.

31 *Imhof*, in: *Weitnauer/Mueller-Stöfen*, Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 4. Aufl. 2017, 4. Agile Softwareprogrammierung, 2. Vertragstyp, S. 244.

32 *Imhof*, in: *Weitnauer/Mueller-Stöfen*, Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 4. Aufl. 2017, 4. Agile Softwareprogrammierung, 2. Vertragstyp, S. 244.

33 So insbesondere das LG Wiesbaden in der Vorinstanz des eingangs genannten Falls; vgl. auch *Welkenbach*, CR 2017, 639, 643.

34 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 641.

35 *Zdanowiecki*, in: *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, 2017, 11. Teil. App Commerce, B. App-Entwicklung, Rn. 7; *Welkenbach*, CR 2017, 639, 641.

36 *Busche*, in: *MüKoBGB*, § 631, Rn. 14 ff.

37 *Redeker*, in: *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2016, B. Der Erwerb von Soft- und Hardware, Rn. 301; *Busche*, in: *MüKoBGB*, § 631, Rn. 16 f.

38 BGH, 25.3.1993 – X ZR 17/92, NJW 1993, 1972; auch das OLG Frankfurt a.M. hat im eingangs skizzierten Fall trotz Abrechnung auf T&M-Basis nicht zwangsläufig das Dienstvertragsrecht angewandt, sondern sich ausführlich mit dem Werkvertragsrecht auseinandergesetzt – ohne freilich am Ende eine Entscheidung zu treffen.

39 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 644.

40 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 644.

41 Vgl. die Ausführungen von *Puchelt* zur Absorptions- vs. Kombinationsmethode, DSRITB 2017, 475, 479 ff.

42 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 644.

43 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 644.

44 *Schwaber/Sutherland*, The Scrum Guide 2013, S. 5 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom=100> (Abruf zuletzt am 26.11.2017)).

b) Entwicklungsphase/Sprints

In den Sprints werden Produkt-Inkrementen nach zuvor definiertem Leistungsumfang und Umsetzungsplan erstellt.⁴⁵ Sprints sind somit grundsätzlich vergleichbar mit klassischen Entwicklungsschritten und eignen sich daher für eine werkvertragliche Ausgestaltung.⁴⁶ Als Leistungsbeschreibung kann dabei das jeweilige Sprint Backlog und als Abnahmekriterien die vorab gemeinsam definierten „Definition of Done“-Kriterien dienen. Die Abnahme erfolgt im gemeinsamen Sprint Review.⁴⁷ Dem Auftragnehmer kann auch zugemutet werden, im Sprint Planning die Umsetzbarkeit eines definierten Sprint Ziels zu bewerten.⁴⁸ Voraussetzung ist jedoch, dass das jeweilige Sprint Backlog nicht – wie eigentlich vorgesehen – als nur (unverbindliche) Prognose darüber, welche Funktionalität im nächsten Inkrement enthalten sein wird,⁴⁹ zu betrachten ist, sondern als verbindliche vertragliche Leistungsbeschreibung. Spätere Änderungen bedürften sodann dem Abschluss einer Änderungsvereinbarung, wobei dies, sofern mit den internen Prozessen der Parteien vereinbar, mehr oder weniger formlos im folgenden Sprint Planning erfolgen kann.

Da bei Werkverträgen der Auftragnehmer die Erfolgsverantwortung für die erstellte Software trägt, ist zudem zu fordern, dass Entwicklerteams ausschließlich aus Mitarbeitern des Auftragnehmers bestehen, bzw. dass ggf. beteiligte Mitarbeiter des Auftraggebers lediglich solche Aufgaben wahrnehmen, die ihnen sonst im Rahmen der allgemeinen Mitwirkung zukämen (bspw. Zurverfügungstellung der für die Leistungserbringung erforderlichen Informationen). Anderenfalls wäre der Auftragnehmer gezwungen, auch die Verantwortung für Leistungen des Auftraggebers zu übernehmen, was werkvertraglich nicht vorgesehen ist.

c) Mängelrechte

Wenn und soweit die einzelnen Sprints werkvertraglich ausgestaltet werden, stellt sich automatisch die Frage, wie die Mängelrechte auszugestalten sind. Grundsätzlich müssten etwaige Mängel eines Produkt-Inkrementes, das aus einem Sprint hervorgeht, im Rahmen der Gewährleistung behoben werden. Tatsächlich sieht Scrum jedoch vor, dass jedes aus einem Sprint hervorgehende Inkrement zugleich das Resultat der Inkremente aller früheren Sprints und somit selbst wieder einer ständigen Weiterentwicklung unterworfen ist.⁵⁰ Daher bietet sich eine Vereinbarung an, wonach etwaige „Mängel“ in einem nachfolgenden Sprint behoben werden und die eigentliche Gewährleistung erst mit Abnahme des letzten Sprints beginnt.⁵¹ Von der Gewährleistung umfasst wären dann auch nur solche Anforderungen, die am Ende überhaupt noch vorgesehen waren; alle Anforderungen, die in einem früheren Sprint Backlog enthalten waren, jedoch nicht umgesetzt wurden (= „Mangel“), aber dann nachfolgend aufgegeben wurden, indem sie einvernehmlich nicht mehr in spätere Sprint Backlogs Eingang fanden (= Änderungsvereinbarung), stellen keinen gewährleistungsrelevanten Mangel dar.

Alternativ könnte geregelt werden, dass die Gewährleistung für etwaige Mängel der Sprint-Inkrementen bereits mit ihrer jeweiligen Abnahme beginnt.⁵² Dies bietet sich insbesondere dann an, wenn Inkremente bereits operativ genutzt werden sollen, da der Auftragnehmer in einem solchen Fall (v.a. aus Haftungsgründen) ein gesteigertes Interesse daran haben dürfte, Klarheit darüber zu erlangen, ob die Leistung vertragsgemäß erbracht wurde. Gleichwohl wären Mängel auch bei dieser Vorgehensweise sinnvollerweise im Rahmen nachfolgender Sprints zu beheben, da das Inkrement in nachfolgenden

Sprints weiterentwickelt wird und demgemäß nicht als separierbarer Teil, der getrennt vom Gesamtwerk betrachtet werden könnte, anzusehen ist. Die Gewährleistung für Mängel des finalen Inkrementes nach Abnahme des letzten Sprints bezieht sich auch in diesem Fall nur auf Anforderungen, die in dem letzten Sprint Backlog enthalten waren. Im Übrigen läuft die bereits begonnene Gewährleistung weiter, soweit die Anforderungen an frühere Inkremente nicht im Laufe der weiteren Entwicklung einvernehmlich aufgegeben wurden.

Soweit Mängel im Rahmen nachfolgender Sprints, d.h. im Rahmen der eigentlichen Leistungserbringung, behoben werden, stellt sich die Frage, wie dies bei der Vergütung zu berücksichtigen ist, da der Auftragnehmer die Mangelbehebung grds. unentgeltlich schuldet. Dieser Gedanke drängt sich besonders dann auf, wenn eine (Festpreis-) Vergütung pro Sprint vorgesehen ist und ein Sprint (zumindest auch) der Mangelbehebung dient. Insofern könnte vorgesehen werden, dass zwischengeschaltete „Nachbesserungs-Sprints“ kostenfrei oder zu einem dem Anteil der Mangelbehebung am Sprint Backlog entsprechend geminderten Preis zu erbringen sind. Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass Mängel eines anfänglichen Sprints aufgrund der stetigen Weiterentwicklung und Neu-Definition der Anforderungen durch den Auftraggeber (Product Owner) am Ende ggf. gar keine Mängel mehr darstellen. Das mit sich letztlich als überflüssig herausstellenden Nachbesserungsleistungen verbundene Kostenrisiko einseitig dem Auftragnehmer aufzubürden, erscheint sachgerecht, da die Erforderlichkeit oder Nicht-Erforderlichkeit der Nachbesserung aus der späteren (Neu-)Definition der Anforderungen durch den Auftraggeber resultiert. Daher könnte die Mangelbehebung, soweit dies aus Entwicklersicht möglich ist, bis zum letzten Sprint, bei dem klar ist, ob die anfänglich mangelhaft umgesetzten Anforderungen überhaupt noch relevant sind, „aufgespart“ werden. Für den Fall, dass der Auftraggeber gleichwohl eine unmittelbare Nachbesserung wünscht, könnte vorgesehen werden, dass er Nachbesserungsleistungen, die sich später als nicht erforderlich erweisen, nachträglich zu vergüten hat.

d) Vergütung

Wie bereits erwähnt, richtet sich der Vertragstyp weder nach der Einigung über die Art und Weise der Vergütung noch umgekehrt. Gleichwohl wird die auftraggeberseitige Forderung nach einem Werkvertrag häufig zugleich mit der Forderung nach einer Festpreisvergütung verbunden. Aus Sicht des Auftragnehmers ist jedoch aufgrund der mannigfaltigen Unwägbarkeiten eine Vergütung auf T&M-Basis vorzuzugungswürdig. Als Kompromiss bieten sich bspw. folgende Möglichkeiten an:

45 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 8 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom> = 100 (Abruf zuletzt am 26.11.2017).

46 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 485.

47 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 485.

48 Puchelt, DSRITB 2017, 475, 486.

49 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 15 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom> = 100 (Abruf: 28.11.2017).

50 Schwaber/Sutherland, The Scrum Guide 2013, S. 15 (deutsche Version abrufbar unter <http://www.scrumguides.org/docs/scrumguide/v1/Scrum-Guide-DE.pdf#zoom> = 100 (Abruf: 28.11.2017).

51 Opelt u. a., Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge, 2017, S. 134.

52 Opelt u. a., Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge, 2017, S. 134.

Entsprechend der vorgenannten Aufteilung in verschiedene Phasen, könnten Leistungen, die als Dienstvertrag erbracht werden (insbesondere eine vorgeschaltete Analysephase), wie zumeist üblich, aufwandsbezogen abgerechnet werden. Bei entsprechender Planbarkeit bietet sich alternativ auch ein Festpreis pro (Vor-)Phase an. Weiterhin könnten Festpreise pro Sprint angeboten werden, was die vorherige Einschätzung der Komplexität der in einem Sprint umzusetzenden Anforderungen erfordert und ggf. einen Anpassungsmechanismus, sollte sich die Schätzung nachträglich als falsch herausstellen. Einen „(ex)change for free“ ursprünglich vorgesehener Anforderungen gegen andere Anforderungen ist dann nur bei gleicher Komplexität möglich, im Übrigen sind zusätzliche Anforderungen gesondert zu vergüten.⁵³ Bei einer Beauftragung auf T&M-Basis hingegen könnte zugunsten der Kostenkontrolle des Auftraggebers ein bestimmter Höchstbetrag vereinbart werden, mit dessen Erreichen der Auftragnehmer die Arbeiten einstellt, bis ggf. neues Budget freigegeben wird.⁵⁴

Weiterhin sind die Zahlungsintervalle zu klären. Insofern könnte die Zahlung gemäß § 641 BGB mit der Abnahme der einzelnen Sprints verknüpft werden. Ist jedoch – wie im eingangs skizzierten Fall – eine Vergütung auf T&M-Basis vorgesehen, ist i. d. R. eine Zahlung in bestimmten Zeitabschnitten (bspw. monatlich) vorgesehen. Auch insofern kann aber vereinbart werden, dass die Zahlung erst nach Abnahme eines Sprints erfolgt.⁵⁵

V. Fazit

Eine klare Einordnung der Softwareentwicklung im Wege des Scrum-Verfahrens als Werk- oder Dienstvertrag ist nicht möglich. Stattdessen kommt es darauf an, wie die Parteien im Einzelfall ihre Rechtsbeziehungen gestalten wollten. Die Vertragsfreiheit lässt ihnen hier erhebli-

chen Gestaltungsspielraum. Wesentlich dürfte sein, die Interessen beider Parteien in einen gerechten Ausgleich zu bringen, ohne dabei die gewollte agile Vorgehensweise in ihrem Kern zu verändern. Soweit hierfür ein Mehr an Strukturierung und Regelung erforderlich ist, kann dem zwar entgegengehalten werden, dass dies der gewollten Flexibilität von Scrum entgegensteht.⁵⁶ Dennoch erscheint ein solches Vorgehen als pragmatische Möglichkeit, die Vorteile von Scrum mit der werkvertraglichen Erfolgsverantwortung so in Einklang zu bringen, dass die Interessen beider Parteien gewahrt sind.⁵⁷

Dr. Holger Lutz, LL.M., RA, ist Partner der Sozietät Baker & McKenzie und leitet dort die deutsch/österreichische Praxisgruppe Informationstechnologie. Er berät in allen Fragen des Informationstechnologierechts, einschließlich des Datenschutzes, des Telekommunikationsrechts und des Leasingrechts.



Simone Bach, LL.M., RAin, ist Associate in der Praxisgruppe Informationstechnologie von Baker McKenzie. Sie berät in allen Fragen des Informationstechnologie- und Datenschutzes, mit einem besonderen Fokus auf die IT-Vertragsgestaltung.



53 *Opelt u. a.*, Der agile Festpreis – Leitfaden für wirklich erfolgreiche IT-Projekt-Verträge, 2017, S. 69.

54 *Schneider*, ITRB 2017, 36, 37.

55 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 645.

56 *Welkenbach*, CR 2017, 639, 644; *Ernst*, CR 2017, 285, 290.

57 *Puchelt*, DSRITB 2017, 475, 486.

EuGH: Händlern eines selektiven Vertriebs von Luxuswaren kann der Internetvertrieb über Drittplattform verboten werden – Coty Germany

EuGH, Urteil vom 6.12.2017 – C-230/16, Coty Germany GmbH gegen Parfümerie Akzente GmbH
ECLI:EU:C:2017:941

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2017-2945-1](#)
unter [www.betriebs-berater.de](#)

TENOR

1. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass ein selektives Vertriebssystem für Luxuswaren, das primär der Sicherstellung des Luxusimages dieser Waren dient, mit der genannten Bestimmung vereinbar ist, sofern die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art erfolgt, die einheitlich für alle in Betracht kommenden Wiederverkäufer festgelegt und ohne Diskriminierung angewendet werden, und die festgelegten Kriterien nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.

2. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Vertragsklausel wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegensteht, die autorisierten Händlern eines selektiven Vertriebssystems für Luxuswaren, das im Wesentlichen darauf gerichtet ist, das Luxusimage dieser Waren sicherzustellen, verbietet, beim Verkauf der Vertragswaren im Internet nach außen erkennbar Drittplattformen einzuschalten, wenn diese Klausel das Luxusimage dieser Waren sicherstellen soll, einheitlich festgelegt und ohne Diskriminierung angewandt wird sowie in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Ziel steht, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat.

3. Art. 4 der Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen ist dahin auszulegen, dass unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens